

Andreas Bohnenkamp, LL.M.

**Unparteilichkeit des Notars
bei Tätigkeiten nach § 24 Abs. 1 BNotO?**

Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechtswissenschaft
der Fakultät für Rechtswissenschaft
der Universität Bielefeld

Erstgutachten: Professor Dr. Fritz Jost
Zweitgutachten: Professor Dr. Barbara Stichelbrock

Datum der Disputation:
Bielefeld, den 28. Februar 2005

Andreas Bohnenkamp, LL.M.
Sebastianstraße 16
46325 Borken

gedruckt auf alterungsbeständigem Papier °° ISO 9706

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	1
B. Inhaltliche Grundzüge des § 24 Abs. 1 BNotO	7
I. Regelungsbereich und Zweck der Norm	7
1. Inhalt von § 24 BNotO	7
2. Grundgedanke von § 24 Abs. 1 BNotO	9
II. Notarielle Rechtsbetreuung	10
1. Historischer Überblick	11
2. Voraussetzung für eine Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO	12
3. Beschränkung auf das Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege	15
a) Begriff der vorsorgenden Rechtspflege	15
aa) Positive Definition	15
bb) Negative Eingrenzung	17

b) Ansatzpunkt zur Beschränkung des § 24 Abs. 1 BNotO	18
III. Anfertigung von Urkundsentwürfen	21
1. Selbständigkeit der Entwurfstätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO	22
2. Analoge Anwendbarkeit des § 17 BeurkG	25
IV. Beratung	27
1. Begriff	27
2. Planende Beratung	28
a) Abgrenzung zur Belehrung nach § 17 BeurkG	30
b) Gegenstand der planenden Beratung	33
3. Ausgleichende Beratung	35
V. Notarbestätigungen und Bescheinigungen	38
1. Begriff	38
2. Einzelfälle	40
VI. Vollzugstätigkeiten	41

VII. Treuhänderische Tätigkeit und Verwahrung	43
VIII. Vertretung vor Gerichten und Verwaltungsbehörden gemäß § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO	45
1. Vertretung der Beteiligten	46
2. Umfang der Vertretungszuständigkeit	46
3. Ansatzpunkt zur Beschränkung des § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO	48
IX. Nebentätigkeiten außerhalb von § 24 Abs. 1 BNotO	48
X. Rechtsnatur der Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO	49
1. Privatrechtliche Tätigkeit	50
2. Privatrechtliche Tätigkeit unter Beachtung der BNotO	53
3. Amtstätigkeit des Notars	55
4. Ergebnis	58
C. Die Pflicht des Notars zur Unparteilichkeit	60
I. Dogmatische und historische Grundlage	60
II. Einordnung des § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO	63

1.	Inhalt der Pflicht zur Unparteilichkeit	63
	a) Abgrenzung notarieller von anwaltlicher Tätigkeit	64
	aa) Präventionsgedanke der notariellen Tätigkeit	65
	bb) Anwaltliche Interessenwahrnehmung	66
	cc) Ausgewogenheit notarieller Tätigkeit	67
	dd) Problematik der Interessenvertretung als Kriterium	69
	b) Definition und Umfang der Unparteilichkeit	71
2.	Grundverständnis der Pflicht zur Unparteilichkeit	74
3.	Verbot des Anscheins einer Parteilichkeit	77
4.	Bedeutung der Pflicht zur Unparteilichkeit für die Stellung des Notars	78
5.	Erwartungen des Rechtsverkehrs gegenüber notarieller Amtsausübung	80
6.	Anwendbarkeit der Pflicht zur Unparteilichkeit bei § 24 Abs. 1 BNotO	85
	a) Parteilichkeit von Amtsträgern	85
	b) Stimmen der Literatur	88
	c) Auswertung	92
7.	Unparteilichkeit als Amtspflicht und Verhaltensgebot	94

8.	Generalisierte Verhaltensregeln: Richtlinien der Kammern	96
	a) Richtlinienempfehlung der Bundesnotarkammer	98
	b) Richtlinien der einzelnen Notarkammern	101
	• Bremen	101
	• Brandenburg	103
	• Sachsen	104
	• Stuttgart	105
	c) Auswertung	106
9.	Problematik der Unbegrenztheit von Amtspflicht und Amtstätigkeit	107
	a) Rückschlüsse aus dem Beurkundungsrecht	108
	b) Vermeintlicher Widerspruch „unparteiischer Betreuung“	111
	aa) Wortlaut	112
	bb) Verbindung unbestimmter Rechtsbegriffe	113
	cc) Mögliche Parteilichkeit von Nurnotar und Anwaltsnotar	115

D. Unparteilichkeit und Zuständigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO: Fallgruppen	116
I. Kriterien für die Fallgruppenbildung	117
1. Existenz einer rechtlichen Gegenposition (Konflikt)	118
2. Der Beteiligte am Betreuungsvorgang	120
a) Formen der Beteiligung	122
b) Voraussetzung für die materiellen Beteiligung	125
aa) Maßstab der Angelegenheit gemäß § 3 BeurkG	125
bb) Übertragbarkeit auf die Betreuung	126
cc) Übliche Definition in der Literatur	130
3. Zusammenfassung	132
II. Existenz formell Beteiligter ohne Konflikt	133
1. Fälle	133
2. Fallanalyse	134
III. Existenz formell Beteiligter und Konflikt	136

IV. Existenz formell Beteiligter und Verstrickung des Notars in Konflikt	138
V. Existenz materiell Beteiligter ohne Konflikt	141
VI. Existenz materiell Beteiligter und Konflikt	142
VII. Mögliche Existenz materiell Beteiligter, möglicher Konflikt	144
1. Beteiligte erkennbar, Konflikt nicht erkennbar	147
a) Fälle	148
b) Fallanalyse	150
2. Beteiligte nicht erkennbar, Konflikt nicht erkennbar	151
3. Beteiligte erkennbar, Konflikt erkennbar	153
VIII. Sonderfall des § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO	155
E. Objektive Eingrenzung der Pflicht zur Unparteilichkeit	157
I. Zusammenfassung der vorigen Untersuchungen	157
II. Verhältnis zwischen Unparteilichkeit und Betreuungstätigkeit	160

1.	Zulässigkeitsregelung und Zuständigkeitsvorschrift	162
2.	Begrenzte Zuständigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO	163
	a) Keine schlechtere Betreuung als durch den Rechtsanwalt	164
	b) Wechselwirkung von Zuständigkeit und Zulässigkeit	165
	c) Zu weites Verständnis des Unparteilichkeitsgebots	166
	d) Zu enges Verständnis des Unparteilichkeitsgebots	167
3.	Vereinbarkeit mit Art. 12 GG	169
III.	Eingrenzung der Pflicht zur Unparteilichkeit anhand ihres Begünstigten	170
1.	„Beteiligter“ gemäß § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO in der Rechtsprechung	174
	• Entscheidungen im Zusammenhang BGHZ 51, 301	174
	• Entscheidungen BGH DNotZ 1971 und 1973	177
	• BGH DNotZ 1983, 509	177
	• BGH NJW 1987, 1266	179
	• BGH DNotZ 1993, 459	180
	• Zusammenfassung	181

2.	„Beteiligter“ gemäß § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO in der Rechtsprechung	181
3.	„Beteiligter“ gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO	184
4.	Auffassungen in der Literatur	185
5.	Wirkung der Amtspflichten gegenüber materiell Beteiligten	187
	a) Unparteilichkeit als Amtspflicht	187
	b) Mögliche Drittbezogenheit einer Amtspflicht	188
6.	Unparteilichkeit gegenüber materiell Beteiligten bei § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO	191
	a) Lediglich formeller Beteiligtenbegriff	192
	aa) Betrachtung von § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO	193
	(1) Daseinsfürsorge	193
	(2) „Geschäftsführung ohne Auftrag“	194
	(3) Interessenwahrnehmung des Auftraggebers	196
	bb) Blick auf die Beurkundung	198
	(1) Grundsatz des formellen Beteiligtenbegriffs im Notarrecht	199
	(1.1) Wechselwirkung § 14 Abs. 1 BNotO und § 6 Abs. 2 BeurkG	199

(1.2) Einheitlicher Schutzzumfang der Unparteilichkeit	200
(1.3) Betreuung bei beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäften	201
(1.4) Schlußfolgerung	205
(2) Folgen einer uneinheitlichen Unparteilichkeit	207
(3) Haftungsrechtlicher Ansatz	211
(4) Keine Existenz von materiell Beteiligten bei Betreuungstätigkeiten	212
cc) Vergleich von § 24 Abs. 1 S. 1 und S. 2 BNotO	214
dd) Begriff Unparteilichkeit	217
ee) Blick auf die Praxis	218
ff) Zusammenfassung	220
b) Auch materieller Beteiligtenbegriff	221
aa) Betrachtung des Notariats und der Unparteilichkeit	222
(1) Daseinsfürsorge	222
(2) Stellung des Notars	223
(3) Bedeutung der Amtspflicht zur Unparteilichkeit	226

(3.1) „Beteiligtenlosigkeit“ der Pflicht zur Unparteilichkeit	227
(3.2) Auswirkungen einer Parteilichkeit	228
(3.3) Vertrauen in das Notaramt nach der Rechtsprechung	230
(3.4) Mitwirkungsgebote und nachwirkende Neutralitätspflicht	232
(4) „Geschäftsführung ohne Auftrag“	233
bb) Blick auf die Beurkundung	234
(1) Grundsatz des materiellen Beteiligtenbegriffs im Notarrecht	234
(1.1) Sinn des § 6 Abs. 2 BeurkG	236
(1.2) Schutz des materiell Beteiligten in der Beurkundung	237
(1.3) Vergleich mit beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäften	239
(1.4) Einheitlichkeit der Unparteilichkeit	242
(1.5) Ausschließliche Maßgeblichkeit der Amtspflichten	244
(2) Haftungsrechtlicher Ansatz	246
cc) Vergleich von § 24 Abs. 1 S. 1 und S. 2 BNotO	247

(1) Unabhängigkeit der Unparteilichkeit von dem Begünstigten	247
(2) Bestätigung der bestrittenen Rechtsprechung im Ergebnis	249
(3) Einsatz des notariellen Rats	251
dd) Begriff Unparteilichkeit	252
c) Ergebnis	254
IV. Eingrenzung der Pflicht zur Unparteilichkeit über die Identität des „Beteiligten“	257
1. Begründung aus der Perspektive des formellen Beteiligtenbegriffs	257
2. Begründung aus der Perspektive des materiellen Beteiligtenbegriffs	258
3. Steuerberatung durch den Notar	259
V. Eingrenzung der Pflicht zur Unparteilichkeit bei bestimmten Tätigkeiten	262
1. Eingrenzung nach Zuständigkeit	262
2. Eingrenzung innerhalb einer Zuständigkeit nach Tätigkeit	262
3. Eingrenzung nach Vertragstyp	263

4.	Erneut: Eingrenzung bei beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäften	265
5.	Ergebnis	266
VI.	Tätigkeit des Notars gemäß § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO	266
1.	Bedeutung der „Vertretung gegenüber einer höheren Ebene“	267
a)	Begriff „höhere Ebene“ und „gleiche Ebene“	267
b)	Begriff „Vertretung“	269
c)	Zusammenfassung	270
2.	Unparteilichkeit bei auftretender „gleicher Ebene“	271
3.	Unparteilichkeit bei nicht auftretender „gleicher Ebene“	274
a)	Zusammenfassung der vorigen Untersuchungen	274
b)	Begrenzung der Unparteilichkeit durch § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO	276
c)	Keine Pflicht zur Unparteilichkeit bei Rechtsmitteln	277
aa)	Begründung aus der Perspektive des formellen Beteiligtenbegriffs	278
bb)	Begründung anhand einer Gesamtbetrachtung	279

cc)	Begründung aus der Perspektive des materiellen Beteiligtenbegriffs	281
d)	Keine Unparteilichkeit bei fortgesetzter Betreuung	284
aa)	Begründung aus der Perspektive des formellen Beteiligtenbegriffs	285
bb)	Begründung aus der Perspektive des materiellen Beteiligtenbegriffs	286
4.	Ergebnis	288
VII.	Schlußbetrachtung zur objektiven Eingrenzung der Pflicht zur Unparteilichkeit	289
F.	Bedeutung der gefundenen Ergebnisse für die Praxis	291
I.	Verhalten zur Einhaltung der Unparteilichkeit	292
1.	Zubilligung eines Beurteilungsspielraumes	294
a)	Terminologie: Beurteilungs- oder Ermessensspielraum	297
b)	Inhalt und Kriterien des Beurteilungsspielraumes	299
aa)	Analyse des Sachverhalts	299
bb)	Möglichkeit des Konflikts	301
cc)	Prognoseentscheidung	302

dd)	Reflektion der Prognose	303
ee)	Sonderwissen des Notars	305
ff)	Zurückhaltung bei Formulierung Mandatsablehnung	305
gg)	Subjektive Relativierung der Unparteilichkeit durch Vermutung	306
c)	Überprüfbarkeit des Beurteilungsspielraumes	307
aa)	Ansichten in der Literatur	308
bb)	Ansicht der Rechtsprechung	310
cc)	Auswertung	311
dd)	Vermutung von Unparteilichkeit	312
2.	Einzelfälle	314
a)	Kompensatorische Maßnahmen	314
b)	Einseitige Rücknahme des Ansuchens durch eine Partei	320
c)	Aufklärung über Existenz materiell Beteiligter	321
d)	Allgemeine Rechtsbetreuung und Rechtsberatung	321
e)	Betreuung bei beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäften	324

II. Konsequenz eines Verstoßes gegen die Pflicht zur Unparteilichkeit	325
1. Nichtigkeit des Betreuungsverhältnisses gemäß § 134 BGB	326
2. Amtshaftung gemäß § 19 Abs. 1 BNotO	328
a) Schaden	328
b) Schadenskausalität	329
c) Amtspflichtverletzung	331
d) Schutzwirkung der Amtspflicht	332
aa) Kriterien für Drittgerichtetheit der Amtspflicht in Literatur und Rechtsprechung	333
(1) Urkunde als Anknüpfungspunkt	334
(2) Zwecktheorie des BGH	334
bb) Schutz des materiell Beteiligten durch die Pflicht zur Unparteilichkeit	338
(1) Grundgedanken der Pflicht zur Unparteilichkeit	339
(2) Sanktionierung von Parteilichkeit	339
e) Keine Subsidiarität der Haftung gemäß § 19 Abs. 1 S. 2 BNotO	342
(1) Haftung gegenüber dem „Auftraggeber“	342

(2) Haftung gegenüber dem „Nicht-Auftraggeber“ laut BGH	343
(3) Haftung gegenüber dem materiell Beteiligten bei Parteilichkeit	346
f) Ergebnis	348
3. Dienstrechtliche Folgen	349
G. Zusammenfassung	351
H. Ausblick	353

Literaturverzeichnis

- Allerkamp, Jürgen Die sogenannte erweiterte Belehrungspflicht des Notars, Dissertation Bonn 1989; Europäische Hochschulschriften Reihe II, Band 914, Bern u.a. 1990
- Arens, Wolfgang/
Rinck, Klaus Gesellschaftsrecht, Bonn 2002
(zitiert: Arens/Rinck - *Bearbeiter*)
- Arndt, Herbert/
Lerch, Klaus/
Sandkühler, Gerd Bundesnotarordnung, Kommentar, 4. Aufl., Köln u.a. 2000
(zitiert: Arndt/Lerch/Sandkühler - *Bearbeiter*)
- Beining, Dietmar Pflicht des Notars bei der Hinterlegung des Grundstückkaufpreises, Dissertation Bremen 1998, Sinzheim 1999
- Bernhard, Erkki Anmerkung zum Urteil des BGH IX ZR 87/86 vom 11.06.1987, DNotZ 1988, Seite 372 in DNotZ 1988, Seite 375
- Bietz, Hermann Zur Praxis von Schieds- und Schlichtungsverfahren, ZNotP 2000, Seite 344

- Bohrer, Michael Das Berufsrecht der Notare,
München 1991
- Borgmann, Brigitte/
Haug, Karl Anwaltshaftung, 3. Aufl. München
1995
(zitiert: Borgmann/Haug)
- Brambring, Günter/
Jerschke, Hans-Ulrich Beck'sches Notarhandbuch, 3. Aufl.,
München 2000
(zitiert: Notarhandbuch/*Bearbeiter*)
- Brieske, Rembert Vortrag im Rahmen des Seminars
„Zukunftsfragen des Notariats“ vom
Deutschen Notarverein am 22. und
23.01.1999 in Würzburg, Thema
„Einheitliches Berufsbild - ja oder
nein?“, abgedruckt in *notar eins '99*,
Seite 7
- Ertl, Rudolf Kreditsicherung durch
Notarbestätigungen?, *DNotZ* 1969,
Seite 650
- Eue, Jens Notariat am Scheideweg:
Rechtspflege oder
Rechtsbesorgungsmarkt, in
*Festschrift für Helmut Schippel zum
65. Geburtstag*, Herausgeber:
Bundesnotarkammer, München
1996, Seite 599

- Eylmann, Horst/
Vaasen, Hans-Dieter Bundesnotarordnung,
Beurkundungsgesetz, Kommentar,
München 2000
(zitiert: Eylmann/Vaasen -
Bearbeiter)
- Ganter, Hans Gerhard Die Rechtsprechung des BGH zur
Notarhaftung seit 1996, WM 2000,
Seite 643
- Gonnella, Robert Wesen und Wandel der Aufgaben
des Notars in rechtsstaatlicher
Betrachtung, DNotZ Sonderheft
1956, Seite 45
- Habscheid, Walther Die Vertretungsbefugnis des Notars
in Angelegenheiten der
vorsorgenden Rechtspflege (§ 24
BNotO), NJW 1964, Seite 1502
- Hartmann,
Klaus Dieter Bundesnotarkammer und
Ländernotarkammern, in Festschrift
für Helmut Schippel zum 65.
Geburtstag, Herausgeber:
Bundesnotarkammer, München
1996, Seite 645
- Hädrich-Riedenklau,
Ulrike Notarielle Rechtsbetreuung,
Dissertation Bielefeld 1990;
Europäische Hochschulschriften
Reihe II Bd. 1019; Frankfurt am
Main u.a.

- Haug, Karl H. Die Amtshaftung des Notars, 2. Aufl., München 1997
- Ders. Der Wandel der BGH – Judikatur zur Notarhaftpflicht in 4 Jahrzehnten, in Festschrift für Helmut Schippel zum 65. Geburtstag, Herausgeber: Bundesnotarkammer, München 1996, Seite 655
- Hieber, Hans Die notariellen Urkunden im Rahmen der vorsorgenden Rechtsbetreuung, DNotZ 1954, Seite 461
- Ders. Das Berufsbild des deutschen Notars, DNotZ 1952, Seite 258
- Hirte, Heribert Der Anfang vom Ende der GmbH droht, F.A.Z. Nr. 18 vom 18. Januar 2003, Seite 19
- Huhn, Diether/
von Schuckmann,
Hans-Joachim Beurkundungsgesetz, 3. Aufl., Berlin u.a. 1995
- Josef, Eugen Rat, Empfehlung und Erteilung tatsächlicher Auskunft seitens des Notars als bloße Gefälligkeit und auf

- Grund Vertrages, DNotZ 1928,
Seite 605
- Jungk, Antje Der Anwaltsnotar, AnwBl. 1999,
Seite 343 und 404
- Keidel, Theodor/
Kuntze, Joachim
Winkler, Karl FGG, Kommentar, 14. Aufl.,
München 1999
(zitiert: Keidel - *Bearbeiter*)
- Kawohl, Volker Notaranderkonto, Dissertation
München 1995
- König, Jörg Rechtsverhältnisse und
Rechtsprobleme bei der
Darlehensvaluierung über
Notaranderkonto, Baden-Baden
1988
- Krekeler, Wilhelm Der befangene Richter, NJW 1981,
Seite 1633
- Kruse, Volker Die Rechtsstellung und
Beaufsichtigung der Notare auf
Grund der RNotO und der BNotO,
Dissertation Münster 1962
- Lenze, Dieter Anmerkungen zu den
Rechtsstellungen und zu den
Aufgaben der berufsständischen
Kammern, in Festschrift für Helmut
Schippel zum 65. Geburtstag,

Herausgeber: Bundesnotarkammer,
München 1996, Seite 697

- Lichtenberger, Peter Belehrung und Haftung im
dispositiven Tätigkeitsbereich des
Notars, in Festschrift für Helmut
Schippel zum 65. Geburtstag,
Herausgeber: Bundesnotarkammer,
München 1996, Seite 729
- Limmer, Peter Vortrag im Rahmen des Seminars
„Zukunftsfragen des Notariats“ vom
Deutschen Notarverein am 22. und
23.01.1999 in Würzburg, Thema
„Einheitliches Berufsbild – ja oder
nein?“, abgedruckt in notar eins ´99,
Seite 9
- Mihm, Katja Berufsrechtliche Kollisionsprobleme
beim Anwaltsnotar, Bonn 2000
- Dies. Die Mitwirkungsverbote nach der
Novellierung des notariellen
Berufsrechts, DNotZ 1999, Seite 1
- Maurer, Hartmut Allgemeines Verwaltungsrecht, 12.
Aufl., München 1999
- Oberneck, Hermann Das Notariatsrecht der deutschen
Länder insbesondere Preußens, 1. -
5. Aufl., Berlin 1925
- Ossenbühl, Fritz Staatshaftungsrecht, 5. Aufl.,
München 1998

- Osterley, Ferdinand Das deutsche Notariat, Erster Theil:
Die Geschichte des Notariats,
Hannover 1842, Neudruck Aalen
1965
- Preuß, Nicola Die notarielle Hinterlegung,
Dissertation Bochum 1995; Berlin
1995
- Römer, Gustav Notariatsverfassung und
Grundgesetz, Berlin und München
1963
- Reithmann, Christoph Vorsorgende Rechtspflege durch
Notare und Gerichte, Köln 1989
- Ders. Allgemeines Urkundenrecht –
Begriff und Beweisregeln, MDR-
Schriftenreihe, Köln-Marienburg
1972
- Ders. Anmerkung zum Urteil BGH IX ZR
72/99 vom 18.04.2002 in DNotZ
2002, Seite 768 und Seite 774
- Ders. Die Fälligkeitsmitteilung des Notars,
NotBZ 2000, Seite 244
- Ders. Haftungsbegrenzung im dispositiven
Amtsbereich, MittBayNot 1999,
Seite 159
- Ders. Entwurfserfertigung und Beratung,
ZNotP 1999, Seite 142

- Ders. Kautelarjurisprudenz und
Vorsorgende Rechtspflege, in
Festschrift 125 Jahre bayerisches
Notariat, München 1987, Seite 159
(zitiert: Reithmann FS BayNot)
- Ders. Anmerkung zum Urteil BGH V ZR
300/81 vom 11.02.1983, DNotZ
1983, Seite 509 und Seite 513
- Ders. Funktion und Instrumente der
notariellen Rechtsbetreuung, DNotZ
1975, Seite 324
- Ders. Zur Haftung des Notars, DNotZ
1970, Seite 5
- Reithmann, Christoph/
Albrecht, Andreas/
Basty, Gregor Handbuch der notariellen
Vertragsgestaltung, 7. Aufl., Köln
u.a. 1995
(zitiert: Reithmann/Albrecht/Basty)
- Reithmann, Christoph/
Blank, Manfred Notarpraxis, 2. Aufl., Bonn 2001
(zitiert: Notarpraxis/*Bearbeiter*)
- Rossak, Erich Die Unabhängigkeit und
Unparteilichkeit des Notars,
Dissertation Augsburg 1986

- Schippel, Helmut Bundesnotarordnung, Kommentar,
7. Aufl., München 2000
(zitiert: Schippel - *Bearbeiter*)
- Ders. Feierliche Eröffnungsansprache des
22. Deutschen Notartages in
München 1985, DNotZ 1985,
Sonderheft Seite 9
- Ders. Jüngere Entwicklungen des
Notariats in Bayern, in Festschrift
für Karl Bengl, München 1984,
Seite 405
(zitiert: Schippel FS Bengl)
- Schüler,
Hans Christian Die Entstehungsgeschichte der
BNotO vom 24.2.1961, Frankfurt
am Main u.a. 2000
- Sorge, Hans - Ulrich Die Neutralität des
Verhandlungsleiters, MittBayNot
2001, Seite 50
- Strehle, Volker Die Zwangsvollstreckung in das
Guthaben des Notaranderkontos,
Dissertation Münster 1995;
Europäische Hochschulschriften
Reihe II, Band 1838
- Tremml, Bernd/
Karger, Michael Der Amtshaftungsprozeß, München
1998

- Triepel, Heinrich Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf, in Festschrift für Karl Binding zum 4. Juni 1911, 2. Band, Leipzig 1911 (Neudruck Aalen 1974), Seite 1
- Wagner, Klaus-R. Entlastung der Rechtspflege durch notarielle Tätigkeit – Bestandsaufnahme und Perspektive, DNotZ 1998 Sonderheft, Seite 34
- Ders. Vortrag im Rahmen des Seminars „Zukunftsfragen des Notariats“ vom Deutschen Notarverein am 22. und 23.01.1999 in Würzburg, Thema „Einheitliches Berufsbild – ja oder nein?“, abgedruckt in notar eins '99, Seite 17
- Ders. Der Notar als Schiedsrichter, DNotZ 2000, Seite 42
- Ders. Notaramt im Spannungsfeld zwischen Dienstleistung und öffentlichem Amt, ZNotP 2000, Seite 214
- Ders. Alternative Streitbeilegung in Deutschland durch Notare – Ein Zwischenbericht, ZNotP 2000, Seite 18

- Ders. Das „Notariat“ aus der Sicht eines
Anwaltsnotars, AnwBl. 2002,
Seite 387
- Walz, Robert Der Notar als Mediator, notar eins
’99, Seite 2
- Weingärtner, Helmut Das materielle
Verwahrungsgeschäft; Köln u.a.
1998
- Wettach, Angela Rechtsprobleme bei der
„Verwahrung“ auf Notaranderkonto,
Dissertation Münster 1994
- Wolfsteiner, Hans Der Schlichtungs- und
Schiedsgerichtshof deutscher
Notare, notar vier ’99, Seite 115
- Zuck, Rüdiger Der Notar zwischen Amt und Freiem
Beruf, in Festschrift für Helmut
Schippel zum 65. Geburtstag,
Herausgeber: Bundesnotarkammer,
München 1996, Seite 817
- Zugehör, Horst Die Haftung des Anwaltsnotars als
Treuhandler, ZNotP 1997, Seite 42
- Ders. Aktuelle Fragen der Notarhaftung,
ZNotP 2000, Seite 250

A. Einführung

§ 24 Abs. 1 Bundesnotarordnung (im folgenden: „**BNotO**“) erweitert das Tätigkeitsfeld des Notars neben seiner Urkundstätigkeit gemäß § 20 BNotO um das Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege. § 24 Abs. 1 BNotO lautet:

„Zu dem Amt des Notars gehört auch die sonstige Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiete der vorsorgenden Rechtspflege, insbesondere die Anfertigung von Urkundenentwürfen und die Beratung der Beteiligten. Der Notar ist auch, soweit sich nicht aus anderen Vorschriften Beschränkungen ergeben, in diesem Umfange befugt, die Beteiligten vor Gerichten und Verwaltungsbehörden zu vertreten.“

Durch diese Regelung darf der Notar neben seiner Urkundstätigkeit gemäß §§ 20 bis 22 BNotO und Verwahrungstätigkeit gemäß § 23 BNotO ebenfalls ein Mandant übernehmen, welches die Beratung und Vertretung der Beteiligten zur Grundlage hat. Der erste Eindruck vermittelt als Inhalt dieser Vorschrift, daß eine notarielle Tätigkeit auf dem gesamten Rechtsberatungsmarkt zulässig ist. Der Notar scheint dem Rechtssuchenden allumfassend in demselben Umfange und mit denselben Pflichten wie ein Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer, Vormund und Steuerberater zur Verfügung zu stehen.

Jedoch wird das traditionelle Berufsbild des Notars von der Beurkundung (§§ 20 bis 22 BNotO) geprägt. Insoweit geht es um die Einhaltung eines zivilrechtlichen Formerfordernisses aus Gründen der Warn- und Beweisfunktion eines Vorgangs durch die Erstellung von Urkunden. Die durch § 24 Abs. 1 BNotO ermöglichte Überschneidung der Tätigkeitsbereiche zwischen Notar und anderen, im Rechtsberatungsmarkt tätigen Berufsangehörigen paßt aber zu diesem Verständnis vom Notariat nicht.

Für das notarielle Berufsrecht wird die Überschneidung insbesondere zur anwaltlichen Rechtsberatung bedeutsam. Aufgrund unterschiedlicher Notariatsverfassungen in Deutschland sind neben den ausschließlich als Notaren zugelassenen Berufsträgern in einigen Kammerbezirken auch Anwälte zu Notaren bestellt. Je nach der Zuordnung ihrer Tätigkeit zur notariellen Amtspflicht oder als anwaltliches Mandant ergeben sich sehr unterschiedliche Berufs- und Sorgfaltspflichten gegenüber den Mandanten sowie daraus resultierend auch gebührenrechtliche Ansprüche entweder nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz oder der Kostenordnung.

Die Zweifelsregelung des § 24 Abs. 2 BNotO klärt die genaue berufsrechtliche Einordnung der Tätigkeit. Danach ist eine Betreuung im Rahmen von § 24 Abs. 1 BNotO im Zweifel anwaltliche Tätigkeit, wenn der beauftragte Notar auch ein Anwaltsnotar ist. Ansonsten, wenn also von vorneherein die Beauftragung als Notar erfolgte und die Zweifelsvermutung widerlegt ist, gilt auch für den Anwaltsnotar die notarielle Berufsordnung für die Erfüllung seines ihm erteilten Auftrags. Die sich häufig so nur zufällig ergebende und in Einzelheiten weder vom Berufsträger noch vom Mandaten bedachte Konsequenz entscheidet darüber, ob notarielle oder sonstige Berufspflichten gelten. Entschieden wird dabei vor allem, ob der Rechtsberater zur Unparteilichkeit im Sinne der notariellen Unparteilichkeit gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO verpflichtet ist, während der beauftragte Anwalt in derselben Situation eine einseitige Interessenwahrnehmung vornimmt. Diese Problematik ist aber nicht auf den Anwaltsnotar als Träger sich widerstreitender beruflicher Verpflichtungen beschränkt, sofern die Betreuungstätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO auch durch einen Nurnotar überhaupt nicht oder nur teilweise nicht der Amtspflicht zur Unparteilichkeit gemäß § 14 Abs. 1 BNotO unterfällt.

Da § 24 Abs. 1 BNotO augenscheinlich keine Begrenzungen enthält, sondern vielmehr scheinbar die notarielle an die anwaltliche Rechtsbetreuung annähert, fragt sich, ob der Notar im Interesse des Auftraggebers ebenso parteiisch wie der Anwalt beraten, Entwürfe fertigen und Standpunkte vertreten darf. Wenn der Notar seine Pflicht zur Unparteilichkeit nicht völlig außer acht lassen darf, dann ist er dennoch möglicherweise nur gegenüber seinen Auftraggebern zur Unparteilichkeit verpflichtet, dürfte deren Interessen gegenüber Dritten dann aber wie ein Anwalt parteiisch wahrnehmen. Jedenfalls wird der Auftraggeber eine solche einseitige Wahrnehmung seiner Interessen vielfach erwarten, z.B. wenn er um einen Rat zu einer familienrechtlichen, gesellschaftsrechtlichen oder erbrechtlichen Gestaltung oder um die Erstellung eines Vertragsentwurfes nachsucht, um einen Vorsprung in einer rechtlichen Auseinandersetzung gegenüber einem Dritten zu erhalten. Im Rahmen der Tätigkeit des § 24 Abs. 1 BNotO steht also jeder Notar vor der Entscheidung, wieweit bei erkennbar einseitiger Interessenlage des Auftraggebers seine Pflicht zur Unparteilichkeit ihm gebietet, nur dessen erkannten oder vermuteten Interessen gerecht zu werden, oder auch die Interessen Dritter und sogar des Staates

berücksichtigen zu müssen. Streng genommen benachteiligt zum Beispiel jeder steuerrechtliche Hinweis zu einer geschickten Vertragsgestaltung potentiell den Fiskus und ist damit nicht mehr reine unparteiliche Amtsausübung, wenn auch dem Fiskus gegenüber eine Pflicht zur Unparteilichkeit bestünde.

Würde diese Pflicht zur Unparteilichkeit grundsätzlich auch bei der Betreuung und Vertretung nach § 24 Abs. 1 BNotO gelten, so muß schon im Interesse der korrekten Erfüllung einer Amtspflicht des Notars festgelegt werden, wo ihre Grenzen liegen, in welchem Umfang eine Aufklärungspflicht zur Feststellung mutmaßlicher Interessen Dritter besteht und welche Sorgfaltsmaßstäbe an die notarielle Tätigkeit insoweit insgesamt anzulegen sind. Der Notar sitzt also häufig – bildlich gesprochen – zwischen den Stühlen einer neutralen Wahrnehmung seines Amtes und der vom Mandanten erwarteten parteiischen Betreuung sowie, handelt es sich um einen Anwaltsnotar, vor der trennenden Schranke zu seiner anwaltlichen Aufgabe.

Die nachfolgende Arbeit sucht diese rechtlichen Fragen im Interesse einer klaren Abgrenzung der Berufspflichten des Notars gegenüber sonstigen Rechtsberatern, der Ahndung

beruflicher Verstöße durch die Dienstaufsicht und schließlich auch der Haftung des Notars zu definieren. In Rechtsprechung und Literatur wurden diese Fragen bisher nur am Rande behandelt, indem zumeist nur der kurze Hinweis erfolgt, daß der Notar auch bei einer Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO die Pflicht zur Unparteilichkeit aufgrund ihrer elementaren Bedeutung wahren muß¹.

Um diese Behauptung zu untersuchen, wird im folgenden die Betreuungstätigkeit und die Vertretung durch den Notar auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege, also § 24 Abs. 1 BNotO inhaltlich betrachtet (B.). Bevor das somit gewonnene Verständnis in Fallgruppen (D.) mit der Pflicht zur Unparteilichkeit gepaart wird, soll diese notarielle Amtspflicht ihrerseits untersucht werden (C.). Einen Kernpunkt bildet dann die Frage, wie die Pflicht zur Unparteilichkeit möglicherweise begrenzt werden kann (E.). Die gewonnenen Erkenntnisse werden dann in den Konsequenzen für die Praxis (F.) insbesondere mit Blick auf die Haftung verarbeitet.

¹ Vgl. etwa Arndt/Lerch/Sandkühler - Sandkühler § 24 Rn. 12; Eylmann/Vaasen - Hertel § 24 BNotO Rn. 8; „punktueller, fragmentarische Behandlung“ laut Rossak S. 331.

B. Inhaltliche Grundzüge des § 24 Abs. 1 BNotO

§ 24 Abs. 1 BNotO regelt die Betreuung und Vertretung der Beteiligten durch den Notar. Über die genannten Beispiele für die Rechtsbetreuung, wie Beratung und Entwurfserfertigung, hinaus, bleibt sein Inhalt unklar. Die umfassende Beschreibung des Tätigkeitsfeldes des Notars und damit des Inhalts des § 24 Abs. 1 BNotO definiert erst, inwieweit sich seine Zuständigkeit für Betreuungsansuchen mit der Tätigkeit anderer Rechtsberater überschneiden kann.

I. Regelungsbereich und Zweck der Norm

§ 24 BNotO befindet sich im 3. Abschnitt der BNotO in der Rubrik „Amtstätigkeit des Notars“.

1. Inhalt von § 24 BNotO

§ 24 Abs. 1 BNotO ist eine Auffangkompetenz² für alle notariellen Amtstätigkeiten, die nicht schon durch §§ 20 bis 23 BNotO beschrieben werden und welche zur „sonstigen Rechtsbetreuung“ hinzuzurechnen sind. Ihm zuzuordnende Tätigkeiten bilden einen selbständigen Schwerpunkt der

notariellen Berufsausübung. Sonstige Nebentätigkeiten des Notars, die nicht Betreuung oder Vertretung sind, erfaßt § 8 BNotO (Unkompatibilität/Genehmigungspflicht bei Nebengeschäften).

Dagegen enthält § 24 Abs. 2 BNotO eine Zweifelsregelung, die sich an den Anwaltsnotar richtet³. Die Vorschrift besagt, daß die Tätigkeit des Anwaltsnotars aufgrund der Zuständigkeitsvorschriften gemäß §§ 20 bis 23 BNotO Notartätigkeit ist, während von ihm vorgenommene Rechtsbetreuung im Zweifelsfall der anwaltlichen Berufsordnung unterliegt, obwohl die Tätigkeit auch unter § 24 Abs. 1 BNotO hätte subsumiert werden können. Damit wirkt sich § 24 Abs. 2 BNotO auf die einschlägige Gebührenordnung, den Haftungstatbestand, die Bestimmungen zur Werbung, das Vorbefassungsverbot gemäß § 3 Beurkundungsgesetz (im folgenden: „**BeurkG**“) und die jeweilig anwendbaren allgemeinen notariellen Amtspflichten einschließlich der Pflicht zur Unparteilichkeit aus.

² Eylmann/Vaasen - Hertel § 24 BNotO Rn. 1.

³ Vgl. dazu die Dissertation von Katja Mihm, Kollisionsprobleme.

§ 24 Abs. 3 BNotO konkretisiert die Rechte des Notars im Rahmen der Antragstellung bei der Vertretung von Beteiligten nach § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO und hat damit vor allem ergänzende Funktion durch Beschreibung des Umfangs seiner Ermächtigung.

2. Grundgedanke von § 24 Abs. 1 BNotO

§ 24 Abs. 1 BNotO verdankt seine Existenz vor allem der Einbindung in die staatliche Daseinsfürsorge, nämlich der Schaffung einer umfassenden Rechtsbetreuung der Bevölkerung.

Er erlaubt dem Notar die Gestaltung von privaten Rechtsbeziehungen, um ihren zügigen Vollzug und ihre rasche Umsetzung zu sichern. Dazu ist die gesonderte Stellung des Notars, die staatliche Beleihung und seine Ausgestaltung mit allen Amtspflichten, insbesondere der Unparteilichkeit gemäß § 14 Abs. 1 BNotO erforderlich. Durch eine Tätigkeit, die allen am Rechtsgeschäft Beteiligten gerecht wird, soll Vorsorge für eventuell später auftretende Rechtsstreitigkeiten getroffen werden. Dazu gehört neben der Streitvermeidung auch die Vermittlung im Fall widerstreitender Interessen der Beteiligten. Bei

denjenigen Vollzugstätigkeiten, die der Notar aufgrund gesonderten Ansuchens annimmt, führt er dieselbe Sache bis zu ihrem Abschluß fort. Diese Tätigkeiten des auf dem Rechtsgebiet und in dem konkreten Verfahren erfahrenen Spezialisten fördert die Abwicklung von (zuvor beurkundeten) Rechtsgeschäften. Auch damit sichert die Rechtsbetreuung durch einen Beliehenen nach § 24 Abs. 1 BNotO die Rechtsfürsorge für die Bürger⁴.

II. Notarielle Rechtsbetreuung

§ 24 Abs. 1 BNotO findet sich unter der nichtamtlichen Überschrift „Betreuung und Vertretung“⁵. Diese Beschreibung ist äußerst grob und bedarf näherer inhaltlicher Bestimmung. Selbst der Wortlaut der Norm selbst regelt nicht die Voraussetzungen, unter denen eine notarielle Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO ausgeübt werden kann.

Indessen findet die Betreuungstätigkeit gemäß § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO „auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege“ statt. Diese im Gesetzeswortlaut enthaltene

⁴ Nach Reithmann DNotZ 1975, S. 324, 341.

⁵ Eylmann/Vaasen - Hertel, § 24 Rn. 1.

Eingrenzung und damit Definition des Feldes der notariellen Rechtsbetreuung im Sinne dieser Vorschrift gibt einen Ansatzpunkt zur tatbestandlichen Eingrenzung der Norm, was Grundvoraussetzung zur weiteren Klärung des Verhältnisses der Unparteilichkeit zur notariellen Rechtsbetreuung ist.

1. Historischer Überblick

§ 24 BNotO besteht seit der Einführung der BNotO im Jahre 1961 unverändert. Er ist mit seinem Vorgänger, § 26 Reichsnotarordnung (im folgenden: „**RNotO**“) aus dem Jahre 1937, wortgleich⁶. Erst dieser regelte ausdrücklich die betreuende Tätigkeit durch einen Notar. Dieses war nötig geworden, weil die Betreuungstätigkeit als zusätzliches Aufgabenfeld den Notaren immer mehr zuwuchs. Schon die seinerzeitige Beurkundungstätigkeit veranlaßte die Auftraggeber zunehmend, im Zusammenhang mit der Abfassung der Urkunde auch eine Beratung und Betreuung zu erwarten. Diese war berufsrechtlich nicht normiert, so daß sich das Bewußtsein des Mandanten auf die Beurkundung als eine reine Formalität zur Bekräftigung

dessen, wofür er sich aufgrund der Beratung entschieden hatte, fokussierte. Die Beratung vor Einführung des § 26 RNotO war nur eine allgemeine Rechtskundigentätigkeit mit privatrechtlichem Hintergrund. Sie konnte jeder Rechtsberater vornehmen, und sie begründete sich rechtsdogmatisch auf dem Abschluß eines entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrags gemäß § 675 BGB⁷. Wenn der Notar beriet, handelte er damals nicht amtlich, sondern privatrechtlich.

2. Voraussetzung für eine Tätigkeit nach § 24 Abs. 1

BNotO

Voraussetzung für eine notarielle Tätigkeit auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege ist ein entsprechendes Ansuchen (Rogation) an den Notar durch den Mandanten (Ansuchenden). Es steckt den Rahmen der Betreuung, zum Beispiel den Umfang eines Beratungsauftrags, ab, richtet sich an den Notar als Amtsträger persönlich⁸ und ist ferner

⁶ Näher zur Entstehung der BNotO die Dissertation von Schüler.

⁷ RGZ 114, 295; 156, 82, 86; RG DNotZ 1935, 743; Hieber DNotZ 1954, 461; Josef DNotZ 1928, 605; Oberneck S. 25; vgl. auch die Ausführungen von Osterley und Rossak S. 11 - 20, § 3, zur Geschichte des Notariats allgemein.

⁸ BayObLG MittBayNot 1981, 44.

inhaltlich mit dem zivilrechtlichen Angebot nach § 145 BGB zum Abschluß eines Beratungsvertrages zu vergleichen. Deshalb ist eine auch nur konkludente „Annahme“ seitens des Notars erforderlich⁹. Hier zeigen sich nach wie vor die historischen Wurzeln der notariellen Rechtsbetreuung.

Damit ist ausgeschlossen, daß der Notar aus eigenem Antrieb oder von Amts wegen tätig wird. Es besteht keine Pflicht, tätig zu werden. Aufgrund der Urkundsgewährungspflicht gemäß § 15 BNotO ist das bei der Urkundstätigkeit nach §§ 20-22 BNotO anders. Dies ergibt sich auch aus der Regelung der örtlichen Zuständigkeit des Notars gemäß § 10a Abs. 2 BNotO¹⁰. Dagegen steht die Annahme eines Ansuchens im Sinne von § 24 Abs. 1 BNotO in dem pflichtgemäßen Ermessen des Notars¹¹ unter besonderer Berücksichtigung seiner speziellen Stellung als Amtsperson sowie seiner Pflichten im Sinne des § 14 BNotO. Hieraus ergibt sich zugleich seine

⁹ Zur Annahme Hädrich-Riedenklau S. 34.

¹⁰ Dazu insgesamt Hädrich-Riedenklau § 5, S. 26 - 32; einhellige Ansicht.

¹¹ Arndt/Lerch/Sandkühler - Sandkühler § 24 Rn. 11; Eylmann/Vaasen - Hertel § 24 Rn. 7.

Verpflichtung, daß er eine einmal übernommene Betreuung ordnungsgemäß und sorgfältig auszuführen hat.

Weil die Annahme eines Ansuchens grundsätzlich dem Notar selbst überlassen ist, geschieht die Rechtsbetreuung durch den Notar nicht aufgrund einer vor allem aus einer vorhergehenden Beurkundung mündenden Pflicht. Zwar hängen Vollzugstätigkeiten oder Treuhändertätigkeiten inhaltlich oder sachlich, nicht aber rechtlich mit einer vorherigen Beurkundung zusammen, weil es sich bei § 24 Abs. 1 BNotO um eine selbständige Tätigkeit handelt. Eine Ausnahme davon bildet § 53 BeurkG, der eine Verpflichtung zur Einreichung beurkundeter Willenserklärungen beim Grundbuchamt oder Registergericht regelt. Die Übernahme solcher Tätigkeiten im urkundlichen Nachverfahren bilden aber regelmäßig den Inhalt von entsprechenden, konkludenten Ansuchen an den Notar¹².

¹² Schippel - Reithmann § 24 Rn. 6; vgl. auch unten B VI, Seite 41.

3. Beschränkung auf das Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege

§ 24 Abs. 1 S. 1 BNotO spricht von einer Betreuung auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege. Es stellt sich die Frage, was darunter zu verstehen ist und ob es einen vielleicht die Zuständigkeit des Notars beschränkenden oder in anderer Hinsicht sich auswirkenden Inhalt hat.

a) Begriff der vorsorgenden Rechtspflege

„Vorsorgende Rechtspflege“ ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Er wird durch die in § 24 Abs. 1 BNotO weiter genannte „Beratung und Entwurfstätigkeit“ nur ungenügend konkretisiert. Deshalb blieb der Literatur eine Eingrenzung des Begriffs überlassen¹³.

aa) Positive Definition

Der einzige Vorschlag, den Begriff der „vorsorgenden Rechtspflege“ positiv zu bestimmen, sah eine Eingrenzung

¹³ Näher Reithmann Vors. Rechtspflege S. 1 ff; FS BayNot, 159 ff; Schippel - Reithmann § 24 Rn. 7 m.w.N.

des Begriffs und der damit verbundenen Tätigkeit auf das Privatrecht vor.

Die Betreuung gemäß § 24 Abs. 1 BNotO aber nur für das Privatrecht zuzulassen, findet keine Stütze im Wortlaut der Vorschrift oder an anderer Stelle im Gesetz. Eine solch weitgehende Beschränkung der notariellen beruflichen Tätigkeit ohne klare gesetzliche Grundlage dürfte kaum mit der auch für den Notar geltenden Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Grundgesetz in Einklang gebracht werden können¹⁴. In der Praxis wären damit die wichtigen Gebiete einer Betreuung im öffentlichen Recht, z. B. dem Baurecht, von der notariellen Tätigkeit gemäß § 24 Abs. 1 BNotO ausgeschlossen. Auch im steuerrechtlichen Bereich ist eine Betreuung durch einen Rechtsberater, zumal vor allem im Erbrecht und Gesellschaftsrecht steuerrechtliche und privatrechtliche Fragen erfahrungsgemäß eng zusammenhängen, sachlich geboten und von den Mandanten gewünscht. Dies steht in Übereinstimmung mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, daß

„Notare und Rechtsanwälte auf allen Gebieten beraten dürfen, die auch dem Steuerberater und

¹⁴ Vgl. Römer Notariatsverfassung und Grundgesetz, S. 50 ff; s.u. E II 3, Seite 169.

Wirtschaftsprüfer erlaubt sind. [...] Die Steuerberatung ist [...] auch den Notaren uneingeschränkt erlaubt ebenso wie die Beratung auf wirtschaftlichem Gebiet.“¹⁵

Das Bundesverfassungsgericht verweist dazu explizit auf „§ 24 BNotO/ § 4 Nr. 1 StBerG“.

Weil der Begriff „vorsorgenden Rechtspflege“ somit nicht durch positive Definition eingrenzbar ist, ist der Rahmen der notariellen Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO insoweit ebensowenig begrenzt.

bb) Negative Eingrenzung

Damit bleibt die unbefriedigende, negative Beschreibung dessen, was „vorsorgende Rechtspflege“ eben nicht ist und somit, was nicht unter die notarielle Zuständigkeit gemäß § 24 Abs. 1 BNotO fällt.

Da jeder Jurist Kautelarjurisprudenz ausübt, ist diese nur ein Teil der „vorsorgenden Rechtspflege“. Die „vorsorgende Rechtspflege“ ist ferner nicht deckungsgleich mit allen notariellen Aufgaben inklusive zum Beispiel der Beurkundung, da sie ist neben dieser eben eine „andere

¹⁵ BVerfG DNotZ 1998, 754, 763.

Aufgabe“ gemäß § 1 BnotO ist. Aus dieser Norm folgt weiterhin, daß die allgemeine Verwaltung und Rechtsprechung oder „streitige Rechtspflege“ ebenfalls nicht „vorsorgende Rechtspflege“ ist. Schließlich folgt aus § 1 BNotO, daß die „vorsorgende Rechtspflege“ ein Tätigkeitsfeld und nicht ein durch eine Verfahrensordnung umschriebenes Rechtsgebiet ist. Deshalb müssen „vorsorgende Rechtspflege“ und die umfassende Freiwillige Gerichtsbarkeit getrennt werden¹⁶.

b) Ansatzpunkt zur Beschränkung des § 24 Abs. 1 BNotO

Mit dem Tatbestandsmerkmal der „vorsorgenden Rechtspflege“ kann die notarielle Tätigkeit für die sonstige Rechtsbetreuung also kaum begrenzt werden. Damit überschneidet sie sich tatsächlich mit einer entsprechenden Tätigkeit anderer Berufsträger, vor allem derjenigen des Rechtsanwalts.

Die unterschiedlichen Berufsbilder weisen Ähnlichkeiten auf hinsichtlich ihrer steuerlichen Gleichbehandlung als freie Berufe oder bei der Unabhängigkeit ihrer Berufsträger.

¹⁶ Näher Schippel - Reithmann § 24 Rn. 8, 9; vgl. dazu näher Reithmann in: Vorsorgende Rechtspflege.

Letztere findet sich beispielsweise auch beim Rechtsanwalt gemäß § 1 BRAO.

Einer grundsätzlichen Pflicht zur Unparteilichkeit unterliegt angesichts des § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO aber nur der Notar – der Richter bleibt außer Betracht, weil seine Aufgabe insoweit nicht die Rechtsberatung ist. Dem Notar ist ein öffentliches Amt verliehen, worauf sein Berufsrecht speziell zugeschnitten ist. Auch wenn die Tätigkeit von Anwalt und Notar sich beispielsweise bei der Beratung des Mandanten decken, so unterliegen sie doch unterschiedlichem Berufsrecht. Jeder dieser Berufsträger hat die tragenden Grundsätze seines Berufsrechts unbedingt und strikt zu wahren; insoweit handelt es sich nicht um die Verpflichtung zum Einhalten einer formalen Vorschrift, sondern um die Festlegung des Rahmens innerhalb dessen die berufliche Tätigkeit ausgeübt werden darf und muß. Deswegen ergibt sich hier möglicherweise ein Ansatzpunkt auch für die Unterscheidung der anwaltlichen von der notariellen Rechtsbetreuung. Wenn der Notar die tragenden Grundsätze der BNotO nicht beachten muß, hätte der Gesetzgeber mit dem Zuständigkeitskatalog des § 24 Abs. 1 BNotO und somit mit der Erweiterung des notariellen Zuständigkeitsfeld auf die vorsorgende Rechtspflege gleichzeitig wesentliche

Pflichten des Notars und damit das Berufsbild des deutschen Notariats insgesamt in Richtung auf die anwaltliche Tätigkeit verschoben.

Insofern ist entscheidend, welche tragenden Grundsätze das Notariat prägen und charakterisieren, so daß sie den rein tatbestandlich nahezu unbeschränkten Tätigkeitsbereich nach § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO immanent begrenzen. Die hier in Rede stehende Pflicht des Notars zur Unparteilichkeit wird diesbezüglich zu überprüfen sein¹⁷. Nur wenn sie eine solche das Wesen des Notariats prägende Amtspflicht ist, dann erst ist sie in der Lage, § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO aus sich selbst heraus zu begrenzen. Sie bestimmt dann trotz der nahezu unbeschränkten Zuständigkeit des Notars auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege die Zulässigkeit seiner Tätigkeit überhaupt. Obwohl also § 24 Abs. 1 BNotO tatbestandlich unbegrenzt wirkt, ist er dann aus dem Wesen des Notariats beschränkt – eine dogmatische Verfahrensweise, die an die Beschränkung von im Wortlaut unbeschränkten Grundrechten erinnert.

Gleichermaßen könnte für die Beschränkung des Tatbestandes von § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO verfahren werden.

¹⁷ Dazu unten in Teil C, Seite 60.

Allerdings ist dieses deshalb nicht erforderlich, weil die notarielle Vertretung ausweislich des Wortlauts nur unter der Beachtung und Maßgabe „anderer Vorschriften“ zulässig ist. Eine solche Vorschrift müßte dann eine berufsrechtliche Vorschrift sein, insbesondere also § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO, der die Pflicht zur Unparteilichkeit des Notars regelt. Insofern besteht ein ausdrücklicher gesetzlicher Anknüpfungspunkt zur Begrenzung des § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO. Auch hier wird es um die Wesentlichkeit der Pflicht zur Unparteilichkeit für das Notariat gehen.

III. Anfertigung von Urkundsentwürfen

Um das Verhältnis von Unparteilichkeit und Tätigkeiten nach § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO verständlicher darlegen zu können, ist es erforderlich, die einzelnen von der Rechtsbetreuung umfaßten Tätigkeiten aufzulisten. Gemäß § 24 Abs. 1 S. 1 gehört insbesondere die Anfertigung von Urkundsentwürfen zur Rechtsbetreuung¹⁸.

¹⁸ Näher Hädrich-Riedenklau § 9, S. 42 ff mit konkreten Beispielen.

1. Selbständigkeit der Entwurfstätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO

Der Notar kann um die Anfertigung eines Entwurfes für ein Rechtsgeschäft, also nicht nur für ein Verkehrsgeschäft, angesucht werden. Der Inhalt des Entwurfs wird durch den Inhalt und den Umfang des Ansuchens abgesteckt.

Um § 24 Abs. 1 BNotO einen eigenen Anwendungsbereich zuzubilligen, muß der Urkundsentwurf aufgrund einer Rechtsbetreuungstätigkeit einen eigenen Charakter gegenüber dem Entwurf einer Urkunde im Sinne des BeurkG haben. Denn auch dort fertigt der Notar einen Entwurf zur Vorbereitung seiner Urkunde an, wenn auch nur als Durchgangsstadium für die spätere Beurkundung. Deshalb ist dieser Entwurf nicht eigenständig, sondern sachlich und rechtlich der Beurkundungstätigkeit zuzurechnen.

Dem steht ein Entwurf nach § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO gegenüber, der nicht von den prägenden Einzelheiten eines Beurkundungsvorgangs bestimmt ist. Ein Vertrags- oder Satzungsentwurf, der nie beurkundet werden soll, ist kein Entwurf einer Urkunde im Sinne des § 1 BeurkG. Denn aus dieser Vorschrift ist durch Umkehrschluß zu entnehmen,

daß es neben der Urkundstätigkeit auch „andere“ Betreuungstätigkeiten des Notars gibt. Folglich differenziert schon diese Vorschrift zwischen einer Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO und Beurkundungstätigkeit.

Um gemäß § 1 BeurkG eine „andere“ Tätigkeit zu sein, darf keinerlei Zusammenhang zu einer Beurkundungstätigkeit bestehen. Alle Tätigkeiten im Rahmen von § 24 Abs. 1 BNotO haben also einen eigenständigen, von einer Beurkundung unabhängigen Charakter; sie sind selbständig. Die Selbständigkeit geht mit der Voraussetzung des selbständigen Ansuchens einher, sie begründen einander. Für die betreuende Entwurfstätigkeit aufgrund eines Ansuchens nach § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO folgt daraus, daß der Notar auch solche Rechtsgeschäfte entwerfen kann, die nicht beurkundet werden sollen oder müssen¹⁹.

Wann ein unselbständiger Zusammenhang mit einer späteren Beurkundung besteht, entscheiden die inneren und engeren Umstände des Sachverhaltes. Die Betreuung darf einer späteren Beurkundungstätigkeit nicht sachlich zugerechnet werden können. Sie ist also weder Vorbereitungs- noch Vollzugshandlung wie zum Beispiel im Sinne des § 53

¹⁹ Arndt/Lerch/Sandkühler - Sandkühler § 24 Rn. 14, 19.

BeurkG²⁰. Unselbständig sind daher grundsätzlich alle Handlungen, die der Notar nicht aufgrund eines besonderen Ansuchens übernimmt. Muß er diese Handlungen schon aufgrund einer anderweitigen Amtspflicht vornehmen²¹, zählen solche Entwürfe noch zur Beurkundung nach § 20 Abs. 1 S. 1 BNotO.

Die Selbständigkeit der Entwurfstätigkeit entscheidet darüber, ob diese der Betreuung nach § 24 Abs. 1 BNotO oder der Beurkundung, und hier ist vor allem § 17 BeurkG einschlägig, zuzuordnen ist. Danach bestimmen sich nicht nur der Umfang und die Pflichten der Tätigkeit. Vielmehr wird dadurch auch die jeweilige Gebührengrundlage benannt. Für Betreuungstätigkeiten gibt es die besondere Gebühr nach §§ 145, 146, 147 Kostenordnung; bei der Beurkundung ist der Entwurf als sogenannte Hilfstätigkeit²² mit der Beurkundung abgegolten. Für letztere sind die Verhaltensvorschriften des BeurkG einschlägig, während die BNotO für die Betreuung kaum spezielle Pflichten und Verhaltensmuster anordnet. Das Privileg der subsidiären

²⁰ BGH DNotZ 1985, 48, 50; 1984, 425; 1978, 177, 179; näher zum Umfang der Urkundstätigkeit Arndt/Lerch/Sandkühler - Sandkühler § 24 Rn. 5, 6 und § 25 Rn. 15 ff; allgemein Hädrich-Riedenklaus S. 28 ff.

²¹ Vgl. BGH DNotZ 1978, 177, 179; 1973, 494.

Haftung gemäß § 19 Abs. 1 S. 1 BNotO gilt nach dem Wortlaut der Vorschrift zunächst nur für den „Auftraggeber“ einer Beurkundung²³.

2. Analoge Anwendbarkeit des § 17 BeurkG

Der Urkundsentwurf nach § 24 Abs. 1 BNotO kann später aufgrund eines weiteren Ansuchens beurkundet werden und somit zu einer öffentlichen Urkunde im Sinne des BeurkG führen. Die vorbereitenden Umstände einer notariellen Tätigkeit zur Herstellung einer Urkunde nach BeurkG oder eines Entwurfes nach § 24 Abs. 1 BNotO sind oft sehr ähnlich, zumal die Abgrenzung hinsichtlich des Auftrages zur Erstellung eines selbständigen Entwurfes im Einzelfall sehr schwierig zur Erstellung eines später zu beurkundenden Vertragsentwurfes sein kann. Deshalb ist es angemessen, auch die Voraussetzungen ihrer Erstellung aneinander anzugleichen.

Somit wird § 17 BeurkG jedenfalls dann auf die Erstellung eines selbständigen Entwurfes angewandt, wenn der Notar

²² Z.B. Ganter WM 2000, 641, 642 mit weiteren Erläuterungen.

²³ Hädrich-Riedenklau S. 29, 30 m.w.N; s.u. B X 3, Seite 55; F II 2 e, Seite 342.

die Unterzeichnung eines eigenen Entwurfes im Sinne des § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO aufgrund eines nachträglichen Auftrages beglaubigen soll; in diesem Fall ist § 17 BeurkG unmittelbar anwendbar. Aber auch ohne die Beurkundung ist die äußere Voraussetzung der notariellen Tätigkeit in beiden Fällen ähnlich gelagert, jedenfalls solange die spätere Beurkundung noch möglich ist. § 17 BeurkG beschreibt ein Minimum an Aufklärung und Belehrung, das nicht unterschritten werden darf²⁴.

Der Notar muß seinen Entwurf deshalb hinsichtlich Sachverhaltsergründung und den Umständen des Einzelfalls so vornehmen, als handele es sich um eine Urkundstätigkeit im Sinne des BeurkG. Damit treffen den Notar die gleichen Aufklärungs- und Belehrungspflichten wie bei einer Beurkundung²⁵.

²⁴ BGH DNotZ 1997, 51, 52; 1993, 459, 461; Arndt/Lerch/Sandkühler - Sandkühler § 24 Rn. 15 m.w.N.

²⁵ Vgl. auch Haug Rn. 417 und Ganter WM 2000, 641, 648.

IV. Beratung

Zur Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege gehört gemäß § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO „insbesondere die Beratung der Beteiligten“²⁶.

1. Begriff

Durch die systematische Stellung und ausdrückliche Nennung der Beratung geht das Gesetz davon aus, daß es sich hier um einen Schwerpunkt der notariellen Rechtsbetreuung handelt. Eine Beratung gibt es aber sowohl im Bereich der vorsorgenden Rechtspflege mit selbständigem Charakter nach § 24 Abs. 1 BNotO als auch bei Tätigkeiten im Rahmen der Beurkundung, in deren Vorfeld der Notar gemäß § 17 BeurkG berät. Aber auch allgemein wird die „Belehrung“ nach § 17 BeurkG häufig als „Beratung“ bezeichnet und vom Auftraggeber auch so verstanden. Damit wird aufgenommen, daß § 17 BeurkG über eine reine Belehrung im Sinne einer rechtlichen Aufklärung hinausgeht.

²⁶ Näher Hädrich-Riedenklau § 8 S. 39 ff.

Wenn von „Beratung“ gesprochen wird, muß deshalb untersucht werden, ob es sich um eine Beratung nach § 24 Abs. 1 BNotO oder um die Beratung im Vorfeld der Beurkundung handelt. Letztere produziert in der Regel als körperliches Resultat die Urkunde, weshalb die Beratung oder Belehrung im Sinne von § 17 BeurkG auch gestaltende Beratung genannt wird²⁷.

„Beratung“ im Sinne des § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO kann dagegen weiter untergliedert werden. Was üblicherweise und umgangssprachlich Beratung genannt wird, ist die sogenannte „planende Beratung“. Soll der Notar über die mögliche Auflösung eines Streites zwischen den Beteiligten beraten, handelt es sich um „ausgleichende Beratung“. Diese Begriffe sind zwar plakativ, offenbar aber nicht allgemein gebräuchlich²⁸.

2. Planende Beratung

Bei der planenden Beratung beantwortet der Notar dem Mandanten eine Frage unter Beachtung ihrer verschiedenen

²⁷ Hierzu Anmerkung von Reithmann zu BGH vom 18.4.2002 IX ZR 72/99, DNotZ 2002, 774.

rechtlichen Gesichtspunkte und Ausgestaltungsmöglichkeiten. Regelmäßig wird diese Frage darauf gerichtet sein, dem Mandanten in einem bestimmten Sachverhalt die für ihn am besten rechtlich machbare und günstigste Möglichkeit darzustellen. Die Formulierung des Ansuchens bestimmt die Antwort und den Umfang der Beratung durch den Notar. Deshalb nimmt er dem Mandanten weder die Entscheidung bei einer alternativen Lösungsmöglichkeit ab, noch ist er zum Vorschlag einer Gestaltungsmöglichkeit verpflichtet. Ein solcher „offener Beurkundungsauftrag“, bei dem die Beteiligten zwar ein konkretes tatsächliches Ziel, nicht aber den rechtstechnischen Weg dorthin mit seinen möglichen wirtschaftlichen Vorzügen vor Augen haben, ist eine selbständige planende Beratung im Sinne des § 24 Abs. 1 BNotO. Deshalb kann der Notar sie annehmen, muß es aber nicht (Ermessen)²⁹.

²⁸ Begriffe nach Reithmann z.B. in Schippel § 24 Rn. 16; anders offenbar bei Hädrich-Riedenklau S. 40.

²⁹ Eylmann/Vaasen - Hertel § 24 Rn. 13; Ganter WM 1996, 701; Vgl. oben unter B II 2, Seite 12.

a) Abgrenzung zur Belehrung nach § 17 BeurkG

Gerade dann, wenn der Notar für ein grundsätzlich beurkundungsbedürftiges Rechtsgeschäft einen Vertragsentwurf erstellt, sind Selbständigkeit und Unselbständigkeit der notariellen Tätigkeit und damit die Entwurfstätigkeit durch Rechtsbetreuung nach § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO oder Beurkundung nach § 17 BeurkG schwierig voneinander abzugrenzen. Einerseits kann es sich um die gestaltende Beratung im Sinne des § 17 BeurkG, andererseits um die planende Beratung im Sinne des § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO handeln.

Im Rahmen des § 17 BeurkG klärt der Notar die Beteiligten über die rechtliche Bedeutung ihrer Willenserklärungen und über die unmittelbaren rechtlichen Bedingungen für den Eintritt des beabsichtigten Rechtserfolgs auf³⁰. Er setzt grundsätzlich ihren bestehenden Willen um, wirkt also nicht beratend schon auf ihre Willensbildung überhaupt ein. Vor der Beurkundung hat der Notar gemäß § 17 Abs. 2 BeurkG den Willen der Parteien zu erforschen und sich über den Sachverhalt aufzuklären. Daraus ergibt sich, was und wie zu

³⁰ BGH WM 1992, 527 ff, 529; näher Arndt/Lerch/Sandkühler - Sandkühler § 14 Rn. 96 ff, 122 ff.

beurkunden ist. Die Belehrung nach § 17 BeurkG endet schließlich mit dem Abschluß der Beurkundung, es sei denn, es wird eine Nachtragsurkunde gewünscht³¹. Sie erfordert regelmäßig nur einen rechtlichen Bezug; eine Belehrung über wirtschaftliche³² oder steuerrechtliche³³ Tatsachen erfolgt deshalb nur in seltenen Ausnahmefällen.

Deshalb ist eine sonstige notarielle Betreuungstätigkeit gemäß § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO in diesen Bereichen vornehmlich Inhalt eines selbständigen und nach dieser Vorschrift zu erklärenden Beratungsauftrages³⁴. Das entsprechende Ansuchen bestimmt ihren Umfang. Insofern ist die Beratung lediglich zweckensprechend und nicht auch sonst thematisch erschöpfend³⁵. Da das Ansuchen auch stillschweigend erfolgen kann, beruhen hierauf die Unsicherheiten in der Zuordnung und Erfassung der jeweiligen Tätigkeit als selbständige Beratung oder Beratung im Rahmen einer Beurkundung. Der Bundesgerichtshof (im folgenden: „**BGH**“) entschied etwa

³¹ Eylmann/Vaasen - Hertel § 24 Rn. 13 und Fußnote 22.

³² Notarpraxis/Reithmann Teil D Rn. 18.

³³ Arndt/Lerch/Sandkühler - Sandkühler § 14 Rn. 188;
Notarpraxis/Reithmann Kap. D 45 ff mit Hinweis auf die ständige Rechtsprechung.

³⁴ Schippel - Reithmann § 24 Rn. 14.

³⁵ Reithmann/Albrecht/Basty Rn. 158.

für den Fall eines offenen Beurkundungsauftrages, daß der Notar über die Belehrung nach § 17 BeurkG (analog) hinaus weitere Vorschläge zur Erlangung des begehrten Ziels über die begehrte Regelung hinaus unterbreiten muß, wenn ihm erkennbar ist, daß Bedarf dafür besteht³⁶. Insofern kann sich der Ermessensrahmen zur Annahme eines Ansuchens nach § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO reduzieren.

Auch im Rahmen eines Beurkundungsauftrages kann eine entsprechende Beratung nach § 17 BeurkG zum Beispiel für wirtschaftliche Fragen ausnahmsweise erforderlich sein. Diese Ausnahme ist die Grundlage einer Diskussion, die unter dem Stichwort der sogenannten erweiterten oder betreuenden Belehrungspflicht geführt wird³⁷. Hier geht es darum, daß die Stellung des Notars und sein durch § 14 BNotO beschriebenes Amt es ihm verbieten, sehenden Auges ein Rechtsgeschäft zu beurkunden, bei dem die Vertragsparteien erkennbar nicht als gleichwertige Partner gegenüberstehen, sondern eine Vertragspartei erkennbar ihren Willen der anderen Seite aufzwingt. Diese Frage ist ein Problem des Beurkundungs- und Belehrungsrechts, das die betreuende Beratung nach § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO nicht

³⁶ BGHZ 96, 568, 571; dazu näher bei Reithmann ZNotP 1999, 142 ff.

unmittelbar tangiert, zumal § 14 BNotO als Angelpunkt gewählt ist.

Die isolierte, selbständige Entwurfstätigkeit von der vorbereitenden Entwurfstätigkeit für die spätere Beurkundung zu unterscheiden, ist ein Problem des Einzelfalls³⁸. Gleiches gilt für die Frage, wann „erweiterte Belehrungspflichten“ greifen müssen. Die Abgrenzung im einzelnen wird im folgenden nicht weiter vertieft. Für das zu untersuchende Problem allein interessant ist es, daß eine selbständige Tätigkeit vorliegt, die Abgrenzung also gelungen ist und gerade keine Entwurfstätigkeit im Rahmen einer vorbereiteten Beurkundung vorliegt.

b) Gegenstand der planenden Beratung

Weil eine Eingrenzung des Rechtsgebietes der vorsorgenden Rechtspflege bislang nicht gelang, ist auch die notarielle Zuständigkeit auf dem Gebiet der planenden Beratung entsprechend umfangreich. Häufig berät der Notar in der Nahtstelle zweier Rechtsgebiete.

³⁷ Im einzelnen dazu die Dissertation von Allerkamp.

³⁸ Vgl. etwa BGH DNotZ 2002, 768 für die Testamentserrichtung.

Beispielsweise ist das Steuerrecht oft für die Gestaltung im Erbrecht und Gesellschaftsrecht maßgeblich. Der Notar berät die Beteiligten im Familienrecht, Güterrecht und zu Fragen der Vermögensverwaltung, kreativ oder analysierend. Im Handels- und Gesellschaftsrecht wird ein Notar zur Gründung, Umwandlung, Beendigung von Gesellschaften und bei anderen unternehmerischen Entscheidungen einbezogen. Bei der Gründung einer GmbH & Co. KG wird der Notar in aller Regel den Vertrag der KG entwerfen und aufsetzen, um eine Verzahnung mit der GmbH zu gewährleisten. Beispiel für einen „offenen Beurkundungsauftrag“ ist die Beratung zur Frage einer Vermögensübertragung der Eltern auf die Kinder bei Tod eines Ehegatten und einer Absicherung des Überlebenden. Der Notar kann diesen Auftrag annehmen und als Lösung die Vor- und Nacherbschaft oder die Vollerbschaft mit Nießbrauch des Überlebenden unter Berücksichtigung der konkreten Vermögensverhältnisse sowie der steuerrechtlichen Seite darstellen³⁹. Der Gegenstand der planenden Beratung ist also nahezu unbegrenzt.

³⁹ Beispiel nach Schippel - Reithmann § 24 Rn. 16, 19.

3. Ausgleichende Beratung

Die Unparteilichkeit des Notars gemäß § 14 Abs. 1, 3 BNotO prädestiniert ihn zur vermittelnden Tätigkeit zwischen sich streitenden Parteien⁴⁰. Sie stellt sich hier nicht nur als Pflicht, sondern auch als Grundlage einer Aufgabenzuweisung dar.

Zwar übernimmt der Notar bereits bei der Beurkundung eine gewisse Vermittlung von Interessen⁴¹. Seine Aufklärung, Belehrung und Vermittlungsvorschläge im Vorfeld der Beurkundung sind auch „Beratung“, die das Ziel hat, einen späteren Konflikt zwischen den Beteiligten zu vermeiden.

Allerdings treten Zweifel und Streitigkeiten regelmäßig auch nach der Beurkundung auf. Ihre Vermittlung oder gerichtliche Klärung findet regelmäßig erst dann statt, wenn der Notar seine Tätigkeit schon beendet hat. Insofern handelt es sich nicht um eine Streitvorbeugung durch eine interessengerechte präventive Beurkundung, sondern um eine Streitschlichtung, d.h. mehr um eine Tätigkeit der Justiz als des Anwalts⁴². Gerade der Notar bietet sich als Verfasser der Urkunde dazu an. Die Beteiligten können

⁴⁰ Vgl. dazu den Beitrag von Sorge MittBayNot 2001, 50 ff.

⁴¹ Schippel - Reithmann § 24 Rn. 18.

aufgrund autonomen Entschlusses mit ihm in Verbindung treten. Oftmals ist ihnen ein entsprechendes Ansuchen aber auch vorgeschrieben, zum Beispiel gemäß § 20 Abs. 4 Sachenrechtsbereinigungsgesetz und § 305 Insolvenzordnung.

Die Streitschlichtung ist vielfältig und vielschichtig. Es gibt verschiedene Verfahrensmuster, die jeweils eigenen Regeln unterliegen. Die Einzelheiten der zur Verfügung stehenden Muster, also Kooperation, Vergleich, Mediation, Schlichtung, vertragliche Konfliktbewältigung und Moderation, können dahinstehen⁴³. Jedenfalls ist die Streitschlichtung allgemein und für den Notar im speziellen ein auch wirtschaftlich zunehmend wichtiges Feld ist, was insbesondere für die Gebiete der Mediation und der Streitschlichtung gilt⁴⁴. Bei dieser schlägt der Notar im

⁴² Limmer notar eins '99, 9, 12.

⁴³ Hädrich-Riedenklau S. 41; Bietz ZNotP 2000, 344 ff; Wagner ZNotP 2000, 344 ff und DNotZ 1998 Sonderheft, 34, 79 ff; Walz notar eins '99, 2 ff.

⁴⁴ Vgl. Güteordnung laut Rundschreiben Bundesnotarkammer 23/99; Statut SGH notar vier '99, 124 ff; dazu Wolfsteiner notar vier '99, 115 ff.

Gegensatz zur Mediation, die emotionale Konfliktbarrieren überwinden helfen soll, eine Entscheidung vor⁴⁵.

Die ausgleichende Beratung im Rahmen von § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO ist in zweierlei Weise abzugrenzen. Zunächst erscheint nämlich der Begriff „Vermittlung“, der häufig benutzt wird, irreführend. Eine „Vermittlung“ von Urkundsgeschäften ist dem Notar gemäß § 14 Abs. 4 BNotO nicht gestattet. Damit ist lediglich Maklertätigkeit gemeint, die auf das Zusammenführen von Parteien gerichtet ist, deren Vertrag der Notar dann beurkundet. Sein somit eigenes finanzielles Interesse am Vertrag der zusammengeführten Parteien verbietet die Tätigkeit. Bei der ausgleichenden Beratung handelt es sich dagegen um die „Vermittlung“ von sachlichen Interessen, nicht interessierten Geschäftspartnern.

Ferner wurde bei der Aufzählung von „Vermittlungstätigkeiten“ die Schiedsgerichtsbarkeit nicht erwähnt. Der Name besagt schon, daß es sich hier um eine richterliche Tätigkeit des Notars nach §§ 1025 ff ZPO und nicht um vorsorgende Rechtsbetreuung handelt. Sie ist in

⁴⁵ Wagner a.a.O.; DNotZ 2000, 42 ff; ZNotP 2000, 214 ff; Walz notar eins '99, 2 ff.

§ 8 Abs. 3, 4 BNotO besonders erwähnt, auch wenn sie eine grundsätzlich genehmigungsfreie Nebentätigkeit des Notars ist. Da sie nicht in den Bereich von § 24 Abs. 1 BNotO fällt, soll sie hier nicht Gegenstand weiterer Betrachtung sein⁴⁶.

V. **Notarbestätigungen und Bescheinigungen**

Nicht in § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO ausdrücklich genannt, jedoch in der Praxis von Bedeutung, sind Bestätigungen des Notars.

1. **Begriff**

§ 24 Abs. 1 S. 1 BNotO erlaubt dem Notar, schriftlich gutachtliche Erklärungen abzugeben⁴⁷. Diese Erklärungen sind im übrigen formlose Rechtsauskünfte über einen Sachverhalt mit dem Ziel, die materielle Richtigkeit des Sachverhalts zu bestätigen⁴⁸.

⁴⁶ Dazu Bietz a.a.O.; Wagner a.a.O.; vgl. auch die Empfehlung der Bundesnotarkammer vom 8.10.1999 in DNotZ 2000, 1 ff.

⁴⁷ Näher: Arndt/Lerch/Sandkühler - Sandkühler § 24 Rn. 25 ff; Eylmann/Vaasen - Hertel § 24 Rn. 17 ff; Hädrich-Riedenklau § 15, S. 126 ff; Reithmann DNotZ 1975, 324 ff.

⁴⁸ BGHZ 96, 157, 165 = DNotZ 1986, 406 ff; auch Hinweise zur Haftung nach § 19 Abs. 1 BNotO.

Der Ansuchende wendet sich aufgrund der besonderen Stellung des Notars in der Rechtsordnung und aufgrund seines Vertrauens in das gewissenhaft ausgeübte Amt gerade an den Notar und nicht an einen Rechtsanwalt. Aus diesem Grunde vertraut der Rechtsverkehr auch auf die Bestätigung, obwohl eine Beweisregel fehlt⁴⁹. Bei Notarbestätigungen gemäß §§ 24, 21 BNotO gibt der Notar eine rechtliche Auskunft im Rahmen eines Rechtsgutachtens mit einer eigenen, haftungsrechtlich relevanten, Stellungnahme ab⁵⁰. Auch hier ist wieder erforderlich, daß es sich um eine selbständige Tätigkeit⁵¹ aufgrund eines autonomen Ansuchens handelt.

Dem steht die Tatsachenbeurkundung gegenüber, die im weiteren Sinne auch eine Notarbestätigung ist und auf § 20 Abs. 1 S. 2 am Ende BNotO beruht. Deshalb ist sie eine Urkunde. Der Notar bestätigt hier lediglich, daß er allein

⁴⁹ Schippel - Reithmann § 24 Rn. 24; zur Stellung des Notars siehe unten Teil C.

⁵⁰ Ertl DNotZ 1969, 650, 651; vgl. auch das Rundschreiben Bundesnotarkammer Nr. 5/99 Formulierungsvorschläge für Notarbestätigungen und Treuhandaufträge in DNotZ 1999, 369 ff.

⁵¹ BGH ZNotP 2000, 162 = NJW-RR 1999, 1579.

eine bestimmte Tatsache wahrgenommen hat. Er fügt also keine rechtliche Erläuterung hinzu⁵².

2. Einzelfälle

Praktische Bedeutung haben die „Rangbestätigungen“. Sie sind Bestätigungen darüber, daß eine Eintragungsbewilligung über ein zu bestellendes Grundpfandrecht dem Grundbuchamt vorgelegt ist und keine Eintragungshindernisse existieren. Davon wird in der Praxis häufig eine vorzeitige Auszahlung des Darlehens zur Erfüllung der Kaufpreisschuld seitens der Banken abhängig gemacht⁵³.

Daneben gibt es vor allem die „Fälligkeitsmitteilungen“. Der Notar teilt hier einer Vertragsseite eines Grundstückkaufvertrags mit, daß die Voraussetzungen für

⁵² Zur Bescheinigung auch mit Beispielen: Huhn/v. Schuckmann § 39 Rn. 5 ff; Schippel - Reithmann § 24 Rn. 24 a.E.; Hädrich-Riedenklau § 15, S. 128, 133; Reithmann Vors. Rechtspflege, S. 115 ff; Allg. Urkundenrecht, S. 63 ff.

⁵³ Vgl. BayObLG DNotZ 1971, 249 ff; zur Rangbestätigung: Eylmann/Vaasen - Limmer § 21 Rn. 1 ff, 24 ff; Huhn/v. Schuckmann § 39 Rn. 5 ff, 8-10.

die Fälligkeit des Kaufpreises vorliegen⁵⁴. Das kann Inhalt eines Ansuchens oder gesetzlich angeordnet sein, vgl. etwa § 3 Abs. 1 Nr. 1 Makler- und Bauträgerverordnung.

VI. Vollzugstätigkeiten

Vollzugstätigkeiten⁵⁵ sollen den rechtlichen und damit auch wirtschaftlichen Erfolg der Willenserklärungen aus der Beurkundung sichern⁵⁶. Der Notar setzt die beurkundete Absprache in einen rechtlichen Erfolg um. Obwohl die Vollzugstätigkeit nicht ausdrücklich genannt ist, handelt es sich hier um einen erheblichen Anwendungsbereich des § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO. Zwar ist der Notar bei der Beurkundung im Rahmen der Aufklärung nach § 17 BeurkG auch zum Hinweis darauf verpflichtet, inwiefern das Rechtsgeschäft noch zu vollziehen ist. Doch diese Aufklärungspflicht

⁵⁴ Näher: Arndt/Lerch/Sandkühler - Sandkühler § 24 Rn. 29 ff; Eylmann/Vaasen - Limmer § 21 Rn. 1 ff, 27; Huhn/v. Schuckmann § 39 Rn. 5 ff, 11; Reithmann NotBZ 2000, 244 ff m.w.N.

⁵⁵ Näher: Hädrich-Riedenklau § 10, S. 49 ff; Schippel - Reithmann § 24 Rn. 25 ff; Reithmann Vors. Rechtspflege, S. 184 ff; DNotZ 1975, 324 ff.

⁵⁶ Schippel/Reithmann § 24 Rn. 25 ff; Reithmann DNotZ 1975, 324 ff.

begründet keine Pflicht für den Notar, von Amts wegen tätig zu werden und den fehlenden Akt selbst vorzunehmen⁵⁷.

§ 53 BeurkG ist diesbezüglich eine Ausnahmegvorschrift. Sie verpflichtet den Notar nach der abgeschlossenen Beurkundung noch zu einer Vollzugstätigkeit. Es handelt sich um eine unselbständige Hilfstätigkeit zur Urkundstätigkeit.

Wie bei allen anderen Tätigkeiten des Notars im Rahmen von § 24 Abs. 1 BNotO ist auch hier die Selbständigkeit der Tätigkeit wieder maßgeblich. Insofern ist für die Vollzugstätigkeit der Notar gesondert zu beauftragen, es sei denn, § 53 BeurkG ist ausnahmsweise einschlägig. Zwar steht die Annahme eines solchen Ersuchens grundsätzlich im Ermessen des Notars; die Übernahme des Vollzugs ist aber üblich. Inwieweit der Notar dann auch die ordnungsgemäße Bearbeitung des Vollzugs zum Beispiel durch das Grundbuchamt zu überwachen hat, hängt vom Einzelfall ab⁵⁸.

Typische Vollzugstätigkeiten des Notars sind die Zustellung von Willenserklärungen (Zugang) und die Abgabe eigener

⁵⁷ Reithmann DNotZ 1975, 324, 326 ff.

Erklärungen namens des Mandanten, eine gemäß § 1280 BGB erforderliche Anzeige, Anzeigen zur Erzielung von Bösgläubigkeit, insbesondere aber das Anfordern von Genehmigungen sowie die Einholung von Lastenfreistellungen bei der Abwicklung von Grundstückskaufverträgen oder die Beschaffung von vorzulegenden Grundschuldbriefen zum Vollzug von Eintragungsanträgen im Grundbuch.

VII. Treuhänderische Tätigkeit und Verwahrung

Haben Personen, die dem Notar eine Betreuungsaufgabe⁵⁹ übertragen, unterschiedliche oder entgegengesetzte Interessen, übertragen sie jedoch dem Notar gemeinsam die Abwicklung als Treuhänder, so spricht man von einer Treuhändertätigkeit⁶⁰. Die Beteiligten an einer treuhänderischen Tätigkeit des Notars vertrauen sich wechselseitig nicht uneingeschränkt, weshalb der Notar einen rechtlichen und wirtschaftlichen Schaden im Interesse

⁵⁸ Vgl. BGHZ 123, 1, 9 = NJW 1993, 3061; dazu Eylmann/Vaasen - Hertel § 24 Rn. 24 m.w.N.; Reithmann DNotZ 1975, 324, 332.

⁵⁹ Näher: Hädrich-Riedenklaus §§ 11ff, S. 75 ff; Reithmann Vors. Rechtspflege, S. 191 ff; DNotZ 1975, 324, 328 ff; Ganter WM 2000, 641, 646 ff; Zugehör ZNotP 1997, 43 bis 45 zur Abgrenzung.

⁶⁰ Schippel/Reithmann § 24 Rn. 29.

aller verhindern soll⁶¹. Das wird vor allem dadurch erreicht, daß mit der Treuhand Leistung und Gegenleistung so voneinander abhängig gemacht und verzahnt werden, daß der Treuhänder das an ihn Geleistete erst dann weiterleitet, wenn die andere Seite erfüllt hat⁶².

Der Notar benutzt für die Ausübung seiner Treuhandtätigkeit vor allem das Instrument der treuhänderischen Verwahrung, vgl. §§ 54 a ff BeurkG. Die treuhänderische Verwahrung von Geld gemäß § 23 BNotO ist ein Unterfall der allgemeinen Verwahrung nach § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO. Sie geschieht vor allem durch die Führung von sogenannten Notaranderkonten⁶³. Daneben überwacht der Notar durch den Gebrauch von Vollmachten, die Abgabe und Weiterleitung von Willenserklärungen sowie Verfahrenserklärungen.

Neben der treuhänderischen Verwahrung gibt es eine allgemeine Verwahrung von Gegenständen

⁶¹ BGH DNotZ 1966, 506; 1971, 591; Reithmann DNotZ 1975, 324, 329.

⁶² Vgl. beispielsweise BGH DNotZ 1983, 509.

⁶³ Vgl. hierzu die Monographien von Beining; Kawohl; König; Preuß; Strehle; Weingärtner und Wettach sowie Reithmann Vors. Rechtspflege, S. 217; DNotZ 1975, 324; 336; Zugehör ZNotP 1997, 42 ff.

(Hinterlegung)⁶⁴. Sie unterliegt ebenfalls §§ 23, 24 BNotO. Es handelt sich meistens um ein einseitiges Ansuchen an die Tätigkeit des Notars, insofern um ein einfaches „Aufbewahren“ durch eine Vertrauensperson, wie der Notar sie ist.

VIII. Vertretung vor Gerichten und Verwaltungsbehörden gemäß § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO

Nicht mehr allgemeine sonstige Betreuungstätigkeit, sondern in § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO speziell erwähnte Betreuungstätigkeit des Notars ist es, wenn er seinen Mandanten vor Gericht oder Verwaltungsbehörden vertritt. Schon aus der Systematik ergibt sich, daß auch diese Tätigkeit des Notars zur „vorsorgenden Rechtspflege“ gehört. Daher ist auch hier wieder erforderlich, daß der Notar um seine Tätigkeit angesucht wird.

⁶⁴ Dazu näher Hädrich-Riedenklau § 14, S. 101 ff; Reithmann Vors. Rechtspflege, S. 210 ff.

1. Vertretung der Beteiligten

Vertretung im Sinne des § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO bedeutet, daß der Notar grundsätzlich Verfahrenserklärungen in allen Verfahren vor Gerichten und Verwaltungsbehörden abgeben und Entscheidungen empfangen darf⁶⁵. Praktisch bedeutsam ist das Betreiben des Verfahrens in der Rechtsmittelinstanz, vgl. z. B. § 29 FGG⁶⁶.

Was die Vertretung als solche angeht, gelten die allgemeinen Regeln aus dem materiellen Recht und Verfahrensrecht. Jedoch ist davon auszugehen, daß der Notar nicht ohne Vollmacht handeln wird⁶⁷. Diese Annahme beruht auf den Vollmachtsvermutungen in einigen Gesetzen, vgl. dazu § 24 Abs. 3 S. 1 BNotO.

2. Umfang der Vertretungszuständigkeit

Durch die Worte „in diesem Umfange“ wird eine Korrespondenz von § 24 Abs. 1 S. 2 und S. 1 BNotO hergestellt. Daher bezieht sich auch S. 2 nur auf eine

⁶⁵ Schippel - Reithmann § 24 Rn. 36.

⁶⁶ Auf diese Fälle wird noch detailliert unter E VI 2, Seite 271 eingegangen; zur „Vertretung“ auch unter E VI 1, Seite 267.

⁶⁷ Vgl. KG DNotZ 1987, 32, 35; allgemein Schippel - Reithmann § 24 Rn. 38.

Tätigkeit aus dem Bereich der vorsorgenden Rechtspflege. Eine Tätigkeit im Sinne des Satzes 2 beruht auf einem eigenständigen Ansuchen, ohne daß zwingend eine Betreuung aus S. 1 fortgeführt werden muß.

Vertreten werden können nur die Beteiligten, die den Notar um seine Tätigkeit angesucht haben. Das sind aber nicht allein die an einem Rechtssachverhalt nur formell Beteiligten, da § 6 Abs. 2 BeurkG nicht gilt. Er kann daher auch Personen vertreten, die an einer Angelegenheit nur materiell beteiligt sind, beispielsweise bei der Bestellung eines Grundpfandrechts den Gläubiger, dessen Erklärung nicht beurkundet worden ist⁶⁸. Ob diejenigen, die der Notar vertreten kann, auch die Begünstigten seiner Amtspflichten sind, ist damit noch nicht gesagt und wird sich als wesentliches Problem bei der weiteren Bearbeitung des Themas darstellen⁶⁹.

⁶⁸ Arndt/Lerch/Sandkühler - Sandkühler § 24 Rn. 49.

⁶⁹ Dazu unten unter D I 2, Seite 120; E III, insbesondere E III 6, Seite 191.

3. Ansatzpunkt zur Beschränkung des § 24 Abs. 1 S. 2

BNotO

Die Vertretung durch den Notar gemäß § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO ist nur insoweit möglich, als sich nicht aus anderen Vorschriften Beschränkungen ergeben, wie § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO formuliert. Andere Vorschriften sind vor allem diejenigen, welche die Vertretung – zum Beispiel in höchstpersönlichen Angelegenheiten – und die Postulationsfähigkeit betreffen⁷⁰.

Daneben könnten diejenigen Vorschriften die notarielle Zuständigkeit für Vertretungen begrenzen, die typischen berufsrechtliche Regelungen und Pflichten enthalten. Daher könnte die Pflicht zur Unparteilichkeit in Gestalt von § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO eine „andere Vorschrift“ sein, die eine notarielle Vertretung nicht zuläßt⁷¹.

IX. Nebentätigkeiten außerhalb von § 24 Abs. 1 BNotO

Nicht unter § 24 Abs. 1 BNotO fallen die sonstigen Nebentätigkeiten. Diese erfaßt vor allem § 8 BNotO.

⁷⁰ Vgl. Arndt/Lerch/Sankühler - Sandkühler § 24 Rn. 50 ff; Schippel - Reithmann § 24 Rn. 45 ff.

⁷¹ Dazu bereits oben unter B II 3 b, Seite 18.

Hiernach ergibt sich ein weiteres Tätigkeitsfeld des Notars neben der Beurkundung und der sonstigen Betreuung und Vertretung nach § 24 Abs. 1 BNotO. § 8 Abs. 4 BNotO erlaubt zum Beispiel dem Notar genehmigungsfrei die Nebentätigkeit in der Testamentsvollstreckung, Insolvenzverwaltung und die wissenschaftliche Tätigkeit. Auf die hier ebenfalls eingeordnete Schiedsgerichtsbarkeit wurde hingewiesen.

§ 8 Abs. 3 S. 2 BNotO verweist ausdrücklich auf die Pflicht des Notars zur Unparteilichkeit. Insofern müssen die folgenden Ausführungen auch für die entsprechenden Nebentätigkeiten hier gelten. Schließlich erfaßt § 24 Abs. 1 BNotO nicht die Tätigkeiten auf dem Gebiet des Vollstreckungsrechts wie zum Beispiel die Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen von notariellen Urkunden, § 797 Abs. 2 ZPO, oder Tätigkeit bei § 796c ZPO.

X. Rechtsnatur der Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO

Nahezu alle Tätigkeiten, die der Notar aufgrund von § 24 Abs. 1 BNotO vornehmen kann, sind keine ausschließlich typisch notariellen Tätigkeiten, sondern werden auch von anderen Berufsträgern wahrgenommen. Aus diesem Grunde

ist nicht von vorneherein zwingend, daß es sich bei solchen notariellen Tätigkeiten auch um Amtstätigkeiten handelt. Nur wenn auch bei der notariellen Betreuung und Vertretung auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege das notarielle Berufsrecht gilt, bestehen auch die üblichen Amtspflichten für den Notar. Anderenfalls ist es von vorneherein ausgeschlossen, daß die Pflicht des Notars zur unparteilichen Amtsausübung für die notarielle Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO Anwendung findet.

1. Privatrechtliche Tätigkeit

Für eine rein privatrechtliche Rechtsbeziehung zwischen Mandant und Notar könnte die Unterscheidung in § 1 BNotO zwischen einer hoheitlichen Tätigkeit, also Beurkundung, und einer „sonstigen“ Tätigkeit, wie der Betreuung, angeführt werden. Letztere wäre dann eine „freie Berufsausübung“⁷². Der Nurnotar wäre bei seiner rechtlichen Betreuung an keinerlei berufsrechtliche Vorschriften gebunden, während der Anwaltsnotar regelmäßig als Anwalt tätig wäre. Die notariellen Berufsvorschriften wie Dienstordnungen, Kostenordnungen,

Amtspflichten und die Berufsethik würden für den Notar nicht gelten. Er wäre „Freier Berufler“, der Anwaltsnotar jedenfalls Rechtsanwalt.

Eine solche Freiheit scheint schon angesichts des Rechtsberatungsgesetzes fraglich. Jedenfalls hat der Gesetzgeber aber das notarielle Berufsrecht geschaffen, damit es bei der Berufsausübung, d.h. bei jeder Tätigkeit als Notar, einschlägig ist. Gegen eine ungebundene Freiberuflichkeit des Notars spricht ferner die Schaffung des anwaltlichen Berufsrechtes. Auf dieses verweist § 24 Abs. 2 BNotO für den Zweifelsfall einer notariellen oder anwaltlichen Tätigkeit des Anwaltsnotars. Diese Vorschrift hat mit dem Anerkenntnis des Anwaltsnotariates⁷³ jedenfalls zum Inhalt, daß der Notar niemals völlig frei, sondern nur unter der Prämisse des anwaltlichen oder notariellen Berufsrechts tätig sein kann. Dies folgt auch aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift, als mit der Einführung des § 26 RNotO die notarielle Betreuung gerade dem notariellen Berufsrecht und damit seiner Amtstätigkeit unterstellt wurde; eine privatrechtliche Tätigkeit aufgrund

⁷² Habscheid NJW 1964, 1502, 1507.

⁷³ Dazu Mihm Kollisionsprobleme S. 33 bis 50.

eines entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrages gemäß § 675 BGB kann damit nicht mehr angenommen werden.

Neuerdings wird vertreten, daß unverbindliche Ratschläge des Notars keine Amtstätigkeit und damit vor allem keine Amtspflicht begründen. Vergleichbar sei die Situation mit einem Gefälligkeitsverhältnis. Der dort fehlende Rechtsbindungswille stelle sich hier als fehlender Wille zur Übernahme einer entsprechenden Amtspflicht dar⁷⁴.

Gemäß § 15 Abs. 1 BNotO hat der Notar im Rahmen seiner Urkundstätigkeit die Pflicht zur Amtsübernahme. Im Mittelpunkt steht hier die Pflicht zur Übernahme der Beurkundung, daß dem Notar insoweit also kein Ermessen zusteht. Eine weitere Folgerung daraus, daß nur die Beurkundung eine Amtsaufgabe ist, geht deshalb aber fehl. Aus § 15 BNotO folgt vielmehr, daß bei möglichen anderen Amtstätigkeiten des Notars ein Ermessen bei der Übernahme der Tätigkeit besteht, daß es also auch Amtspflichten über die Beurkundung hinaus gibt. Deshalb handelt es sich bei der notariellen Tätigkeit nach § 24 Abs. 1

⁷⁴ Lichtenberger FS Schippel 729, 737 dagegen aber schon Reithmann MittBayNot 1999, 159, 160 unter Hinweis auf die herrschende Meinung.

BNotO um ein gesetzlich geregeltes öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis zwischen Notar und Auftraggeber⁷⁵.

2. Privatrechtliche Tätigkeit unter Beachtung der BNotO

Damit der Notar bei einer notariellen Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO niemals völlig frei handelt, könnte man annehmen, daß zum Mandanten zwar ein privatrechtliches Schuldverhältnis besteht, die tragenden Grundsätze der BNotO aber dennoch Anwendung finden.

Zwar handelt der Notar grundsätzlich amtlich und öffentlich-rechtlich. Die widerlegbare Zweifelsregelung des § 24 Abs. 2 BNotO besagt allerdings, daß inhaltlich der Notar und der Anwalt die gleiche Tätigkeit ausüben⁷⁶. Weil der Anwalt aber nicht beliehen ist, ist die Rechtsbeziehung zwischen Anwalt und Mandant immer privatrechtlich. Es hängt vom Mandanten, dem Inhalt des Ansuchens und seinem zugrundeliegenden Sachverhalt ab, ob der Rechtsberater als Notar oder als Anwalt, also amtlich notariell oder freiberuflich anwaltlich, auftritt. Aufgrund

⁷⁵ BVerfGE 17, 371 ff, 379; 17, 381, 386; 16, 6, 23; BGHZ 76, 9, 11, 13; BGH WM 1996, 2074; 1994, 647; Reithmann NotBZ 2000, 244, 246; Zugehör ZNotP 1997, 42.

§ 24 Abs. 2 BNotO kann der Notar zwar wie ein Anwalt rechtsbetreuend tätig werden, nicht aber der Anwalt wie ein Notar, da ihm die Beleihung fehlt. Dieselbe Tätigkeit müsse, so ist denkbar, auch rechtlich gleichermaßen ausgestaltet sein. Wenn es also um Rechtsbetreuung geht, dann ist diese aufgrund der sich überschneidenden Berufsfelder zwischen Anwalt und Notar auf den kleinsten gemeinsamen Nenner einer privatrechtlichen Ausgestaltung zu bringen. Da es sich nach wie vor um notarielle Tätigkeit handelt und diese nicht völlig frei sein darf, würden die tragenden Grundsätze der BNotO Anwendung finden.

Es ist allerdings zweifelhaft, ob die Rechtsbetreuung immer privatrechtlich sein und immer gleichbehandelt werden muß, nur weil verschiedene Berufsträger sie ausüben können. Genausogut ist denkbar, daß der Notar als Amtsträger immer öffentlich-rechtlich handelt, und daß deshalb wegen der Pflicht zur Unparteilichkeit seine Betreuung eine andere ist als die privatrechtliche des Rechtsanwalts. Schließlich würden letztendlich dennoch die Grundpflichten der BNotO angewandt, weshalb im Ergebnis

⁷⁶ Kruse S. 36 ff, 42, 75, 89 bis 92 näher zu dieser Thematik.

nur eine zusätzliche Verkomplizierung des Problems erreicht würde.

Deshalb wird der Gedanke der freiberuflichen Tätigkeit durch den Notar nur noch unter dem Aspekt der Zukunft des Notariats aufgegriffen. Es wird darauf hingewiesen, daß auch die notarielle Tätigkeit Dienstleistungstätigkeit sein muß⁷⁷. Dieser Begriff erschöpft sich aber in der Art und Weise, wie der Notar gegenüber seinem Mandant sein Amt ausübt. Dienstleistung bedeutet Kundenfreundlichkeit und stellt das Vertragsverhältnis Mandant – Notar nicht auf die zivilrechtliche Grundlage des Dienstvertrags.

3. Amtstätigkeit des Notars

Somit ist heute wohl unbestritten⁷⁸, daß auch die Tätigkeit des Notars nach § 24 Abs. 1 BNotO Amtstätigkeit ist. Das folgt vor allem aus der Systematik und dem Wortlaut des Gesetzes mit der Überschrift „Amtstätigkeit“ vor § 20 BNotO. Der Charakter des Notariats unterstreicht dies. Der

⁷⁷ Wagner AnwBl. 2002, 387, 388; ZNotP 2000, 214, 217; vgl. dazu die Schlußbetrachtung unten unter H, Seite 353.

⁷⁸ Näheres bei Hädrich-Riedenklau S. 14; sehr grundsätzlich und analytisch Rossak S. 28 ff zu den Begriffen „staatliches, öffentliches

Notar ist beamtet oder beliehen und damit jedenfalls nicht „Freier Berufler“. Zwar kann jeder Träger eines öffentlich-rechtlichen Amtes auf privatrechtlicher Grundlage tätig werden, wie etwa bei fiskalischem Handeln. Doch wird er nach allen bekannten Abgrenzungskriterien niemals dann privatrechtlich handeln, wenn der Hoheitsträger gerade im Rahmen seines Amtes tätig wird. Denn §§ 20 ff BNotO sind Zuständigkeitsvorschriften für die Amtsausübung des Notars.

Ferner wird das Notariat als Teil der staatlichen Daseinsfürsorge angesehen. Der Staat bietet eine Rechtsbetreuung als originäre Staatsaufgabe an. Deshalb handelt der Notar bei der Betreuung qua verliehenen Amtes und in der staatlichen Funktion, um sicherzustellen, daß dem Bürger ein Netz von unabhängigen Rechtsberatern zur Verfügung steht⁷⁹. Daher ist das Verhältnis vom Notar zu einem ihn nach § 24 Abs. 1 BNotO ansuchenden Mandanten öffentlich-rechtlicher Natur⁸⁰. Betreuung im Sinne von § 24

Amt“, hinsichtlich § 24 Abs. 1 BNotO: S. 55, 63 m.w.N. in Fn. 81, 66; zur Beleihung: S. 56 ff.

⁷⁹ BVerfGE 17, 371 ff.; 17, 381, 386; vgl. Hädrich-Riedenklau S. 17; grundsätzlich Gunella DNotZ Sonderheft 1956, 45 ff.

⁸⁰ BGH DNotZ 1960, 265, 267; allgemein Hädrich-Riedenklau § 6, S. 33, 34 m.w.N., siehe auch Zuck FS Schippel, S. 817 ff.

Abs. 1 BNotO ist Amtstätigkeit⁸¹. Liegt einem Anwaltsnotar ein Ansuchen zweifelsfrei nach § 24 Abs. 1 BNotO vor, darf er es nicht ablehnen, um es nunmehr im Gewande eines Rechtsanwalts sofort wieder anzunehmen. Ansonsten bestünde zwischen zivilrechtlichem und notariellem Mandat Formenwahl, womit die öffentlich-rechtliche Amtsausübung zur Disposition und im Gutdünken des jeweiligen Amtswalters trotz entgegenstehenden Ansuchens des Auftraggebers stünde. Dies verträgt sich nicht mit der Beleihung⁸².

Der privatrechtliche Aspekt des Notariats geht auf die faktische und strukturelle Stellung des Notars im Rechtsverkehr und in der Rechtsorganisation zurück. Anhand der Formulierung des § 1 Abs. 2 PartGG könnte man den Notar als Freiberufler zu erkennen suchen. Ihm fehlt vor allem auch die echte, weisungsgebundene Einbindung in eine Behördenorganisation, wie es bei dem Träger eines öffentlichen Amtes normalerweise der Fall ist. Im Notarberuf selbst herrscht Selbstverständnis hinsichtlich

⁸¹ BGHZ 76, 9, 11, 13; DNotZ 1990, 661; 1980, 496 ff = NJW 1980, 1106 ff; Bohrer Rn. 8; Eylmann/Vaasen - Hertel § 24 Rn. 15; vgl. auch Haug FS Schippel, S. 655 ff.

⁸² Hädrich-Riedenklau S. 47 m.w.N.

der eigenen Freiheit und Unabhängigkeit⁸³. Doch kann dieses ebensowenig wie die Betrachtung des Notars als Freiberufler im Steuerrecht, vgl. § 18 Abs. 1 EStG⁸⁴, eine privatrechtliche und freiberufliche Stellung des Notars gegenüber seinem Mandanten begründen.

4. Ergebnis

Weil die Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO öffentlich-rechtlicher Natur ist, gilt die BNotO mit allen Rechte und Pflichten vollumfänglich. Insbesondere findet § 14 BNotO Anwendung. Deshalb muß der Notar seine Unabhängigkeit, Integrität und grundsätzlich auch seine Pflicht zur Unparteilichkeit wahren. Er ist zur Führung seines Siegels berechtigt. Seine Tätigkeit rechnet er nach § 145 KostO für Entwürfe, nach § 146 und dem Auffangtatbestand des § 147 KostO ab⁸⁵. Die sogenannten „notariellen Eigenurkunden“ sind unter die besonderen Beweisregeln der §§ 415 und 437 ZPO zu subsumieren⁸⁶. Weil es sich um notarielle Amtstätigkeit handelt, haftet der Notar gemäß § 19 BNotO

⁸³ Vgl. Mihm, Kollisionsprobleme S. 60 bis 62 m.w.N.; die Unabhängigkeit ist u.a. Gegenstand der Dissertation von Rossak.

⁸⁴ Dazu BVerfGE 47, 285 ff, 300, 318 ff.

⁸⁵ Näheres bei Hädrich-Riedenklau § 16, S. 142.

und nicht aufgrund einer positiven Forderungsverletzung oder § 280 Abs. 1 BGB n.F. eines Rechtsberatungsvertrages. Zwar ist er deshalb auch versichert, jedoch haftet er gegenüber dem „Auftraggeber“ gemäß § 19 Abs. 1 S. 2 BNotO unmittelbar und nicht nur subsidiär. Weil die Beziehung zum Mandanten öffentlich-rechtlicher Natur ist⁸⁷, richten sich Streitigkeiten aus Gründen einer möglichen Amtsverweigerung nach § 15 BNotO⁸⁸. Gemäß § 15 Abs. 2 BNotO kann der Notar zur ordnungsgemäßen Abwicklung einer einmal übernommenen Tätigkeit unter Umständen angewiesen werden⁸⁹. Der Notar unterliegt auch insoweit der vollen Dienstaufsicht.

Obwohl der Notar also scheinbar wie der Anwalt und damit auch interessenwährend auftreten darf, muß er dennoch grundsätzlich unparteilich sein. Inwieweit es hier Abstriche oder Nuancen gibt, ist Ziel der weiteren Untersuchungen.

⁸⁶ Reithmann DNotZ 1975, 325.

⁸⁷ Sogenanntes Außenverhältnis; Innenverhältnis des Notars zum Staat bei Rossak S. 69 ff; auch Sorge MittBayNot 2001, 50 ff.

⁸⁸ BGH NJW 1998, 2134; vgl. auch vorstehende Fn. 87.

⁸⁹ Eylmann/Vaasen - Hertel § 24 Rn. 7 am Ende m.w.N.

C. Die Pflicht des Notars zur Unparteilichkeit

Unabhängig vom Wortlaut des § 24 Abs. 1 BNotO ist eine Tätigkeit des Notars unzulässig, wenn sie gegen den Zweck und das Wesen des Notariats verstößt⁹⁰. Es stellt sich die Frage, ob die Pflicht zur Unparteilichkeit des Notars gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO eine solch wesentliche Pflicht ist, daß sie auch hinsichtlich einer Tätigkeit des Notars auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege uneingeschränkt gelten muß und damit in der Lage ist, die Zuständigkeit des Notars gemäß § 24 Abs. 1 BNotO einzugrenzen. Dazu soll zunächst klargestellt werden, was Unparteilichkeit genau bedeutet, wie sie sich auswirkt und inwieweit sie bei der notariellen Betreuung nach § 24 Abs. 1 BNotO genau Anwendung findet.

I. Dogmatische und historische Grundlage

Gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO ist der Notar nicht Vertreter einer Partei, sondern unabhängiger und unparteiischer Betreuer der Beteiligten. Er beedet dieses gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 BNotO. Aus § 14 Abs. 1 S. 1 BNotO folgt, daß

⁹⁰ Vgl. oben unter B II 3 b, Seite 18.

er sein Amt getreu der ihm obliegenden Pflicht zur Unparteilichkeit zu verwalten hat. Ansonsten hat er seine Amtstätigkeit zu versagen, § 14 Abs. 2 BNotO, d.h. er darf die Betreuung gar nicht erst übernehmen oder er muß sie bei einem Konflikt zu seiner Pflicht zur Unparteilichkeit einstellen. Er hat seine Amtstätigkeit nicht erst bei einem tatsächlichen Verstoß gegen die Pflicht zur Unparteilichkeit zu versagen, sondern er muß seine Tätigkeit schon bei einer nur scheinbaren Parteilichkeit beenden oder vermeiden, § 14 Abs. 3 S. 2 BNotO. Die Pflicht zur Unparteilichkeit ist grundsätzlich eine Amtspflicht, für deren korrekte Wahrnehmung der Notar gemäß §§ 19, 19a BNotO haftet⁹¹. Gemäß § 28 BNotO obliegt ihm hier eine explizite Vorkehrungspflicht. Über die Einhaltung der Pflicht zur Unparteilichkeit wacht die Aufsichtsbehörde des Notars gemäß §§ 92 ff BNotO; Verstöße werden nach §§ 95 ff BNotO disziplinarrechtlich geahndet.

Die heute in § 14 BNotO verankerten Amtspflichten des Notars, d.h. die gewissenhafte und würdige Amtsverwaltung und -ausübung, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit, fußen auf §§ 15 und 28 RNotO. § 14 Abs. 1, 2 und 3 S. 1 BNotO

⁹¹ Näher unten unter F II 2, Seite 328.

entsprechen im wesentlichen § 15 RNotO, während die Regelung des § 14 Abs. 4 BNotO zum Vermittlungsverbot aus § 28 RNotO hervorgeht. Abgesehen von dem nur für das Notariat geltende Unparteilichkeitsgebot finden sich entsprechende Formulierungen in §§ 43, 43a BRAO. Deshalb ist zum Beispiel die Unabhängigkeit kein typisches Charakteristikum des Notariats.

§ 14 Abs. 1 S. 2 BNotO ist seit Einführung der BNotO nahezu unverändert geblieben. Die Berufsrechtsnovelle 1998 hat ihn lediglich um die Unabhängigkeit ergänzt. Sie entnahm das Verbot in § 14 Abs. 3 S. 2 BNotO, den Anschein einer parteiischen Amtsführung zu begründen, dem § 1 Abs. 2 S. 1 der Standesrichtlinien für Notare.

Der Notar ist Hoheitsträger gemäß § 1 BNotO. Er wird, wie gezeigt, nicht nur bei der Beurkundung, sondern immer und somit auch bei der vorsorgenden Rechtspflege im Rahmen des § 24 Abs. 1 BNotO hoheitlich in einer öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehung tätig. Hoheitsträger müssen, wie alle anderen Rechtssubjekte auch, rechtmäßig handeln. Ihnen wurde nämlich Staatsgewalt und damit öffentlich-rechtliche Rechtsbefugnisse verliehen. Diese mißbrauchen sie bei unrechtmäßigem Handeln, indem sie gegen das

Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Art. 20 Abs. 3 GG⁹², verstoßen. Wenn er parteiisch ist, verstößt der Notar gegen eine Amtspflicht und handelt damit unrechtmäßig. Rechtmäßig zu sein oder zu handeln, heißt für den Notar und Hoheitsträger deshalb auch, unparteiisch zu sein oder zu handeln⁹³. Das unterscheidet ihn vom privatrechtlich tätigen, parteiischen Anwalt.

II. Einordnung des § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO

Die dogmatische Grundlage der Pflicht zur Unparteilichkeit, § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO, ist bei den allgemeinen Amtspflichten zu finden. Das Gesetz selbst erläutert nicht näher, was unter Unparteilichkeit näher zu verstehen ist und welche Bedeutung sie inhaltlich sowie für die Amtsausübung des Notars nach § 24 Abs. 1 BNotO hat.

1. Inhalt der Pflicht zur Unparteilichkeit

Gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO heißt Unparteilichkeit zumindest, daß der Notar nicht Vertreter einer Partei,

⁹² Tremml/Karger Rn. 89; Ossenbühl S. 43 m.w.N.

⁹³ Gedanke nach Eylmann/Vaasen - Frenz § 14 Rn. 8.

sondern unabhängiger und unparteiischer Betreuer der Beteiligten ist. Ob der hier verwendete Begriff „Vertretung“ auf die technische Vertretung im Sinne von § 164 BGB oder die verfahrensrechtliche Vertretung im Sinne von §§ 78 ff ZPO beschränkt ist, und der Notar somit nur in diesem gesetzlich vorgesehenen Rahmen allein nicht vertretend tätig sein darf, sei vorerst dahingestellt⁹⁴.

a) **Abgrenzung notarieller von anwaltlicher Tätigkeit**

Zum 1.1.2002 gab es in Deutschland insgesamt 10.428 Notare; davon waren 8.765 Anwaltsnotare und 1663 hauptberufliche Notare⁹⁵. Zum 31.12.2001 waren 116.305 Rechtsanwälte in Deutschland zugelassen⁹⁶.

Gemäß § 3 Abs. 1 BRAO vertritt der Rechtsanwalt die Interessen seines Mandanten. Mit Blick auf die Berufspflichten des Notars muß diesem eine im Umfang völlig identische, also anwaltliche, Vertretung versagt sein. Ein Notar ist eben nicht Rechtsanwalt.

⁹⁴ Dazu unten bei der Erörterung des „Beteiligten“ i.S.v. § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO: E III 6 a, Seite 192 ff, insbes. unter cc.

⁹⁵ Vgl. www.bnotk.de am 16.12.2002 unter „Indextsuche - Anzahl der Notare in Deutschland“.

Viel spricht also dafür, daß sich anwaltliche und notarielle Vertretung im Umfang der Interessenwahrnehmung unterscheiden. Andererseits ist damit nicht zwingend ausgeschlossen, daß der Notar zumindest partiell parteiliche, anwaltsähnliche Interessenwahrnehmung leisten darf. § 24 Abs. 1 BNotO ermächtigt den Notar eben zur Rechtsbetreuung.

Im folgenden wird versucht, anwaltliche und notarielle Tätigkeit inhaltlich voneinander abzugrenzen. Es wird dabei vorausgesetzt, daß sich die notarielle Tätigkeit jedenfalls durch ihren hoheitlichen Charakter heraushebt.

aa) Präventionsgedanke der notariellen Tätigkeit

Kerntätigkeit des Notars ist die Beurkundung mit ihrer öffentlich-rechtlichen Grundlage. Hier soll der Notar zukünftigen Streit verhindern und damit Rechtssicherheit und Rechtsfrieden garantieren⁹⁷. Hier zeigt sich, daß seine Beleihung auf dem Gedanken der Daseinsvorsorge fußt. Seine Tätigkeit ist gewissermaßen präventiv, was auf die

⁹⁶ Vgl. www.brak.de am 16.12.2002 um 9 Uhr 12, Statistik unter: <http://www.brak.de/seiten/pdf/anlage1PE28Jurastudenten.pdf>.

⁹⁷ Schippel DNotZ Sonderheft 1985, 9, 12; Hädrich-Riedenklau S. 21.

Entlastung von Richtern und somit auch im Rechtsstreit tätigen Rechtsanwälten abzielt.

bb) Anwaltliche Interessenwahrnehmung

Grundsätzlich wahrt der Anwalt einseitig die Interessen des Mandanten, läßt man die anwaltliche Mediation außer Acht. Er argumentiert perspektivisch aus dem Interessenwinkel seines Mandanten gegen die Rechtsauffassung anderer Personen (mandantenorientierte Gestaltung⁹⁸). Ziel seiner Tätigkeit ist es, den Willen des Mandanten mit allen rechtlich erlaubten Mitteln auf Kosten eines anderen umzusetzen, zumindest aber in der Hoffnung, daß die rechtlich gestalteten wirtschaftlichen Interessen in ihrer Einseitigkeit vom Gegner nicht bemerkt werden⁹⁹. Dies gilt nicht nur für den prozeßbevollmächtigten Rechtsanwalt, sondern auch den Anwalt in der Rechtsberatung ohne gerichtlichen Bezug, z.B. in der Vertragsgestaltung. Dazu erfolgt vorwiegend eine Arbeit auf Tatsachenebene, um Beweise heranzuschaffen und zu ergründen sowie die

⁹⁸ Wagner AnwBl. 2002, 387, 390.

⁹⁹ Wagner AnwBl. 2002, 387, 390.

andere Vertragspartei auszutesten¹⁰⁰. Soweit materielles Recht in Frage steht, versucht er, Schwächen in der Argumentation des rechtlichen Gegners aufzudecken oder typische Schwachpunkte mit Hilfe der prozessualen Beweisregeln und Taktik anzugreifen. Im übrigen sucht der Anwalt zu akquirieren, d.h. den Mandanten auch für seine zukünftige Tätigkeit (neu) zu gewinnen, indem er seine Qualität als Anwalt, d.h. als einseitiger Interessenvertreter, unter Beweis stellt.

cc) Ausgewogenheit notarieller Tätigkeit

Der Notar sieht dagegen lediglich auch, nicht ausschließlich, den Mandanten. Sein Blick geht auf die Parteien in ihrer Gesamtheit (parteienorientierte Gestaltung¹⁰¹). Er verarbeitet und bearbeitet den Sachverhalt zu einer rechtlich erheblichen Gestalt, ohne auf die Willensbildung einzuwirken. Dies gilt vor allem für die Beurkundung.

Bei der Beratung nach § 24 Abs. 1 BNotO ist es ähnlich. Auch hier ist er zunächst und vor allem Rechtsberater, der einen Weg aufzeigt, wie der Mandant seinen Willen

¹⁰⁰ Wagner AnwBl. 2002, 387, 390.

¹⁰¹ Wagner AnwBl. 2002, 387, 391.

möglicherweise umsetzen kann, ohne ihm aber bei der Umsetzung durch Vertretung behilflich zu sein. Die weitere Ermittlung des Sachverhalts und der Eintritt in die Beweisebene unterbleiben regelmäßig.

Es handelt sich um eine planende Beratung hinsichtlich des vom Mandanten vorgegebenen tatsächlichen Willens in rechtlicher Hinsicht, der – bei der Beurkundung – in die gesetzlich vorgeschriebene Form gegossen wird. Die notarielle Arbeit geschieht immer auf einer juristischen und nicht zwingend auch tatsächlichen Ebene.

Insofern übernimmt der Notar vorgegebene Tatsachen oft ungeprüft. Zum Beispiel ist die Beurkundung eines vom wirklichen Willen der Parteien abweichenden Kaufpreises für ein Grundstück zur Ersparnis der Grunderwerbsteuer oder aus sonstigen Gründen der Steuerverkürzung grundsätzlich möglich, auch wenn der Notar persönlich zu recht vermutet, sich aber nicht in unredlicher Weise ausreichend sicher ist, daß ein falscher Kaufpreis beurkundet werden soll.

Anwaltliche und notarielle Tätigkeit unterscheiden sich somit vornehmlich anhand der Interessenvertretung. Sie

haben einen unterschiedlichen Stellenwert, weshalb sie im eigentlichen Sinne nicht miteinander konkurrieren¹⁰².

dd) Problematik der Interessenvertretung als Kriterium

Anhand der notariellen Zuständigkeit gemäß § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO für Vertretungen vor Gerichten und Behörden wird die Problematik dieses Kriterium aber deutlich. Denn hier wird der Notar gerade wie ein Anwalt tätig, vgl. die in § 3 Abs. 1 BRAO erwähnte Vertretung durch den Anwalt. Viele Abgrenzungen zwischen anwaltlicher und notarieller Tätigkeit gelingen deshalb mit der Interessenvertretung als Kriterium nicht. Dies gilt nicht nur bei § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO, wo es besonders deutlich wird, sondern auch in verdeckter Weise bei der allgemeinen Rechtsbetreuung nach § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO.

Beispielsweise ist die Beratung außerhalb einer Prozeßsituation, etwa zur Abfassung der Struktur einer Gesellschaft oder eines Testaments, wo also (noch) kein Rechtsstreit im Raume steht, schon deshalb nicht einfach über das Kriterium der Interessenwahrnehmung der

¹⁰² Wagner AnwBl. 2002, 387, 388.

jeweiligen beruflichen Tätigkeit zuzuordnen, nur weil eine einzelne Person den Berufsträger beauftragt. Wenn zum Beispiel eine Gesellschaft ihre Struktur ändert, um noch Verlustvorträge aus Vorjahren steuerlich geltend machen zu können, hilft die Interessenwahrnehmung als Kriterium nicht, eine anschließende Zuordnung zu notariell oder anwaltlich beratender Tätigkeit vorzunehmen. Ähnliches gilt für den Fall, daß der Notar parteiisch tätig würde und seine Antwort auf den reinen Gesetzeswortlaut oder die völlig herrschende Meinung stützte. In diesen Fällen realisiert sich die Parteilichkeit des Notars trotzdem dann, wenn der Mandant die Auskunft nutzt und ohne fremde Hilfe umsetzt, etwa durch ein nur privatschriftliches Testament aufgrund notariellen Entwurfes.

Jede Rechtsauskunft und damit auch notarielle Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO ist somit Parteilichkeit im weiteren Sinne, auch wenn eine Bearbeitung, Hinterfragung und Einflechtung der engeren Tatsachen nicht erfolgt. Insofern ist die Abgrenzung zwischen anwaltlicher und notarieller Tätigkeit ein ideales Leitbild, das immer berücksichtigt bleiben muß, im einzelnen aber als nähere Definition und Eingrenzung der notariellen Pflicht zur Unparteilichkeit nicht taugt. Das gilt besonders bei Fragen einer rein

juristischen Tätigkeit ohne weiteren Bedarf in der Sachaufklärung. Es zeigen sich schon hier die praktischen Schwierigkeiten des Notars, im Fall eines Ansuchens nach § 24 Abs. 1 BNotO seiner Unparteilichkeit gerecht zu werden, falls diese der entsprechenden notariellen Tätigkeit enge Zulässigkeitsgrenzen setzt.

b) Definition und Umfang der Unparteilichkeit

Sich der Unparteilichkeit mit einer etymologischen Untersuchung der „Partei“ in „Unparteilichkeit“ zu nähern, erscheint wenig sinnvoll und ergiebig. Denn synonyme Begriffe wie Neutralität¹⁰³, der in der Praxis statt Unparteilichkeit auch benutzt wird, sind für das Gesetz, und für den (historischen) Gesetzgeber der BNotO und der RNotO erst recht, untypisch und fremd. Aus ihrer Nichtbenutzung läßt sich daher kein vertretbarer Umkehrschluß herleiten. Synonym für Unparteilichkeit ist dagegen neben Neutralität auch Unvoreingenommenheit, Objektivität, Sachlichkeit, als Anonym wird Befangenheit

¹⁰³ Ebenfalls: Sorge MittBayNot 2001, 50 ff; „Neutralität“ ist nach Rossak Unparteilichkeit zuzüglich Unabhängigkeit von den Parteien, S. 8, 286 ff.

im Sinne von § 16 Abs. 2 BNotO vorgeschlagen¹⁰⁴. Das stellt klar, daß es auf die „Partei“ nicht ankommt. Es wäre eine im weiteren unbegründbare These, daß die Partei für eine *Unparteilichkeit* immer eine gerichtliche Partei, also eine klagende oder beklagte prozessuale Partei, sein muß.

Unparteilichkeit bedeutet, daß der Notar niemanden bevorzugen oder benachteiligen darf¹⁰⁵. Im Rahmen der Rechtsvorschriften hat er die berechtigten Belange der Beteiligten in gleicher Weise zu wahren, ohne einem von ihnen stärker rechtlich zugeordnet werden zu können als dem anderen. Keine Bindung, keine Zu- oder Abneigung, keine Voreingenommenheit, keine Rücksicht auf eigene Vor- und Nachteile, die völlige Lösung von Amtswalter und Amtsperson also, sollen die Tätigkeit des Notars bestimmen¹⁰⁶. Zu ihrer näheren Umschreibung könnte man auf § 38 Abs. 1 DRiG zurückgreifen, wonach der Notar seine Amtstätigkeit „nach bestem Wissen und Gewissen ohne Ansehen der Person“ und „getreu dem Gesetz“ auszuüben hat. Ferner darf er „einer Partei“ nicht „dienen“,

¹⁰⁴ Rossak S. 319; Begrifflichkeit und Synonyme: Krekeler NJW 1981, 1633.

¹⁰⁵ Beispielsweise auch in BGH DNotZ 1973, 174, 178.

¹⁰⁶ Vgl. Schippel - Schippel § 14 Rn. 35; vgl. BGHZ 123, 1, 13; BGH NJW 1993, 648, 652.

§ 52 Abs. 1, S. 1, 2 BBG und § 35 Abs. 1 S. 1, 2 BRRG, also ihre Interessen nicht einseitig gegenüber einem anderen Beteiligten wahrnehmen¹⁰⁷. Die Unparteilichkeit ist eine gesetzliche Pflicht, die verbietet, Kompromisse einzugehen¹⁰⁸ und Abstriche aus Praktikabilitätsgründen vorzunehmen. Aus diesem Grunde erfährt sie eine Absicherung in den Tätigkeitsverboten gemäß §§ 2, 3 BeurkG und § 45 BRAO (sogenannte Vorbefassungs- oder Mitwirkungsverbote).

Aus den Umschreibungen und Erklärungen zu der Frage, was die Pflicht zur Unparteilichkeit eigentlich beinhaltet, geht nicht unmittelbar hervor, ob der Notar nur in rechtlichen oder wirtschaftlichen oder beiden Aspekten zusammen nicht Partei ergreifen darf. Aus der abstrakten Formulierung des § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO läßt sich eine entsprechende Differenzierung nicht entnehmen. Dagegen ist zum Beispiel bei § 107 BGB ausdrücklich die Rede von lediglich rechtlichem Vorteil. Oft folgt aus einer rechtlichen Nachteilhaftigkeit zwar die wirtschaftliche Belastung. Da der Notar rechtlich betreut, wird der zugesprochene Vorteil

¹⁰⁷ Diese Maßstäbe wendet Rossak S. 323 an; Krekeler NJW 1981, 1633, Fn. 1.

für eine Person sich auch immer zunächst rechtlich äußern. Im Ergebnis ist es aber mangels einer entsprechenden Differenzierung nicht maßgeblich, worin der Nachteil oder Vorteil besteht. Vielfach wird sich ein rechtlicher Nachteil in einem wirtschaftlichen Nachteil reflektieren. Somit ist die Unparteilichkeit möglicherweise bereits dann tangiert, wenn der Notar im Rahmen seiner Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO einen Entwurf fertigt, der die Interessen eines Beteiligten beeinträchtigen könnte, ohne daß diese Interessen tatsächlich bereits rechtlich durchsetzbar oder gesichert sind. Deshalb ist beispielsweise eine testamentarische Enterbung nicht für die Frage der Unparteilichkeit völlig irrelevant, nur weil es sich etwa um eine lediglich geplante „Enterbung“ und Kappung einer im übrigen ungesicherten Rechtsposition handelt.

2. Grundverständnis der Pflicht zur Unparteilichkeit

Die systematische Stellung der Unparteilichkeit sowie ihre reichliche Erwähnung im Gesetz charakterisieren sie bereits formal als eine zentrale und umfassend geltende Amtspflicht

¹⁰⁸ Bohrer Rn. 95; BGH DNotZ 1973, 174, 178: „strengste Unparteilichkeit“.

des Notars. Sie ist damit eine existentielle Pflicht oder Kernpflicht für das Notariat. Aufgrund dieser Tatsache und in Abgrenzung zur anwaltlichen Parteilichkeit wird die Pflicht des Notars zur Unparteilichkeit sogar idealisiert:

Schon vor Erlass der BNotO wurde die „Gerechtigkeit“ als Grundlage für die Pflicht zur Unparteilichkeit in das Zentrum gerückt¹⁰⁹:

„Keine Bindung irgendwelcher Art, sei sie nun freundschaftlicher, ideeller oder materieller Art, darf den Notar dazu bewegen, vom Weg der Gerechtigkeit abzuweichen, irgend jemanden zu bevorzugen oder ihm Vorteile zukommen zu lassen, auf die er nach der Rechtslage oder den Wünschen und Absichten der Beteiligten keinen Anspruch hat. [...] Arm und Reich, Hoch und Nieder müssen von ihm gleich zuvorkommend behandelt werden.“

Nach *Schippel*¹¹⁰ ist es das höchste Gebot des Notars, gerecht zu sein, was bedeute, dahin zu wirken, daß jedem das Seine zukomme. Er folgert dies aus einer amtlichen Pflicht des Notars zur Wahrheit, welche vor allem durch das Instrument der Beurkundung und der Urkunde den Rechtsverkehr materiell-rechtlich absichere. Diese Pflicht zur Wahrheit ist im Tatbestand der Falschbeurkundung

¹⁰⁹ Hieber VersR 1959, 743 (Nr. 26); DNotZ 1952, 258.

¹¹⁰ Schippel - Schippel § 14 Rn. 35.

gemäß § 348 StGB strafrechtlich sanktioniert. Der Notar kämpft nach *Schippel* nicht, wie der Rechtsanwalt, für das Recht eines Schutzbefohlenen, sondern er stehe über den Interessen der Beteiligten, indem er helfe, einen gerechten Ausgleich ihrer gegensätzlichen Bestrebungen zu finden.

Demnach ist es vornehmliche Aufgabe des Notars, zu der ihn die Pflicht zu Unparteilichkeit geradezu prädestiniert, daß er auf einen gerechten Ausgleich gegensätzlicher Interessen hinwirkt und niemals die Interessen eines Beteiligten gegen diejenigen eines anderen Beteiligten oder Sonderinteressen wahrnimmt¹¹¹.

Die notarielle Unparteilichkeit werde außerdem durch den in § 17 Abs. 1 S. 2 BeurkG verallgemeinerungsfähig formulierten sozialen Schutzauftrags des Notars geprägt¹¹²: Er hat bei der Ausübung seines Amtes darauf zu achten, daß

„Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden“.

¹¹¹ Arndt/Lerch/Sandkühler - Sandkühler § 14 Rn. 45.

¹¹² Notarhandbuch/Starke K I Rn. 13 und 52.

3. Verbot des Anscheins einer Parteilichkeit

Der Notar darf nicht nur nicht objektiv unparteilich sein oder handeln, sondern er muß sich auch nur gegen den Anschein einer parteiischen Amtsausübung gemäß § 14 Abs. 3 S. 2 BNotO verwahren¹¹³. Dies steigert die Anforderungen des Notars zur Wahrung der Neutralität in den subjektiven Bereich des „Anscheins“ hinein. Dem Notar wird dadurch ein gewisses Maß an Festigkeit¹¹⁴ und Standhaltung gegen (objektiv unberechtigte) Vorwürfe abverlangt.

Das findet Niederschlag in verfestigten Mandantenbeziehungen. Ein Auftreten als „Hausnotar“ einerseits ist genauso unstatthaft wie die Pflege und Umwerbung von Mandanten durch parteiliche anstatt qualitativ hochwertiger ausgewogener Leistung.

Besonders der Anwaltsnotar, dessen Mandant eher eine Interessenwahrnehmung erwartet, ist hier gefährdet, wenn er im Sinne der mandantlichen Erwartung notariell und nicht anwaltlich handelt. Daneben müssen sich größere Sozietäten vor dem Anschein der Parteilichkeit des „Hausnotars“

¹¹³ Näher Haug Rn. 430 m.w.N.

¹¹⁴ Schippel - Schippel § 14 Rn. 35; Hieber DNotZ 1952, 258 ff.

hüten¹¹⁵. In der Praxis können selbst Anwaltsnotare neben den zu beachtenden Mitwirkungsverboten wegen dieser Berufspflicht ihre Sozietätsfähigkeit für Rechtsanwaltskanzleien mit breiten Mandaten- und Tätigkeitsspektrum verlieren, obwohl sie rechtlich sozietätsfähig sind¹¹⁶.

4. Bedeutung der Pflicht zur Unparteilichkeit für die Stellung des Notars

Es sei dahingestellt, ob die Pflicht des Notars zur Unparteilichkeit auf der Idee der Gerechtigkeit beruht und eine derartige Idealisierung und Annäherung an die Stellung des Richters gerechtfertigt ist. Jedenfalls handelt es sich bei ihr um eine besondere, qualifizierte Amtspflicht in einer Schlüsselposition der notariellen Berufsordnung.

Das scheint das Gesetz mit der (inoffiziellen) Bezeichnung als „allgemeine Berufspflicht“ bei der (offiziell so bezeichneten) „Ausübung des Amtes“ unterstreichen zu wollen. Im Unterschied zum anwaltlichen Berufsrecht ist die gesetzssystematische Bedeutung der „allgemeinen“

¹¹⁵ Näher Schippel - Schippel § 14 Rn. 44 ff; 45, 48.

¹¹⁶ Vgl. etwa BVerfG DNotZ 1998, 754.

Ampflichten nicht streitig¹¹⁷. Fraglich allein sind der Pflichteninhalt im Einzelfall und damit der Umfang und die Grenzen der hier fraglichen Neutralitätspflicht.

Ihre zentrale Stellung und ihre abstrakte Formulierung wie Bedeutung lassen den Schluß zu, daß sie die Institution des Notariats als solche mitdefiniert. Das Gebot der Unparteilichkeit stellt sich als

„schlechthin prägendes Wesensmerkmal“

des Notaramtes dar¹¹⁸. Damit genießt es vor allen anderen Pflichten des Notars Vorrang, auch gegenüber der gewissenhaften Erledigung der Amtstätigkeit in Fällen des einseitigen und parteiischen Ansuchens¹¹⁹. Es gilt für alle Stadien der notariellen Tätigkeit, angefangen bei der bloßen Vergabe von Terminen¹²⁰ bis hin zur eigentlichen Amtsausübung. Damit befindet das Gebot der Unparteilichkeit über die Zulässigkeit der notariellen

¹¹⁷ Eylmann/Vaasen - Frenz § 14 Rn. 3 m.w.N. zum anwaltlichen Berufsrecht.

¹¹⁸ Unwidersprochen: Bohrer Rn. 94 und 95; auch Arndt/Lerch/Sandkühler - Sandkühler § 14 Rn. 38.

¹¹⁹ Schippel - Schippel § 14 Rn. 36.

¹²⁰ Bohrer Rn. 96.

Tätigkeit schlechthin. Ein parteiischer Notar wäre eine *contradictio in adiecto*¹²¹.

5. Erwartungen des Rechtsverkehrs gegenüber notarieller Amtsausübung

Die zentrale Position der Pflicht zur Unparteilichkeit führt dazu, daß durch sie das Notariat identifiziert wird. Der Rechtsverkehr hält jede Amtsführung des Notars für unparteilich, wovon sogar bereits dann Abstriche gemacht werden, wenn die Tätigkeit „nur“ ein Anwaltsnotar vornimmt. Im einzelnen ergibt sich folgende Erwartungshaltung des allgemeinen Rechtsverkehrs und der einzelnen Person, die am Amtsgeschäft beteiligt ist:

Die Neutralitätspflicht geht mit der notariellen Unabhängigkeit und Verpflichtung zu einer redlichen Amtsausübung einher, vgl. § 14 BNotO. Diese Pflichten, die das Notaramt charakterisieren, ergeben das Bild eines unbestechlichen und objektiven Sachwalters¹²². Dieses Bild wird insofern auf die subjektive Seite erstreckt, als der Notar schon dann nicht tätig sein darf, wenn das Verbot des

¹²¹ Schippel in FS Bengl, S. 418.

¹²² Allgemeiner: Rossak S. 7.

Anscheins einer Parteilichkeit oder die Mitwirkungsverbote betroffen sind. Dieses bild entstammt der Beurkundungstätigkeit, weil diese den Schwerpunkt der notariellen Tätigkeit bildet und als solche auch wahrgenommen wird.

Daher stützen sich viele Erwartungen oder Betrachtungsweisen des Notars auf die Beurkundung. Dort sieht der Mandant den Notar als Teil des Staates, der zum Beispiel in seinen Urkunden die materielle Richtigkeit ihres Inhaltes garantiert und damit Teile eines gerichtlichen Verfahrens, etwa im Grundbuchrecht, vorwegnimmt. Der Mandant sieht den Gang zum Notar immer als etwas Besonderes an, da er dort, ungefragt und von Amts wegen, rechtlich belehrt wird und sich oft allein deshalb schon „gut“ behandelt fühlt. Das Gesetz verpflichtet den Notar in § 14 Abs. 6 BNotO zu Fortbildungen und setzt andererseits diese sowie eine allgemein juristisch hohe Qualifizierung bereits bei der Beleihung des einzelnen Amtsträgers voraus. Der Formalismus des Beurkundungsrechts läßt bei dem Mandanten Vertrauen in die notarielle Tätigkeit entstehen. Von ihm verfaßte Schriftstücke bilden aus Sicht der

Beteiligten eine besondere Verlässlichkeitsgrundlage, weil er eine Person öffentlichen Vertrauens ist¹²³.

Diese Haltung gegenüber den Notaren geht auf ihre qualifizierte Rechtskunde und Unparteilichkeit zurück, nicht auf ihre wirtschaftlichen Fähigkeiten oder Kenntnisse¹²⁴. Diese Wahrnehmung erinnert an das Richteramt¹²⁵. Auch für den Notar entscheidet die Dienstaufsicht, ob sie ihr Amt in diesem Sinne wahrnehmen, vgl. §§ 92 ff BNotO. Diese Überwachung ist es, die dem Notar den Charakter der Zuverlässigkeit gibt. Unparteilichkeit und Redlichkeit geben ihm bereits das Gesetz auf. Auf diesen dreien beruht der Vertrauensvorschuß breiter Bevölkerungskreise gegenüber dem Notar¹²⁶ und seine amtliche Würde.

Dieser Vertrauensvorschuß motiviert den Mandanten, seine rechtliche Betreuung in die Hand eines Notars im Sinne des § 24 Abs. 1 BNotO und nicht eines Rechtsanwalts zu legen. Oft wird man die Ansicht finden, daß jemand „nur“ Anwalt, ein anderer aber „sogar“ Notar ist. Mit dem Berufsbild des

¹²³ BGH DNotZ 1988, 372; 1986, 406, 409; Arndt/Lerch/Sandkühler - Sandkühler § 24 Rn. 28; Haug Rn. 656; Reithmann DNotZ 1975, 324, 340; vgl. auch Schippel FS Bengl S. 405, 419.

¹²⁴ Reithmann Vors. Rechtspflege, S. 23.

¹²⁵ Zu dessen Unparteilichkeit beispielsweise Krekeler NJW 1981, 1633 ff, 1635.

Notars verbindet der Bürger automatisch eine juristisch höhere Qualifikation, eine besondere Art der Amtsführung und mehr Erfahrung im Umgang mit einigen typischen Fragen, vor allem im Gesellschafts- und Erbrecht.

Diese Erwartungen und dieses Vertrauen überträgt der Bürger von dem beurkundenden auf den betreuenden Notar, weil es sich nicht auf die Tätigkeit, sondern auf das Berufsbild stützt. Keine Rolle spielt es, ob der Bürger Ansuchender ist oder nur mittelbar mit der notariellen Amtsausübung in Kontakt kommt.

Um so überraschter wird er dann sein, wenn er erfahren muß, daß sein rechtlicher Gegner durch notariellen Rat eine rechtliche vorteilhaftere Position einnehmen konnte. Sein Vertrauen in das Amt des Notars und dessen Wesen wird derart erschüttert, daß es sich auch auf die Beurkundung auswirkt.

Genau die andere Position wird derjenige einnehmen, der sich von dem Notar betreuen lassen will, also der Ansuchende. Er erwartet eine ihm helfende und damit parteiische Bearbeitung seines Problems. Dafür zahlt er aus seiner Sicht schließlich auch das Honorar. Insofern ist

¹²⁶ Zugehör ZNotP 1997, 42, 43.

beispielsweise auch die Objektivität und Unparteilichkeit von Gutachten nur scheinbar und in dieser Absolutheit nicht gerechtfertigt. Denn meistens sucht der Auftraggeber eines Gutachtens einen speziellen Gutachter aus, um eine günstige Begutachtung der Rechtssache zu erhalten. Wenn der Notar gemäß § 14 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 S. 2 BNotO bereits den Anschein einer parteiischen Betreuung verhindern muß, fehlt es dem Mandanten somit oft am Verständnis für die unparteiische Arbeit des Notars. Falls der Notar seine Betreuung im Tenor der Pflicht zur absoluten Unparteilichkeit hält, geht der Mandant, aus seiner Sicht naheliegend, auch von einer qualitativ minderwertigen Arbeit des Notars aus, die nur eingeschränkt brauchbar, weil zu kritisch gegenüber seiner Rechtsposition ist.

Feststellen läßt sich mithin, daß die eine oder andere Erwartungshaltung in Bezug auf die notarielle Pflicht zur Unparteilichkeit enttäuscht wird, wenn diese Amtspflicht auch bei Tätigkeiten nach § 24 Abs. 1 BNotO unumschränkt Anwendung findet. Da diese sich aber vornehmlich auf die Beurkundung stützt, vgl. zum Beispiel §§ 13, 17 BeurkG, ist denkbar, daß es bei § 24 Abs. 1 BNotO deshalb keine ähnliche Erwartung gibt, weil der Notar dort nicht in gleicher Weise zur Unparteilichkeit verpflichtet sein könnte

und die Übertragung der Erwartungen auf die Betreuung deshalb unberechtigt wäre, weil die Erwartungen tätigkeitsbezogen sein müssen.

6. Anwendbarkeit der Pflicht zur Unparteilichkeit bei § 24 Abs. 1 BNotO

Das wirft zunächst die Frage auf, ob die Pflicht zur Unparteilichkeit bei einer notariellen Tätigkeit im Rahmen des § 24 Abs. 1 BNotO trotzdem anwendbar ist, obwohl andere Berufsträger auf diesem Gebiet der Rechtsbetreuung nicht zur Unparteilichkeit verpflichtet sind.

a) Parteilichkeit von Amtsträgern

Zunächst ist festzuhalten, daß die Eigenschaft des Notars als Amtsträger nicht zwingend bedingt, daß er auch immer und erst recht bei der Betreuung unparteiisch sein muß¹²⁷. Vielmehr ist eine Parteilichkeit von Amtsträgern vorstellbar.

Zum Beispiel sind hier die Finanzbehörden, der Verfassungsschutz und politische Beamte zu nennen. Zwar sind sie zur genauen und somit unparteiischen Prüfung und

Ermittlung einer Sachlage angehalten. Allerdings stehen die Genannten auf der Seite des Staates. Insofern beleuchten sie den jeweiligen Sachverhalt faktisch, wenn auch im Rahmen des rechtlich Erlaubten, von der staatlichen Seite aus.

Auch für die Staatsanwaltschaft gilt das. Zwar ist sie eine objektive Stelle, die zugunsten und zulasten des Beschuldigten ermittelt, § 160 Abs. 2, 3 StPO. Jedoch ist zur Anklage nicht ihre endgültige Überzeugung von der Schuld des Beschuldigten erforderlich, vgl. § 170 StPO. Dieses gilt auch letztlich für die Beweiswürdigung, es im Zweifel mit der Anklage doch zu „versuchen“. Die Staatsanwaltschaft geht nach § 152 StPO und dem Legalitätsprinzip vor und stellt sich damit auf die Seite des staatlichen Strafanspruches.

Der Gerichtsvollzieher wird bei der Zwangsvollstreckung von einer Partei instrumentalisiert. Eine materielle Prüfung des Sachverhaltes ist von ihm nicht gefordert.

Vor allem aber ist die Situation eines Richters mit derjenigen des Notars vergleichbar: Bei beiden ist die neutrale, unbefangene Amtsausführung die Grundidee ihrer Tätigkeit. Nur muß für die Ablehnung eines Richters ein

¹²⁷ Anders offenbar Rossak S. 321.

begründeter Befangenheitsantrag gestellt werden, während dergleichen bei einer notariellen Tätigkeit nicht erforderlich ist, weil schon die Auftragserteilung, also das Ansuchen an die Tätigkeit des Notars, zur Disposition des Mandanten steht. Gegenüber Nichtmandanten, die der notarielle Rat aber sachlich betrifft, entfalten dann die Mitwirkungsverbote insbesondere gemäß § 3 BeurkG und möglicherweise eben auch die Unparteilichkeit selbst eine Schutzwirkung. Statt einem Befangenheitsantrag stehen dem durch eine parteiische notarielle Tätigkeit Benachteiligten die dienstrechtlichen und haftungsrechtlichen Konsequenzen, denen der parteiische Notar ausgesetzt ist, zur Seite. Streng genommen ist aber auch der Richter nicht neutral, der im Prozeß von den – inzwischen erweiterten, wenn auch auf Ausgleich bedachten – Hinweisrechten gemäß § 139 und § 504 ZPO pflichtgemäß Gebrauch macht. Vielleicht läßt sich auch hier der Begriff einer wertorientierten, auf Ausgleich bedachten Neutralität prägen, auch wenn nur mit größter Vorsicht von richterlicher Parteilichkeit gesprochen werden darf. Denn wie bei den erweiterten Belehrungspflichten des Notars wird die Pflicht zur Unparteilichkeit hier zu einem sozialen Auftrag, ausnahmsweise und begrenzt parteiisch zu handeln.

Möglicherweise ist diese Idee auf den Rechtssuchenden nach § 24 Abs. 1 BNotO übertragbar.

b) Stimmen der Literatur

Es ist allgemein anerkannt, daß die Pflicht zur Unparteilichkeit auch bei einer Amtsführung des Notars im Rahmen von § 24 Abs. 1 S. 1 und S. 2 BNotO gilt. Das läßt sich schon aus dem Wortlaut „unparteiische Betreuung“ in § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO und aus der sonstigen Systematik des Gesetzes schließen.

Daher müsse der Notar im Gegensatz zum Anwalt auch bei Tätigwerden auf einseitigen Antrag stets die möglichen Interessen Dritter wie potentieller Vertragspartner im Auge behalten¹²⁸. Vor allem bei der Beratung sowie bei der Erstellung von Entwürfen und Gutachten hätte der Notar seine Amtsführung an der Verhaltenspflicht, unparteilich zu sein und einem entsprechenden Anschein vorzubeugen, zu orientieren. Zwar werde der Notar seine rechtliche Beratung dann zunächst an den rechtlichen und wirtschaftlichen Zielen seines Klienten orientieren. Seine

¹²⁸ Notarhandbuch/Starke K I Rn. 55.

Gestaltungsvorschläge dürften aber nicht nur die Belange seines Auftraggebers berücksichtigen, sondern müssen eine geeignete Grundlage für eine ausgewogene, also gerechte, Regelung bilden können¹²⁹. Die Pflicht zur Unparteilichkeit bewähre sich gerade bei der Betreuung und verleihe ihr durch den Notar als Hoheitsträger eine andere Qualität, die folglich auch zu anderen Inhalten führen könne¹³⁰, verglichen mit der anwaltlichen Beratung. Es komme nicht darauf an, ob der Rechtsrat des Notars im weiteren in einer streitigen Auseinandersetzung, wie in einem Prozeß, verwendet wird¹³¹.

Reithmann verweist darauf, daß der Notar § 14 BNotO bei seiner Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO „im Auge behalten“ müsse¹³². Die Unparteilichkeit gelte nämlich bei allen Amtsgeschäften. Der Notar habe auf Ausgewogenheit und Transparenz eines Entwurfs zu achten. Die Vertragstypenlehre könne dem Notar hier helfen, sei aber nicht geeignet, die notarielle Aufgabe einzugrenzen. In der

¹²⁹ Notarhandbuch/Starke K I Rn. 55; ähnlich Eylmann/Vaasen - Hertel § 24 Rn. 8, 11.

¹³⁰ Eylmann/Vaasen - Frenz § 14 Rn. 11; vgl. auch Bohrer Rn. 93.

¹³¹ Notarhandbuch/Starke a.a.O. nach BGH NJW 1969, 929; Eylmann/Vaasen - Frenz § 14 Rn. 11; siehe E III, Seite 170.

¹³² Zum Beispiel in Schippel - Reithmann § 24 Rn. 22 und in FS BayNot, S. 159.

Begründung wird wiederum auf die Tatsache verwiesen, daß es die Aufgabe der vorsorgenden Rechtspflege aus Gründen der Daseinsfürsorge sei, ein gleichbleibendes Netz von qualifizierten rechtskundigen Beratungspersonen zur Verfügung zu stellen. Durch seine Zuständigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO solle der Notar nicht den Zugang zu dem vermeintlich lukrativen Beratungsmarkt erhalten, sondern es solle dem Rechtssuchenden, der Vertrauen zu seiner Amtsausübung und -auffassung sowie auch zu der rechtlichen Qualifikation des einzelnen Notars gefaßt habe, ermöglicht werden, auch außerhalb der Beurkundung den Notar seines Vertrauens in Anspruch zu nehmen. Ein solches Ansuchen solle er nicht zurückweisen müssen¹³³.

*Schippel*¹³⁴ formuliert folgendermaßen: Der Notar dürfe seine Berufung, für die ausgleichende Gerechtigkeit zu wirken, nicht verleugnen. Seine Stellung zwingt ihn daher, Vertretungen abzulehnen, in denen gegensätzliche Parteiinteressen wahrgenommen werden. Außer in Grundbuch- und Registersachen sowie in den Genehmigungsverfahren vor Behörden und Gerichten habe der Notar bei der Übernahme von Vertretungen weitgehend

¹³³ Schippel - Reithmann § 24 Rn. 17.

Zurückhaltung zu üben. Aber auch schon die einseitige Beratung einer Partei in einer streitig gewordenen Angelegenheit

„steht dem Notar schlecht an“.

Der Notar wahrt seine Unparteilichkeit demnach, wenn er nicht einseitig tätig wird und die Interessen einer Seite wahrnimmt. Unbedenklich erscheine es danach, wenn er nach Vornahme eines Urkundsgeschäfts oder einer sonstigen Angelegenheit seine Rechtsauffassung darlegt und alle Beteiligten des vorherigen Geschäfts damit einverstanden sind¹³⁵. Wenn aber nur einzelne Beteiligte um einen solchen notariellen Rat ansuchen, dürfe er sich regelmäßig nur dann äußern, wenn eben die übrigen Beteiligten ihr Einverständnis erklärt hätten. Diese Fälle sind in der Praxis bei Streitigkeiten zwischen Urkundspersonen, die wissen möchten, wie der Beurkundende ihren Vertrag und ihren Willen ausgelegt hat oder hätte, nicht selten. Keinesfalls dürfe der Notar einseitig die Interessen nur einzelner Beteiligter wahrnehmen, indem er etwa anlässlich eines drohenden oder schon anhängigen

¹³⁴ Schippel - Schippel § 14 Rn. 43.

¹³⁵ Arndt/Lerch/Sandkühler - Sandkühler § 24 Rn. 23.

Rechtsstreits die eine Partei gegen die andere unterstützt. Davon unberührt bleiben das Recht und die Pflicht des Notars, als Zeuge vor Gericht auszusagen, sofern er von seiner Verschwiegenheitspflicht von der zuständigen Person wirksam befreit worden wäre.

c) **Auswertung**

Angeht die eindeutige gesetzliche Lage wäre eine Gegenmeinung, daß die Pflicht zur Unparteilichkeit bei einer Tätigkeit des Notars nach § 24 Abs. 1 BNotO nicht anwendbar ist, kaum begründet zu vertreten. Insoweit ist der im Prinzip und im Tenor unbestrittenen Literatur zuzustimmen¹³⁶.

Als prägende Amtspflicht ist sie auch bei Tätigkeiten nach § 24 Abs. 1 BNotO auch dann einzuhalten, wenn sie lediglich eine ungeschriebene Standesregel wäre¹³⁷, wie es vor ihrer Normierung in § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO der Fall war.

Allerdings werden Umfang und Grenzen dieser Amtspflicht bei einer notariellen Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO nicht

¹³⁶ So auch BGH DNotZ 1993, 459, 461 m.w.N; BGHZ 51, 301 ff.

genannt¹³⁸. Vielmehr ist die Unparteilichkeit hinsichtlich ihres konkreten Umfangs und ihrer Risikolagen abschließend objektiv überhaupt nicht darstellbar. Ihr Umfang und ihre Problembereiche liegen nämlich an den jeweiligen Verhältnissen, dem Horizont der Beteiligten und dem Gegenstand des Geschäfts, vielleicht aber auch an kaum faßbaren, emotionalen Bindungen der Parteien zueinander¹³⁹.

Genau hier setzen aber die Problematik und weitere Untersuchungen an, um dem einzelnen Notar Verfahrensmuster und Maßstäbe an die Hand zu geben, anhand derer er entscheiden kann, ob die Annahme eines Mandates nach § 24 Abs. 1 BNotO noch im Rahmen einer zulässigen Amtsausübung liegt oder die Grenze zur Parteilichkeit schon überschritten ist. Weder dem Gesetz noch den dargestellten Meinungen in der Literatur kann entnommen werden, daß die Pflicht zur Unparteilichkeit bei § 24 Abs. 1 BNotO überhaupt Beschränkungen unterliegen

¹³⁷ BGH DNotZ 1966, 409, 414.

¹³⁸ „Überhaupt noch nicht genannt“: Notarhandbuch/Starke K I Rn. 52; Übersicht bei Haug Rn. 420.

¹³⁹ Nach Bohrer Rn. 97; im Ergebnis auch Rossak S. 333 ff, 334. Deshalb sind die Ausführungen Rossaks a.a.O., § 7, S. 319 ff zu den einzelnen Amtstätigkeiten möglicherweise nicht genügend ausdifferenziert.

soll. Somit scheint die Pflicht zur Unparteilichkeit bei § 24 Abs. 1 BNotO grundsätzlich in vollem Umfange zu gelten. Schon hier wird deutlich, daß mindestens eine Eingrenzung der Neutralität aus der Sicht und dem Horizont des Notars im Einzelfall, also gewissermaßen eine subjektive Sichtweise, erforderlich sein wird.

Deshalb ist die unparteiische Betreuung aber keine qualitativ minderwertige Leistung im Vergleich zur anwaltlichen Beratung im selben Fall. Der Notar erbringt vielmehr eine andere Leistung, weil sie unter der Prämisse der Unparteilichkeit erfolgte. Damit sind allerdings diese Prämisse und somit wiederum der Umfang und die Grenzen der Pflicht zur Unparteilichkeit fraglich.

7. Unparteilichkeit als Amtspflicht und Verhaltensgebot

Die Abstraktheit der Amtspflichten im Allgemeinen bringt es mit sich, daß nicht hinreichend klar ist, ob sie nur Motiv oder Zweck der einzelnen, weiteren gesetzlichen Regeln und damit lediglich als Erwägungsgründe bei der Auslegung der gesetzlichen Vorschrift zu berücksichtigen sind. Denn sie können auch individuell-konkrete Verhaltensanforderungen

umschreiben. Bei jeder einzelnen Amtspflicht muß eine dahingehende Analyse gesondert vorgenommen werden¹⁴⁰.

Aus § 14 Abs. 1 und 2 BNotO folgt, daß der Notar sein Amt unter anderem getreu seiner Pflicht zur Unparteilichkeit zu verwalten hat und deshalb eine Amtstätigkeit, die mit dieser Pflicht zur Unparteilichkeit nicht zu vereinbaren wäre, zu versagen hat. Obwohl es sich bei der Pflicht zur Unparteilichkeit also um ein das Notaramt schlechthin prägendes Wesensmerkmal handelt, so beinhaltet sie doch auch gleichzeitig eine konkrete Verhaltensanforderung, alle Beteiligten „gleich“ zu behandeln¹⁴¹. Die Abstraktheit dieser Amtspflicht schlägt sich nur noch darin nieder, daß ihr Umfang offen ist.

Darüber hinaus ist dem Notar auch geboten, den Anschein einer Parteilichkeit zu vermeiden. Damit ist ihm nicht nur die Parteilichkeit oder lediglich ihr Anschein in der konkreten Angelegenheit selbst versagt, sondern er muß im Ergebnis seine gesamte Tätigkeit klar geordnet und transparent halten¹⁴².

¹⁴⁰ Bohrer Rn. 88 ff.

¹⁴¹ BGHZ 51, 305; Rossak S. 320, 323 mit Verweis auf Art. 3 Abs. 1 GG.

¹⁴² Vgl. Reithmann FS BayNot, S. 159, 185.

8. Generalisierte Verhaltensregeln: Richtlinien der Kammern

Die notarielle Pflicht zur Unparteilichkeit bei einer Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO ist zwar ein Verhaltensgebot, inhaltlich und hinsichtlich ihrer Grenzen aber nach wie vor im wesentlichen unbestimmt. Vorstellbar ist, daß die Praxis über die gesetzliche Unbestimmtheit hinaus eine sehr deutliche Verhaltensweise einhält, welche die Tatsache, daß der Notar ein „unparteiischer Betreuer“ sein kann und die damit verknüpfte Irritation, auflöst.

Die Verfahrensweise der Praxis spiegelt sich in den Richtlinien der Notarkammern¹⁴³ wider. Diese haben die Aufgabe, die Bestimmungen der BNotO zu konkretisieren, halten aber im übrigen den gesetzlich von der BNotO vorgegebenen Rahmen ein¹⁴⁴. Begriffe, die in der BNotO nicht ausgeführt und somit unbestimmte Rechtsbegriffe sind, haben also nur einen geringen Interpretationsspielraum. Ein solcher Begriff ist auch die Pflicht zur Unparteilichkeit oder die „unparteiische

¹⁴³ Zu den Kammern: Hartmann, FS Schippel, 645 ff; Lenze, FS Schippel, S. 697 ff m.w.N.

Betreuung“ in § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO¹⁴⁵. Möglicherweise interpretieren und konkretisieren die Kammerrichtlinien Umfang und Grenzen der Pflicht zur Unparteilichkeit und damit den Interpretationsspielraum dieses Begriffs.

Um regionale, kammereigene Unterschiede zu vermeiden, formulierte die Bundesnotarkammer eine Richtlinienempfehlung (im folgenden: „**RL-E**“), vgl. § 78 Abs. 1 Nr. 5 BNotO. Die im einzelnen, unter den genannten Aspekten, verbindlichen Richtlinien erlassen die einzelnen Notarkammern, vgl. §§ 66 Abs. 1, 67 Abs. 2 BNotO. Auf die Richtlinien der einzelnen Kammern sowie auf den Entwurf der Bundesnotarkammer soll hinsichtlich der Pflicht zur Unparteilichkeit und hinsichtlich einer Tätigkeit des Notars nach § 24 Abs. 1 BNotO ein Blick geworfen werden¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Vgl. BT-Drucksache 13/4184 vom 21.03.1996, S. 31.

¹⁴⁵ Dazu auch und näher unten unter F I 1, Seite 294.

¹⁴⁶ Dazu wurde sich der Synopse im Anhang des DAI-Skripts des Deutschen Anwaltsinstituts e.V., Bochum, mit dem Titel „Neues Berufsrecht der Notare“, Berlin 14.7.2000 [u.a.], 2000, Seite 100 ff bedient.

a) **Richtlinienempfehlung der Bundesnotarkammer**

Die RL-E der Bundesnotarkammer wurde auf ihrer Vertreterversammlung am 29.1.1999 verabschiedet und in der Deutschen Notarzeitschrift veröffentlicht¹⁴⁷.

Der erste Artikel der RL-E der Bundesnotarkammer ist mit

„Wahrung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars“

tituliert. Gemäß Nr. I 1.1. ist

„der Notar unparteiischer Rechtsberater und Betreuer sämtlicher Beteiligten“¹⁴⁸.

Gemäß Nr. I 1.2. hat

„der Notar auch bei der Beratung und der Erstellung von Entwürfen sowie Gutachten auf einseitigen Antrag seine Unparteilichkeit zu wahren. Dasselbe gilt für die gesetzlich zulässige Vertretung eines Beteiligten in Verfahren, insbesondere in Grundbuch- und Registersachen, in Erbscheins- und Schenkungsangelegenheiten sowie in Genehmigungsverfahren vor Behörden und Gerichten“.

Gemäß Nr. 2 desselben Titels

„dürfen weitere berufliche Tätigkeiten des Notars [...] seine Unabhängigkeit und seine Unparteilichkeit nicht gefährden“.

¹⁴⁷ DNotZ 1999, 259 ff.

¹⁴⁸ Die Zitate in den Anführungsstrichen sind ggf. grammatikalisch angepaßt.

Dieser Artikel I befaßt sich mit der notariellen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit im Sinne von § 14 Abs. 1 und 2 BNotO. Er versucht das, was § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO mit „unparteilicher Betreuung“ bezeichnet, mit Inhalt zu füllen. Ferner konkretisiert dieser Artikel die Vertretung nach § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO, indem er nicht abschließende Beispiele („insbesondere“) nennt und die Vertretung von einer Überprüfung abhängig macht, ob die Tätigkeit mit den gesetzlichen Vorschriften und vor allem mit den Grundsätzen des Notaramts übereinstimmt („gesetzlich zulässige Vertretung“).

Mit § 14 Abs. 3 BNotO befaßt sich der II. Artikel der RL-E. Mit der Art, der nach § 28 BNotO zu treffenden Vorkehrung beschäftigt sich ihr VI. Artikel. Der III. Artikel steht unter der Überschrift

„Wahrung fremder Vermögensinteressen“.

Nach dessen Nr. 1

„hat der Notar ihm anvertraute Vermögenswerte mit besonderer Sorgfalt zu behandeln und Treuhandaufträge sorgfältig auszuführen“.

Nach Nr. 2

„darf der Notar nicht dulden, daß sein Amt zur Vortäuschung von Sicherheiten benutzt wird. Der

Notar darf insbesondere Geld, Wertpapiere und Kostbarkeiten nicht zur Aufbewahrung oder zur Ablieferung an Dritte übernehmen, wenn der Eindruck von Sicherheiten entsteht, die durch die Verwahrung nicht gewährt werden. Anlaß für eine entsprechende Prüfung besteht insbesondere, wenn die Verwahrung nicht im Zusammenhang mit einer Beurkundung erfolgt“.

Diese Nummern beziehen sich auf die notarielle Betreuungstätigkeit, insbesondere die Verwahrung und die Treuhand, die dem Notar im Rahmen der Zuständigkeiten nach § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO übertragen sind. Sie führen die Amtspflichten des Notars nach § 14 Abs. 1 bis 3 BNotO, vor allem die Pflichten zur redlichen und gewissenhaften Amtsführung, aber auch die Pflicht zur Vermeidung einer tatsächlichen oder scheinbaren Parteilichkeit, aus. Die Tatsache, daß auf eine besondere Vorsicht hingewiesen wird, wenn der Notar nach § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO diese Tätigkeiten vornimmt, geht mit dem in Artikel I ausdrücklich Genannten einher, nämlich daß die Pflicht zur Unparteilichkeit insbesondere auch im Anwendungsbereich § 24 Abs. 1 BNotO gilt.

b) **Richtlinien der einzelnen Notarkammern**

Das BNotO-Änderungsgesetz vom 31.8.1998¹⁴⁹ führte zur Richtlinienempfehlung der Bundesnotarkammer. Auf dieser beruhen die Richtlinien der einzelnen Kammern, vgl. §§ 78 Abs. 1 Nr. 5, 67 Abs. 2 BNotO. Insofern weisen die RL-E der Bundesnotarkammer und die einzelnen Richtlinien der Kammern kaum Unterschiede auf, was auch der Sinn einer solchen zentralen Empfehlung war. Vor allem wurden die Nummern und Artikel eingehalten. Im folgenden werden grammatikalische und andere Veränderungen außer acht gelassen, es sei denn, in ihnen vermag ein eigener Sinn oder eine ergänzende Interpretation der BNotO zu erblickt sein.

- **Bremen**

Eine Abweichung befindet sich in der Richtlinie der Notarkammer Bremen zu Nummer I 1.2. der RL-E der Bundesnotarkammer unter der gleichen Nummer in der eigenen Richtlinie¹⁵⁰. Hier wird der Wortlaut der RL-E zwar aufgenommen, insofern aber ergänzt, als daß die Unparteilichkeit gegenüber den Beteiligten „des Geschäfts“

¹⁴⁹ Abgedruckt im BGBl. I 1998, S. 2585; in Kraft ab 8.9.1998.

¹⁵⁰ Beschlossen 2.2.2000.

zu wahren ist. Es wird also in dieser Nummer, welche die Tätigkeiten des Notars nach § 24 Abs. 1 BNotO beschreibt, ein Adressat der Unparteilichkeit hinzugefügt, während ein solcher in der RL-E nicht existiert. In beiden Richtlinien ist der Notar gemäß Nr. I 1.1., also der vorstehenden Nummer, aber unparteiischer Rechtsberater und Betreuer sämtlicher Beteiligten. Der Zusatz „des Geschäfts“ in der nachfolgenden Nummer muß daher als Eingrenzung der Nummer I 1.1., die offenbar als allgemeines Voraus fungiert, begriffen werden. Insofern müßte die Interpretation der Bremer Richtlinie an dieser Stelle so lauten, daß der Notar grundsätzlich unparteiischer Betreuer und Berater aller Beteiligten ist, im Rahmen von § 24 Abs. 1 BNotO aber nur derjenigen, die am Geschäft beteiligt sind. Ob sie von der Bremer Kammer als Eingrenzung gewollt ist, erscheint fraglich und zumindest hinsichtlich der vorhergehenden Benutzung des Wortes Betreuer, was auf Tätigkeiten nach § 24 Abs. 1 BNotO hinweist, auch widersprüchlich. Bezweifelt kann auch werden, daß es Beteiligte gibt, die nicht „am Geschäft“ beteiligt sind. Dann ist dieser Zusatz überflüssig.

- **Brandenburg**

In der gleichen Nummer weist auch die Richtlinie der Notarkammer Brandenburg eine Abweichung auf¹⁵¹. Die Abweichung gestaltet sich derart, daß ein Satz in dieser Nummer vorangestellt wird, der allgemeiner Natur ist, der erste Satz der RL-E ansonsten aber als zweiter Satz unberührt bleibt. Nach Nummer I 1.2. Satz 1 der Richtlinie der Notarkammer Brandenburg „hat es der Notar abzulehnen, gegensätzliche Parteiinteressen wahrzunehmen“. Der Kammer reichte also weder die Feststellung in Nummer I 1.1., daß der Notar unparteiischer Rechtsberater und Betreuer sämtlicher Beteiligter ist, noch die Feststellung in Nummer I 1.2., daß die Pflicht zur Unparteilichkeit auch bei den Tätigkeiten, für die der Notar nach § 24 Abs. 1 BNotO zuständig ist, gilt. Die Formulierung aus Brandenburg unterscheidet sich nun dadurch, daß sie dem Notar eine konkrete Verhaltenspflicht auferlegt, nämlich eine Tätigkeit, bei der er gegensätzliche Parteiinteressen wahrnehmen würde, ablehnen zu müssen. Vor allem deutet sie aber an, daß bei einer Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO der Notar einer erhöhten Gefahr von

Parteilichkeit bei gegensätzlichen Interessen ausgesetzt ist. Die ausdrückliche Aufnahme in die Richtlinie ist somit ein Appell, den die Kammer offenbar ausdrücklich für erforderlich gehalten hat.

- **Sachsen**

Auf die gleiche Art und Weise, wie die Richtlinie der Notarkammer Brandenburg von der Richtlinienempfehlung der Bundesnotarkammer abweicht, unterscheidet sich die Richtlinie der Notarkammer Sachsen von der RL-E¹⁵². Sie trat am 17.6.1999 in Kraft, weshalb davon ausgegangen werden kann, daß die Brandenburger ihre Richtlinie auf der sächsischen Grundlage verfaßten und sich die Richtlinien somit in gleicher Weise interpretieren lassen.

¹⁵¹ Beschlossen 12.6.1999, genehmigt 17.11.1999, verkündet 15.1.2000, in Kraft seit dem 16.1.2000.

¹⁵² Beschlossen 5.2.1999, genehmigt 31.5.1999, verkündet 16.6.1999.

- **Stuttgart**

Die Notarkammer Stuttgart hat in ihrer Richtlinie die Nummer I 1.1. der RL-E verändert¹⁵³. Letztere sprach von einer unparteiischen Betreuung sämtlicher Beteiligter. Die Kammer Stuttgart grenzt dieses möglicherweise ein, indem sie die unparteiische Betreuung sämtlicher „am Verfahren“ Beteiligter fordert. Diese Erläuterung irritiert insoweit, als es nicht klar ist, ob es sich um eine Eingrenzung oder Klarstellung handelt. Das hängt letztlich von der Frage ab, was die Kammern jeweils unter dem Begriff des Beteiligten und des „am Verfahren“ Beteiligten verstehen. Da es aber an einer Erklärung fehlt, wer am notariellen Verfahren genau beteiligt sein soll, kann man der Erläuterung der Notarkammer Stuttgart in der Nummer I 1.1. ihrer Richtlinie eine eigene Bedeutung über diejenige der RL-E der Bundesnotarkammer hinaus absprechen. Der hinzugefügte Begriff des „Verfahrens“ ist genauso unscharf wie der Begriff des „Beteiligten“ allein. Die Feststellung des Beteiligten beinhaltet zwingend die Analyse, wer am Verfahren nach § 24 Abs. 1 BNotO beteiligt ist, so daß es letztlich allein auf die Frage ankommt, wer Beteiligter ist.

c) **Auswertung**

Aufgrund der Tatsache, daß die Richtlinien lediglich die BNotO im begrenzten Maße interpretieren, können die Richtlinien der einzelnen Notarkammern nicht grundlegend zur Klärung der Frage, was der genaue Inhalt und was die exakten Grenzen der Pflicht zur Unparteilichkeit sind, beitragen.

Sie bestätigen jedoch, daß diese Amtspflicht bei § 24 Abs. 1 BNotO Anwendung findet. Die Tatsache, daß diese Amtspflicht in der ersten Nummer aller Richtlinien erörtert wird, beweist ihre Wichtigkeit für das Amt des Notars. In der Literatur ist es unbestritten, daß die Neutralitätspflicht ein konkretes Verhalten fordert. Dieses nehmen die Kammern Brandenburg und Sachsen in ihre Richtlinien auf.

Ob die Pflicht zur Unparteilichkeit bei § 24 Abs. 1 BNotO tatsächlich nur gegenüber bestimmten Beteiligten, nämlich denjenigen „des Geschäftes“ nach der Bremer Richtlinie oder die „des Verfahrens“ nach der Stuttgarter Richtlinie, gelten soll, kann nicht eindeutig festgestellt werden. Die hier

¹⁵³ Beschlossen 18.6.1999, genehmigt 4.10.1999, im Dezember zum Inkrafttreten am 1.1.2000 verkündet.

vorgenommenen Veränderungen deuten aber an, daß es offenbar mit dem Begriff „Beteiligte“ Probleme gibt. Insofern gibt es aufgrund der Richtlinien der Kammern weder Eingrenzungen noch andere Hinweise, wie die Betreuungstätigkeit des Notars nach § 24 Abs. 1 BNotO zu seiner Pflicht zur Unparteilichkeit gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO paßt. Vielmehr wird deutlich, daß auch die Formulierungen der Soll-Praxis keinen Anhaltspunkt zum Verhältnis der beiden Vorschriften bieten, sondern daß dem einzelnen Notar die Lösung dieser Frage selbst überlassen bleibt.

9. Problematik der Unbegrenztheit von Amtspflicht und Amtstätigkeit

Die Pflicht des Notars zur Unparteilichkeit konnte weder aus dem Gesetz, noch mit Hilfe der Literatur oder der Betrachtung der Kammerrichtlinien mit genauerem Inhalt gefüllt werden. Es findet sich keine explizite und eindeutige Eingrenzung ihrer Grenzen. Dennoch schwebt sie als konkretes Verhaltensgebot nicht losgelöst über der Institution des Notariats.

Andererseits nimmt die Neutralitätspflicht Bezug auf die allgemeine Amtsführung und außerdem auf die einzelne Amtstätigkeit des Notars. Insofern scheinen ihr Inhalt und ihre Grenzen ebenfalls von der jeweiligen Tätigkeit des Notars abzuhängen. Möglicherweise hat die Pflicht zur Unparteilichkeit bei der Beurkundung eine andere oder umfassendere Bedeutung als bei der Betreuung im Sinne von § 24 Abs. 1 BNotO¹⁵⁴. Somit könnten sich gegenseitige Rückschlüsse zur Auslegung der Unparteilichkeit ergeben, weshalb im folgendem kurz die Problemfelder der Unparteilichkeit bei der Beurkundungs- und Betreuungstätigkeit angesprochen werden (a), bevor auf das Verhältnis von Unparteilichkeit und § 24 Abs. 1 BNotO näher eingegangen wird (b).

a) **Rückschlüsse aus dem Beurkundungsrecht**

Problematisch bei der Beurkundung hinsichtlich der Pflicht zur Unparteilichkeit ist es, wann es sich noch um eine pflichtgemäße Belehrung oder schon um eine pflichtwidrig

¹⁵⁴ Rossak S. 324 - 331 bietet eine Übersicht mit Zitaten betreffend die Unparteilichkeit allgemein.

aufgedrängte Beratung handelt¹⁵⁵. Diese Tatsachenfrage untersucht, ob ein Ansuchen vorliegt und wann die Grenze von Belehrung nach § 17 Abs. 1 BeurkG zur planenden Beratung nach § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO überschritten ist. Damit ist die Unparteilichkeit bei bereits bejahter Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO nicht tangiert, weshalb diese Problematik keine Rückschlüsse für die hier untersuchte Thematik erlaubt.

Gleiches gilt für die sogenannten erweiterten Belehrungspflichten. Dort wird untersucht, inwieweit die Pflicht zur Unparteilichkeit durch gesteigerte Belehrungspflichten begrenzt wird. Gleichmaßen ließe sich fragen, wann die grundsätzlich rein passive Neutralität zu einer aktiv ausgleichenden, wertorientierten „Unparteilichkeit“ wird¹⁵⁶. Bei § 24 Abs. 1 BNotO verbleibt es aber bei der rein passiven Betrachtung, wann der Notar seine Tätigkeit aufgrund der Neutralitätspflicht versagen muß. Denn die gestaltende Wirkung einer Beurkundung realisiert möglicherweise die gestörte Vertragsparität in dem der Beurkundung zugrundeliegendem Sachverhalt, während

¹⁵⁵ Dazu Haug Rn. 422 m.w.N.

bei der Betreuung nach § 24 Abs. 1 BNotO eine Umsetzung des Willens durch den Notar gerade nicht erfolgt. Die Diskussion der erweiterten Belehrungspflichten beschränkt sich somit auf § 14 BNotO und § 17 BeurkG.

Ebenfalls ein nicht näher zu untersuchendes Problem ist, wann statt der begehrten gestaltenden Beratung gemäß § 17 BeurkG die ursprüngliche Willensrichtung des Mandanten verändert und damit in unzulässig starkem Maße auf dessen Willen eingewirkt wird anstatt ihn nur zu erforschen¹⁵⁷. Auch dieses Problem liegt auf der Nahtstelle zwischen Beratung und Beurkundung, wenn nicht allein in der inneren Grenze der Beurkundung selbst. Da der nach § 24 Abs. 1 BNotO tätige Notar durch die Beratung auf den Willen des Mandanten gerade einwirken soll, ist die Gefahr einer Ersetzung des mandantlichen Willens durch die Vorstellungen des tätigen Notars bei der Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO gering. Es fehlt nicht zuletzt auch an einem verbindlichen Produkt der Betreuung, also etwa an einem beurkundeten Vertrag oder Testament. Allenfalls ist die entsprechende Diskussion von der Beurkundung auf die

¹⁵⁶ Bohrer Rn. 97; Haug Rn. 419 ff; Notarhandbuch/Starke K I Rn. 52, 53; Vgl. zu erweiterten Belehrungspflichten grundsätzlich die Dissertation von Allerkamp.

Betreuung übertragbar. Damit handelt es sich nicht mehr um ein typisches Problem zwischen Unparteilichkeit und Betreuung.

b) Vermeintlicher Widerspruch „unparteiischer Betreuung“

Festgestellt wurde bereits, daß bei der betreuenden Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO die Pflicht des Notars zur Unparteilichkeit eindeutig anwendbar ist. Weil weder diese Norm noch der Tatbestand des § 14 Abs. 1 BNotO selbst einer echten Beschränkung unterliegt, scheint sich ein Widerspruch in der parallelen und unumschränkten Anwendbarkeit dieser Regelungen zu ergeben. Denn obwohl der Notar laut § 24 Abs. 1 BNotO wie ein Anwalt tätig sein darf, ist er dazu aufgefordert, seine Unparteilichkeit zu wahren, eine Pflicht aber, die dem Anwalt gerade nicht obliegt.

¹⁵⁷ Vgl. dazu die Darstellung von Haug Rn. 423 ff m.w.N.

aa) Wortlaut

Überspitzt formuliert, drückt sich dieser Widerspruch derart aus, daß der Notar für eine parteiische Tätigkeit zwar zuständig ist, ihre Ausübung ihm aber gleichzeitig untersagt ist. Er wäre für eine ihm unzulässige Tätigkeit zuständig. Der Gesetzgeber würde wollen, daß der Notar unrechtmäßig handelt, weil er diesen scheinbaren Widerspruch schon seit langem beibehalten hat.

Das Gesetz selbst greift diesen Widerspruch auf. Es kennt in § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO die „unparteiische Betreuung“ des Notars, was ausdrücken soll, daß der Notar für die Betreuung gemäß § 24 Abs. 1 BNotO zuständig ist, daß die Pflicht zur Unparteilichkeit aber auch dort gilt. Betrachtet man die beiden Begriffe aber für sich, wird aus der vermeintlichen Klarstellung durch den Gesetzgeber, daß die Pflicht zur Unparteilichkeit auch bei der Betreuung gilt, ein Oxymoron, eine *contradictio in adiecto*: Betreuung bedeutet Interessenwahrnehmung oder ein Handeln für jemanden und nicht (auch) für jemanden anderes, der vielleicht noch ein rechtlicher Gegner ist¹⁵⁸. Wenn jemand, nämlich der

¹⁵⁸ Vgl. auch zur Betreuung überhaupt § 1896 BGB.

Betreuer, Interessen wahrnimmt, wird er deshalb parteiisch tätig, weil Interessen regelmäßig subjektiv sind.

bb) Verbindung unbestimmter Rechtsbegriffe

Der geschilderte Widerspruch einer unzulässigen Zuständigkeit des Notars für die Betreuung nach § 24 Abs. 1 BNotO ist aber nicht stringent. Denn es sind Fälle denkbar, in denen die Betreuung gerade unparteilich sein muß: wenn es nämlich im Interesse aller steht, daß nur ein Betreuer ihre gemeinsamen Interessen betreuen soll, beispielsweise bei der Verwahrungstätigkeit.

Schon deshalb ist der Widerspruch mitunter scheinbar und relativierungsbedürftig. Sowohl bei der Unparteilichkeit also auch bei der Betreuung handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe. Für beide gibt es keine echte Definition, auf die man sich zur Begründung eines tatsächlichen Widerspruches stützen könnte¹⁵⁹. Die Verbindung von zwei unbestimmten Rechtsbegriffen zu einem Verhaltensbefehl, nämlich bei einer Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO auch die Unparteilichkeit zu wahren, läßt durch gegenseitige

¹⁵⁹ Für die „Betreuung“: Wagner DNotZ Sonderheft 1998, 34, 75; zur Unparteilichkeit unten unter F I 1, Seite 294 ff.

Zurückdrängung und folglich durch Vermeidung einer Überschneidung ein breites Interpretationsspektrum zu. Dieses konnte weder durch die tatbestandliche Erläuterung des § 24 Abs. 1 BNotO, vornehmlich zur Analyse des Begriffs der „vorsorgenden Rechtspflege“¹⁶⁰, noch durch die Analyse von Unparteilichkeit allein und in Verbindung mit den Richtlinien der Notarkammern¹⁶¹ geklärt werden. Aufgrund dessen ist die Pflicht zur Unparteilichkeit grundsätzlich eine relative Amtspflicht¹⁶², zumal die sogenannten erweiterten Belehrungspflichten bei der Beurkundung schon zeigten, daß eine wertorientierte Unparteilichkeit nichts anderes als Parteilichkeit ist. Insofern sind punktuelle, relativierende Grenzen aufzufinden, wodurch der genannte Widerspruch nicht mehr zwingend ist, sondern die „unparteiliche Betreuung“ Sinn macht. Diese Schwierigkeit soll im weiteren dennoch als Widerspruch beschrieben werden, was angesichts des begrifflichen Widerspruchs einer „unparteilichen Betreuung“ nicht ungerechtfertigt ist.

¹⁶⁰ Vgl. oben unter B II 3, Seite 15.

¹⁶¹ Vgl. oben unter C II 1 ff, insbes. 8, Seite 96 ff.

¹⁶² Rossak S. 322.

cc) Mögliche Parteilichkeit von Nurnotar und Anwaltsnotar

Abschließend soll noch darauf hingewiesen sein, daß die Problematik einer „unparteilichen Betreuung“ nicht auf den Anwaltsnotar begrenzt ist. Die Unparteilichkeit definiert die notarielle Amtsausübung nicht per se und unwiderlegbar als unparteilich. Sie verlangt nämlich vom Notar ein bestimmtes Verhalten, was nicht notwendig wäre, wenn der Notar sich gar nicht anders verhalten, also gar nicht parteiisch sein könnte. Der Notar, ob Nurnotar oder Anwaltsnotar, wird nicht unfehlbar als Unparteiischer geboren. Eine Annahme, daß aufgrund von § 24 Abs. 2 BNotO die Gefahr einer parteilichen Amtswahrnehmung bei der Betreuung nur dem Anwaltsnotar begegnet, geht also fehl. Denn § 24 Abs. 2 BNotO hat schon, bevor sich die Frage der notariellen Unparteilichkeit überhaupt stellt, darüber entschieden, ob diese Amtspflicht überhaupt anwendbar ist, weil die Zweifelsregelung widerlegt ist und somit für die Tätigkeit des Rechtsberaters das notarielle Berufsrecht gilt. Wenn man dagegen nicht Anwaltsnotar ist und somit immer als Nurnotar handelt, ist § 24 Abs. 2 BNotO allenfalls ohne Relevanz. Die notariellen Berufspflichten und deshalb auch die Pflicht zur Unparteilichkeit gelten; und daß ein Notar gegen seine

Berufspflichten verstoßen kann, sollte wohl auch unbestritten sein. Insofern ist die Problematik der „unparteilichen Betreuung“ ein Problem, das aufgrund der Einheitlichkeit des notariellen Berufsbilds unabhängig von den jeweiligen Notariatsverfassungen gilt¹⁶³.

D. Unparteilichkeit und Zuständigkeit nach § 24 Abs. 1

BNotO: Fallgruppen

Vorstehend konnten die Grenzen und der Umfang der Pflicht zur Unparteilichkeit bei Tätigkeit des Notars nach § 24 Abs. 1 BNotO nicht objektiv definiert¹⁶⁴ werden. Zwar wurde der Widerspruch einer „unparteilichen Betreuung“ durch die Identifizierung von „Unparteilichkeit“ und „Betreuung“ als unbestimmte Rechtsbegriffe entschärft. Nach wie vor ist aber unklar, wo die genauen Problemfälle liegen.

Die hohe Abstraktion des Problems und die schwere Faßbarkeit der notariellen Pflicht zur Unparteilichkeit soll deshalb im folgenden durch die Bildung von Fallgruppen

¹⁶³ So auch Rossak S. 3 ff.

¹⁶⁴ Auch Rossak S. 333, 334 spricht von einer subjektiven, persönlichen Unparteilichkeit.

begegnet werden. Durch diese Methode wird deutlich, wann, wo und warum der scheinbare Widerspruch zwischen Betreuung und Unparteilichkeit auftritt. Aufgrund dessen lassen sich möglicherweise Kriterien zur Eingrenzung einerseits der Pflicht zur Unparteilichkeit oder andererseits der notariellen Zuständigkeit für Betreuungen gewinnen.

I. Kriterien für die Fallgruppenbildung

Als Resultat einer jeden Fallgruppe muß feststehen, ob die Pflicht des Notars zur Unparteilichkeit typischerweise und regelmäßig gefährdet ist.

Das bedeutet einerseits nicht, daß sich diese Gefahr auch tatsächlich realisieren muß, entweder, weil die Pflicht zur Unparteilichkeit in diesen Fällen nicht gilt oder weil der Notar die geltende Pflicht nicht verletzt. Andererseits ist es möglich, daß bei jeder anderen Fallgruppe, bei der die Gefährdung untypisch ist, der Notar gegen die Pflicht zur Unparteilichkeit verstößt. Denn ein Verstoß ist ihm, wenn er will, immer möglich.

Doch gibt es eben bestimmte Fälle, bei denen eine besondere Gefahr deshalb besteht, weil die Fälle, die

Beteiligten oder das weitere Umfeld des konkreten Falles die Erkennbarkeit der Gefahr für den Notar verdecken. Wenn die einzelne Fallgruppe den Widerspruch zwischen Unparteilichkeit und Betreuung tatsächlich widerspiegelt, sind dieses die Fälle, in denen das Verhältnis von Unparteilichkeit und Betreuung einer genauen, eventuell relativierenden, Überprüfung bedarf.

1. Existenz einer rechtlichen Gegenposition (Konflikt)

Unparteilichkeit setzt voraus, daß es mehrere Parteien gibt, ansonsten kann der Notar überhaupt nicht „Partei ergreifen“. Die unparteiliche Betreuung ist deshalb erst dann problematisch, wenn sich mindestens zwei Parteien in derselben Rechtsfrage gegenüberstehen, sie sich also in einem Konflikt befinden. Regelmäßig ist die eine Partei diejenige, die den Notar um seine Betreuungstätigkeit ansucht. Ein Konflikt besteht nicht, wenn alle einer Meinung sind.

Dabei darf der Begriff „Partei“ nicht technisch verstanden werden, indem man etwa schon die Rechtshängigkeit des Konflikts fordert. Gezeigt wurde bereits, daß

„Unparteilichkeit“ durch den enthaltenen Begriff „Partei“ nicht konkretisiert oder eingegrenzt ist¹⁶⁵.

Ferner reicht es aus, daß möglicherweise ein Konflikt vorliegt. Bei der Fallgruppenbildung soll die möglicherweise auftauchende Problematik einer unparteilichen Betreuung aufgezeigt werden. Je früher man den Konflikt ansetzt, desto größer ist die Zahl der erfaßten Fälle und desto größer sind die in den Fallgruppen erfaßten Fälle.

Deshalb ist erstes Kriterium bei der Suche von Konfliktfällen die Tatsache, daß mindestens eine rechtliche Gegenposition oder ein rechtlicher Konflikt auch nur möglicherweise, potentiell oder latent existiert. Es kommt nicht darauf an, warum ein Konflikt vorliegt oder ob er begründet ist; beides sei vorausgesetzt, zumal das gerade streitig oder unklar sein kann. Maßgeblich ist allein, daß in dem Sachverhalt, der dem Ansuchen zugrunde liegt, irgendwo ein Streit verborgen liegt, irgendwo zwei Beteiligte unterschiedlicher Auffassung sind oder gegenläufige Interessen haben.

¹⁶⁵ Vgl. oben unter C II 1 b, Seite 71.

Jedoch reicht es nicht, wenn man nur die Tatsache eines rechtlichen Konfliktes heranzieht. Zum Beispiel kann der Notar den Mandanten vor oder nach einer rechtlichen Streitigkeit beraten, also in der Klage-, Vollzugs- oder Durchsetzungssituation. Möglicherweise entsteht auch erst aufgrund der notariellen Betreuung ein rechtlicher Konflikt. Die Zeitpunkte von Betreuungstätigkeit und rechtlichem Konflikt führen eventuell zu unterschiedlichen Betrachtungen, weshalb auch das Wann der Streitigkeit, wohlgermerkt aber nicht das Wann der „Partei“, einbezogen werden soll. Hierin unterscheiden sich auch § 24 Abs. 1 S. 1 und S. 2 BNotO.

2. Der Beteiligte am Betreuungsvorgang

Sowohl § 14 Abs. 1 BNotO also auch § 24 Abs. 1 BNotO sprechen von „den Beteiligten“ der notariellen Amtstätigkeit. Diese verbinden die einzelnen Begriffe des zu lösenden Widerspruchs der „unparteiischen Betreuung“. Der Beteiligte ist Begünstigter und Benefiziar der Amts- und Verhaltenspflichten des Notars. Damit ist er derjenige, der von der Pflicht zur Unparteilichkeit betroffen ist. Aufgrund dieser zentralen Stellung muß der

Beteiligtenbegriff bei der Bildung der Fallgruppen eine Rolle spielen.

Neben dem Gesetz rücken auch die Richtlinien der Notarkammern „den Beteiligten“ in den Vordergrund. Es sei auf die Ergänzungen einiger Kammern, daß Beteiligte diejenigen „des Geschäfts“ oder „am Verfahren“ seien, hinzuweisen. Es wurde dargestellt, daß die Richtlinien nicht erläutern konnten, was unter den Beteiligten, ob mit Zusatz oder ohne, zu verstehen ist¹⁶⁶.

Die zentrale Position des Begriffs als Bezugspunkt für die Unparteilichkeit einerseits, andererseits aber die völlige Unklarheit des Begriffs selbst rechtfertigen es, alle abstrakt möglichen Varianten „der Beteiligten“ einer Tätigkeit nach 24 Abs. 1 BNotO in die Fallgruppenbildung mit aufzunehmen.

Dabei gibt es nämlich mehrere Facetten des „Beteiligten“. Man könnte zunächst nur denjenigen betrachten, der Teil am Ansuchen und damit der konkreten Tätigkeit des Notars hat. Andererseits bezieht sich das Ansuchen auf einen bestimmten rechtlichen Zusammenhang, in dem „der Beteiligte“, ohne allerdings von seiner Beteiligung zu

wissen oder ohne unmittelbaren Kontakt mit dem Notar gehabt zu haben, eine Rolle spielt. Die Rechte einer Person, die nicht vor dem Rechtsberater sitzt, ist oftmals Gegenstand einer Rechtsberatung, wie der Blick auf die anwaltliche Tätigkeit beweist. Man kann also an einer Sache beteiligt sein, ohne selbst und unmittelbar vor dem Notar zu sitzen, weil die eigenen Rechte Gegenstand des Sachverhalts sind. Die Fallgruppen müssen diesem mehrschichtigen Begriff des Beteiligten Rechnung tragen.

a) Formen der Beteiligung

Beteiligter im engeren Sinne ist der Ansuchende. Er tritt durch sein Ansuchen unmittelbar mit dem Notar in Kontakt; er ist bei dessen Tätigkeit körperlich anwesend. Daher ist er auch von der notariellen Tätigkeit unmittelbar betroffen. Im folgenden soll er formell Beteiligter genannt werden.

Das Gesetz kennt den formell Beteiligten in § 6 Abs. 2 BeurkG. Danach ist der formell Beteiligte der Erschienene, dessen im eigenen oder fremden Namen abgegebene Erklärung beurkundet wird, der also um die notarielle

¹⁶⁶ Vgl. oben unter C II 8 c, Seite 106.

Tätigkeit unmittelbar ansucht. Überträgt man diese Formulierung zu dem hier in Rede stehenden Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege, handelt es sich um die Personen, die von dem Notar aufgrund ihres Ansuchens nach § 24 Abs. 1 BNotO betreut werden. Sie berät der Notar, für sie entwirft er etwa einen Vertrag. Aufgrund der körperlichen Betrachtung sind die Vertreter einer Partei nach § 164 BGB einbezogen.

Andererseits ist es nicht zwingend notwendig, daß jeder Erschienene tatsächlich auch von dem Notar betreut wird. Anwesende, die nicht Auftraggeber des Notars sind, weil sie zufällig, vielleicht als Begleiter, anwesend sind und auch nicht in dem Sachverhalt, der dem Ansuchen zugrunde liegt, eine Rolle spielen, fallen nicht unter den formellen Beteiligtenbegriff. Sie sind Unbeteiligte.

Daneben gibt es Erschienene, die zwar nicht Ansuchende sind, aber trotzdem am Sachverhalt beteiligt sind. Als Beispiel für einen solchen Fall diene, daß zwei Mitgesellschafter sich zu einer satzungstechnischen Frage vom Notar beraten lassen. Nach Abschluß dieser Tätigkeit sitzt der Mitgesellschafter zwar noch am Tisch, der andere Gesellschafter sucht aber aufgrund eigenen Antriebs den

Notar um eine weitere Beratung in einer Frage an, die zwar den Mitgesellschafter betrifft, die Klärung dieser Frage aber nicht dessen Willen entspricht. Der Mitgesellschafter wird nun Teil einer weiteren, eigenständigen Tätigkeit des Notars, ohne aber Ansuchender zu sein. Trotzdem ist er auf gewisse Art von der Tätigkeit betroffen. Der Mitgesellschafter ist hier zwar Erschienener, nicht aber formell Beteiligter. Mangels eigenen Ansuchens, mangels eigener Eigenschaft als Auftraggeber also, ist er nur sachlich am Sachverhalt und Ansuchen beteiligt. Er ist materiell Beteiligter (dazu sogleich).

In gleicher Weise ist derjenige, der nicht erscheint, wohl aber am Sachverhalt sachlich beteiligt ist, materiell Beteiligter. Der Vertreter etwa ist somit formell beteiligt, der Vertretene ist nur materiell beteiligt. Ohne jegliche Beteiligung am Sachverhalt ist ein Erschienener Unbeteiligter.

Zur Klarstellung sei festgehalten, daß auch der formell Beteiligte materiell beteiligt ist. Der Unterschied liegt in der schlichten qualifizierenden Tatsache eines Ansuchens.

b) Voraussetzung für die materiellen Beteiligung

Dem formell Beteiligten steht der materiell oder sachlich Beteiligte gegenüber. Regelmäßig ist der formell Beteiligte auch materiell beteiligt. Indessen kann der materiell Beteiligte auch formell Beteiligter sein, er muß es aber nicht. Um die Abgrenzung und Differenzierung überhaupt sinnvoll erscheinen zu lassen, ist im folgenden der materiell Beteiligte niemals auch formell Beteiligter in derselben Sache.

aa) Maßstab der Angelegenheit gemäß § 3 BeurkG

Wann eine materielle Beteiligung an einer Amtstätigkeit des Notars vorliegt, erklärt der in § 3 BeurkG verwendete Begriff der Angelegenheit¹⁶⁷. Eine solche ist anzunehmen, wenn sich nach materiellem Recht unmittelbare Auswirkungen in rechtlicher Hinsicht für eine Person ergeben würden, die nicht Ansuchender ist. Sachlich beteiligt im Sinne von § 3 BeurkG sind diejenigen Personen, deren Rechte, Pflichten oder Verbindlichkeiten durch den

¹⁶⁷ Arndt/Lerch/Sandkühler - Sandkühler § 16 Rn. 13 ff, 14;
Eylmann/Vaasen - Eylmann § 3 BeurkG Rn. 7; vgl. auch Mihm
DNotZ 1999 S. 12 m.w.N.

Inhalt der Beurkundung oder des Entwurfs unmittelbar begründet, erweitert oder vermindert werden¹⁶⁸. Beispielsweise erlangt der Erbe aufgrund eines beurkundeten Testaments unmittelbar eine rechtlich begründete Erwartung, Anspruch auf die Erbschaft erheben zu können. Materiell Beteiligte bei § 24 Abs. 1 BNotO wären demnach diejenigen, deren Rechte durch die notarielle Tätigkeit unmittelbar verändert werden.

bb) Übertragbarkeit auf die Betreuung

Wenn der Notar dem Ansuchenden einen Rat gibt, wie er seine Rechtsposition gegenüber einem Dritten konkret verbessern könnte, dann ist dieser Dritte von dem Inhalt des Ansuchens und damit von der betreuenden Amtstätigkeit des Notars sachlich und materiell, in gewisser Hinsicht aber nur mittelbar betroffen. § 3 BeurkG ist deshalb nicht völlig übertragbar.

Das sei am besten anhand der Beratung verdeutlicht: Es wurde zwischen der planenden und der gestaltenden

¹⁶⁸ Arndt/Lerch/Sandkühler - Sandkühler § 16 Rn. 15; Eylmann/Vaasen - Eylmann § 3 BeurkG Rn. 8.

Beratung differenziert¹⁶⁹. Hier kommt im Rahmen des gestaltenden Aktes einer Beurkundung ein konkretes, verkörpertes Ergebnis wie ein Vertrag zustande. Dieser hat unmittelbar rechtliche, d.h. eben gestaltende Auswirkungen auf nicht anwesende, aber sachlich Beteiligte. So erhält beispielsweise der Erbe durch das Testament sein Erbrecht oder er verliert es. Die betreuende, planende Beratung gestaltet dagegen nichts und wirkt deshalb auch nicht auf Rechte in dieser unmittelbar gestaltenden Art ein. Vielmehr liegt es an dem Mandanten, der den Rat oder den Entwurf vom Notar erhielt, ob er diesen tatsächlich auch benutzt und wie geheißen umsetzt, wodurch die notarielle Betreuung erst unmittelbar gestaltende Wirkung hinsichtlich des materiell Beteiligten entfalten kann.

Dieser Unterschied liegt in der Natur der Unterscheidung zwischen einer gestaltenden und planenden Betreuung und Beratung des Notars. Ihm trägt man Rechnung, wenn man § 3 BeurkG insofern überträgt, als daß der materiell Beteiligte an einer Tätigkeit des Notars nach § 24 Abs. 1 BNotO auch derjenige ist, der am Sachverhalt unmittelbar beteiligt ist, obwohl im Unterschied zur Beurkundung noch

¹⁶⁹ Vgl. oben unter B IV, Seite 27 ff.

die unmittelbare Auswirkung auf ihn fehlt. Diese, d.h. den umsetzenden Akt durch den Mandanten, auf den der Notar keinerlei Einwirkungsmöglichkeit mehr hat, denkt man sich gewissermaßen als geschehen hinzu, indem der Mandant also den Rat oder Entwurf des Notars tatsächlich im Rechtsverkehr auch eingesetzt hat.

Es reicht damit, um materiell Beteiligter zu sein, wenn der Rat des Notars die rechtliche Situation dieses sachlich Beteiligten beeinflussen könnte, dazu also theoretisch und potentiell in der Lage ist¹⁷⁰. Nur so kann man von Parteilichkeit überhaupt sprechen. Vor allem kann nämlich streitig und klärungsbedürftig sein, ob sich solche Auswirkungen tatsächlich ergeben.

Spricht man aber von der reinen Möglichkeit einer Beeinflussung, so kommt es auch nicht darauf an, ob die mögliche Veränderung sich positiv oder negativ für den materiell Beteiligten auswirken kann. Allerdings wird in den Fällen einer positiven Beeinflussung die parteiische Tätigkeit des Notars regelmäßig im Interesse des materiell Beteiligten liegen; eine konfliktträchtige Situation liegt nicht vor.

¹⁷⁰ Keidel - Zimmermann § 6 FGG Rn. 18 m.w.N. in Fn. 20.

Die potentielle Beteiligung ist also eine unmittelbare, selbstbetroffene Beteiligung am Sachverhalt, auch wenn die Realisation der Rechtsbeeinträchtigung noch fehlt. Sie ist außerdem zwingend eine materielle Beteiligung, wovon die Frage, ob ein rechtlicher Konflikt vorliegt, zu unterscheiden und ergänzend zu untersuchen ist.

Eine bloße mittelbare Auswirkung auf rechtliche oder wirtschaftliche Interessen ist nicht ausreichend¹⁷¹. Andererseits erfordert aber der Schutzzweck von § 3 BeurkG und damit die Definition der Angelegenheit sowie letztlich des materiell Beteiligten eine nicht zu enge, dem Zweck der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Notars entsprechend weite Auslegung¹⁷². Praktisch ist freilich die Feststellung der materiellen Beteiligung und der Möglichkeit oder des sicheren Eintritts der Rechtsbeeinträchtigung schwierig. Jedoch ist die zunächst erforderliche objektive Einordnung eines Falles in die jeweilige Fallgruppe und die objektive Definition und Eingrenzung der Unparteilichkeit von der erst dann unter Umständen erforderlichen subjektiven Schutzbedürftigkeit

¹⁷¹ Mihm DNotZ 1999 S. 12.

¹⁷² BGH DNotZ 1985, 231, 232; Mihm DNotZ 1999, S. 12 m.w.N. in Fn. 15.

des Notars vor seiner Fehlentscheidung hinsichtlich der materiellen Beteiligung und dem Vorliegen eines Konflikts aus einer späteren ex ante Beurteilung zu trennen.

cc) Übliche Definition in der Literatur

Die Differenzierung zwischen dem materiellen und formellen Beteiligten wird vorwiegend bei der Beurkundung vorgenommen. Die dortigen Regeln können, wie gesehen, auf den Fall des § 24 Abs. 1 BNotO nicht uneingeschränkt übertragen werden. Trotzdem soll das übliche Verständnis des Begriffs vom materiell Beteiligten im Sinne des Beurkundungsrechts der Vollständigkeit halber erwähnt werden. Nach *Haug*¹⁷³ ist der materiell Beteiligte zwar ebenfalls nicht Ansuchender. Er sei aber – anlässlich des Geschäfts eines anderen – mit dem Notar in seinem eigenen Interesse, selbst oder durch einen anderen, in Verbindung getreten. Echte Dritte hätten dagegen überhaupt keine Verbindung zum Notar. Insofern ist ein Ansuchen im weiteren Sinne erforderlich, um „Beteiligter“ zu sein.

¹⁷³ Haug Rn. 24 und 36.

Die Rechtsprechung zur Notarhaftung gemäß § 19 BNotO versteht unter Dritten auch diejenigen, deren Interesse durch das Amtsgeschäft nach dessen besonderer Natur berührt wird und in deren Rechtskreis eingegriffen werden kann, selbst wenn sie durch die Amtsführung nicht unmittelbar betroffen werden und nicht zugegen sind¹⁷⁴. Inwieweit diesen gegenüber haftungsbewehrte Amtspflichten bestehen, soll hier noch unter dem Gesichtspunkt einer Klärung der Begrifflichkeiten dahinstehen¹⁷⁵. Der hier benutzte Begriff des materiell Beteiligten erfasst auch diesen „Dritten“, da die Definition auf den Sachverhalt und nicht auf das oben genannte „in Verbindung treten“ nach *Haug* abstellt. Danach wären echte Dritte nur diejenigen, die völlig jenseits des Sachverhalts, den der Notar betreut, stehen. Echte Dritte sind also Unbeteiligte. Zwischen ihnen und den formell Beteiligten stehen die materiell Beteiligten, weil die formell Beteiligten sie mit ihrem Ansuchen an den Notar aus der Masse der Unbeteiligten, unter Umständen gegen ihren Willen oder ihre Kenntnis, konkretisieren.

¹⁷⁴ OLG Dresden Urteil vom 20.8.1996, OLG Report 1996 S. 306; BGH DNotZ 1988, 372, 374; 1983, 509, 511; 1969, 507, 508 und 769, 771; 1960, 265, 269.

3. Zusammenfassung

Im Ergebnis bestehen die Fallgruppen aus der Frage, wer (1) an dem Ansuchen an den Notar im Sinne einer Zuständigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO beteiligt ist und (2) ob und wann eine rechtliche Gegenposition oder ein Konflikt vorliegt.

Kein Kriterium bildet demnach der Vertragstyp, auf den sich das Ansuchen in Gestalt der Beratung oder der Entwurfstätigkeit bezieht. Er würde dem Begriff einer Unparteilichkeit, bei dem es schließlich um einen rechtlichen Konflikt und nicht einen bestimmten Vertragstyp geht, nicht gerecht werden. So ist nicht jeder zweiseitige Vertrag rechtlich konflikträchtig und in der Lage, die Unparteilichkeit zu gefährden. Außerdem erfaßt ein Abstellen auf den Vertragstypus nicht den „Beteiligten“, was § 24 Abs. 1 mit § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO verbindet und somit den Anknüpfungspunkt für ihre Abstimmung aufeinander bietet. Allenfalls dient es als Indiz für die Existenz eines weiteren Beteiligten. So wird beispielsweise kaum ein Unternehmensverkaufsvertrag oder ein Erbvertrag

¹⁷⁵ Dazu unten unter E III 5 b, Seite 187.

entworfen werden können, ohne daß der Vertragspartner nicht zumindest abstrakt bekannt ist.

II. Existenz formell Beteiligter ohne Konflikt

In der ersten Fallgruppe sei der einfachste Fall dargestellt. Er geht davon aus, daß es nur formell Beteiligte an der Tätigkeit des Notars nach § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO gibt. Eine rechtliche Streitigkeit im Sinne widerstreitender Interessen liegt nicht vor und entsteht auch nicht später.

1. Fälle

Die fehlende Konflikträchtigkeit begründet sich vor allem dann, wenn die Tätigkeit des Notars im Interesse aller Beteiligten liegt oder aufgrund ihres Charakters streitige Interessen oder Konflikte gar nicht zuläßt. Vorwiegend ist das bei den Vollzugstätigkeiten der Fall¹⁷⁶, wenn es sich zum Beispiel um Grundbuch- oder andere Registeranträge handelt. Gleiches gilt für die Rangbestätigungen und Fälligkeitsmitteilungen. Schließlich sind grundsätzlich die

¹⁷⁶ Zur Vollzugstätigkeit z.B. Arndt/Lerch/Sandkühler - Sandkühler § 14 Rn. 49.

Fälle der Verwahrung, vor allem die Hinterlegung, und in eingeschränktem Maße die Treuhand zu nennen. Einfach stellt sich die Fallanalyse dar, wenn es nur einen formell Beteiligten und keine materiell Beteiligten gibt.

Die Fälle der ausgleichenden Beratung scheiden an dieser Stelle aus. Sie setzen gerade voraus, daß es einen Konflikt gibt, in dem vermittelt wird.

Dagegen können die Fälle der planenden Beratung und der Entwurfstätigkeit hier durchaus eine Rolle spielen. Allerdings können diese vielschichtigen Tätigkeiten bei jeder Fallgruppe subsumiert werden. Das Ziel einer Beratung oder Entwurfstätigkeit ist es regelmäßig, eine den materiell Beteiligten benachteiligende Regelung zu erreichen. Als Beispiel für eine Beratung oder eine Entwurfstätigkeit des Notars in dieser Fallgruppe könnte dienen, daß alle Mitgesellschafter den Notar um die Antwort in einer satzungstechnischen Frage ansuchen.

2. Fallanalyse

Wenn es zwei Parteien gibt, und diese sich einig sind, dann fehlt es an einer Grundvoraussetzung, um überhaupt die

abstrakte Möglichkeit einer Parteilichkeit zu schaffen und damit an einem diesbezüglichen Verhaltensgebot und letztendlich an der Chance, die Pflicht zur Unparteilichkeit zu verletzen: der Notar kann technisch und logisch gar nicht parteiisch sein, weshalb es sich bei dieser Fallgruppe um keine Risikogruppe für die notarielle Unparteilichkeit handelt.

Diese Schlußfolgerung setzt voraus, daß in den jeweiligen Fallkategorien gedacht wird. Die Grenzen sind fließend, zumal, wie ausgeführt, dem Notar eine parteiische Amtsführung immer möglich ist. Dadurch kann auch die vorliegende, grundsätzlich für die Unparteilichkeit unproblematische Fallgruppe problematische Fälle aufweisen. Es muß sich dann aber ein Fallgruppenkriterium verändert haben. Beispielsweise sind zwei formell Beteiligte die Parteien eines Kaufvertrages, der aus irgendwelchen Gründen und nicht aufgrund von §§ 311b, 925 BGB von dem Notar entworfen wird, weshalb er in den Anwendungsbereich des § 24 Abs.1 BNotO fällt. Die Angelegenheit läuft in Harmonie ab. Der Notar weist die Parteien darauf hin, daß sie die Möglichkeit haben, Leistung und Gegenleistung zu verzahnen, ein sinnvoller und angebrachter Rat, der wahrscheinlich insoweit angenommen

wird, als beide Parteien sich über die Möglichkeiten einer Verzahnung beraten lassen. Obwohl es zwei harmonisch und unstreitig agierende Parteien gibt, kann der Notar nun eine Art und Weise der Verzahnung, vielleicht hinsichtlich Umfang oder in ihrer Konzeption unausgewogen, vorschlagen, die eine Partei mehr begünstigt als die andere. Die Parteien wissen vielleicht gar nicht, was der Rat im Einzelnen bedeutet, und damit, daß ein Konflikt zwischen ihnen latent geworden ist. Erst durch den notariellen Rat wird diese erste Fallgruppe also verlassen.

III. Existenz formell Beteiligter und Konflikt

Unproblematisch ist auch der Fall, daß mehrere formell Beteiligte existieren, die den Notar gerade wegen seiner Unparteilichkeit aufsuchen. Sie befinden sich in einer zumeist schon „ausgebrochenen, offenen“ Konfliktsituation, in welcher der Notar vermitteln soll. Nur in seltenen Fällen ist ein Rechtsstreit anhängig oder sind Anwälte bereits beauftragt. Es handelt sich hier um die ausgleichende Beratung, also die Suche nach einem Vergleich, Mediation, Schlichtung. Zu dieser Fallgruppe gehört auch die Zuständigkeit des Notars im Rahmen von § 24 Abs. 1

BNotO, falls er beide Ehegatten über Eheverträge, sämtliche gesetzlichen Erben über die Erbfolge oder alle Beteiligten zur freiwilligen Auseinandersetzung von Gemeinschaften beraten soll.

In der Natur eines solchen Ansuchens liegt es, daß alle Beteiligten anwesend und mit dem notariellen Vorschlag zur Güte einverstanden sind. Da jede Vermittlung gleichzeitig zu einem Abrücken von der eigenen Position motiviert, würde der Notar mit jedem Rat zur Aufgabe einer einzelnen Position eines seiner Mandanten zu Gunsten des anderen auch parteiisch handeln. Insoweit ist jede ausgleichende Beratung auch eine punktuell parteiische Beratung. Mit ihrem Ansuchen haben sich die Mandanten mit dieser Vorgehensweise aber einverstanden erklärt. Außerdem haben sie das letzte Wort und damit die Entscheidung über ihre Position. Da es nur formell Beteiligte gibt, besteht nicht zu befürchten, daß die Beratungsleistung des Notars vom Ansuchenden einseitig durchgesetzt werden kann. Deshalb ergibt sich hier normalerweise kein Konflikt zur Neutralitätspflicht. Zumindest ist eine Gefährdung untypisch, weil es sich um eine Aufgabenzuweisung an den für diese Tätigkeiten aufgrund seiner Pflicht zur Unparteilichkeit prädestinierten Notar handelt.

Natürlich kann der Notar aber die eine Seite mehr und die andere, ihm sympathische Seite, weniger motivieren, die oftmals vertraglich vereinbarte oder gesetzlich vorgeschriebene Vermittlung erfolgreich zu beenden und damit parteiisch handeln¹⁷⁷.

IV. Existenz formell Beteiligter und Verstrickung des Notars in Konflikt

Andererseits ist denkbar, daß sämtliche formell Beteiligten nicht zwecks einer ausgleichenden Beratung den Notar aufsuchen, sondern daß er konfliktlösend und richtend, nicht vermittelnd tätig werden soll. Dies ist der Schiedsgedanke, der unter § 8 BNotO fällt, bei dem der Notar ebenfalls zur Unparteilichkeit verpflichtet ist.

Unter § 24 Abs. 1 BNotO fällt derselbe Fall jedoch, falls der Notar nicht als Schiedsrichter tätig wird, sondern vermittelnd und ausgleichend bei unterschiedlicher Interessenlage und Rechtsauffassung der formell Beteiligten tätig werden soll. Es ist möglich, daß der Notar die Ansicht eines Beteiligten bestätigt, daß seine Auffassung die richtige

¹⁷⁷ Zu „Vermittlung“ nach § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO und Neutralitätspflicht: Sorge MittBayNot 2001, 50 ff.

sei. Es kann ein Beteiligter die ihm vielleicht bereits bekannte Rechtsauffassung des Notars zu benutzen oder zu instrumentalisieren suchen. Vor allem finden sich hier die Fälle, wenn ein Vorgang beurkundet wurde und bei seiner Umsetzung und im Vollzug Streitigkeiten entstanden sind¹⁷⁸.

Der Notar ist in diesen Fällen besonders dann zu einer parteiischen Bearbeitung geneigt, wenn einer der formell Beteiligten ein Stammandant ist (Hausnotar), den er vielleicht zusätzlich auch als Rechtsanwalt in anderen Angelegenheiten regelmäßig betreut und den er unter Verletzung seiner Neutralitätspflicht im Zweifelsfall zu begünstigen sucht. Hierunter fallen auch Beratungen zur Auslegungen privatschriftlicher oder öffentlicher Urkunden.

In allen diesen Fällen, bei denen die formell Beteiligten unterschiedlicher Auffassung sind, ist die Unparteilichkeit des Notars gefährdet, und zwar unabhängig davon, ob der Notar vorher beispielsweise die streitige Klausel selbst beurkundet hat oder die formell Beteiligten den Vorgang erstmals an ihn herantragen. Die Fälle unterscheiden sich

¹⁷⁸ Zur Frage, ob Notar zu eigenen Klauseln Stellung nehmen muß: Eylmann/Vaasen - Hertel § 24 Fn. 20.

von dem Schiedsgedanken durch den Inhalt ihres Ansuchens, daß keine Vermittlung von Interessen gewünscht ist, sondern der Notar sagen soll, wie sich aus seiner Sicht die Sach- und Rechtslage darstellt. Oft geschieht das Ansuchen aller Beteiligten auf Initiative eines Beteiligten, der die anderen veranlaßt, gemeinsam mit ihm den Notar aufzusuchen.

War der Notar vorher beurkundend tätig, bleibt es ggf. den Beteiligten unbenommen, auf den Notar als Zeugen zurückzugreifen¹⁷⁹. Dort wird er aber Tatsachen bezeugen und nicht seine Rechtsauffassung kundtun.

Die Fälle, in denen die Beteiligten mit unterschiedlichen Auffassungen zum Notar kommen, nicht jedoch ausdrücklich eine Interessenvermittlung wünschen, sind hinsichtlich der Unparteilichkeit des Notars also typischerweise äußerst problematisch.

¹⁷⁹ Arndt/Lerch/Sandkühler - Sandkühler § 24 Rn. 23 am Ende.

V. **Existenz materiell Beteiligter ohne Konflikt**

Diese Fallgruppe unterscheidet sich von der ersten Fallgruppe¹⁸⁰ nur dadurch, daß bei ihr neben den formell Beteiligten auch eine oder mehrere Personen materiell beteiligt sind. Formell Beteiligte gibt es immer, weil der Notar mangels Ansuchen sonst nicht tätig wird. Wie schon dort, so gilt auch hier, daß der Notar überhaupt gar nicht parteiisch handeln kann, da keine rechtliche Gegenposition existiert oder neu begründet wird.

Die Existenz von materiell Beteiligten bei der notariellen Rechtsbetreuung ist der Regelfall. Gerade bei der Beratung und zur Entwurfsfertigung wird der Notar aufgesucht, um die Interessen des formell Beteiligten gegen einen materiell Beteiligten zu wahren. Die Ansuchenden wollen ihre Rechte erläutert wissen und diese gegen andere Personen einsetzen. Vor allem bei der Beratung und bei der Entwurfstätigkeit gibt es regelmäßig auch und deshalb eine rechtliche Gegenposition. Eine solche fehlt, wenn das Ansuchen im gleichlaufenden Interesse aller, einschließlich des nur materiell Beteiligten, steht. Beispielsweise sucht ein Gesellschafter den Notar zwecks Beratung in einer

¹⁸⁰ Vgl. dazu oben unter II, Seite 133.

Angelegenheit auf, die sich für den Mitgesellschafter positiv deshalb darstellt, weil sie auch in seinem Sinne erfolgt oder für die Gesellschaft günstig ist, er aber an einer Teilnahme verhindert war. Möglicherweise will der Ansuchende Kommanditanteile an einer gesunden KG übertragen. Oft betreut der Notar hier in Fragen der vorweggenommenen Erbfolge, der Beratung zur Rechtslage nach Eintritt eines Erbfalls oder sonstigen Fällen der entgeltlichen und unentgeltlichen Übertragung im familiären Bereich.

In dieser Fallgruppe sind die materiellen Beteiligten mit der von dem Notar erbrachten Betreuungsleistung inhaltlich einverstanden. Mangels Konfliktsituation besteht eine Gefährdung der Pflicht zur Unparteilichkeit nicht.

VI. Existenz materiell Beteiligter und Konflikt

Wenn es einen materiell Beteiligten gibt und diese Person eine rechtliche Gegenposition zu der Position des formell Beteiligten vertritt, ist die Unparteilichkeit des Notars regelmäßig gefährdet. Zu erinnern ist an die Fallgruppen unter III. und IV.

Voraussetzung für die Zugehörigkeit eines Falles in dieser Gruppe ist es, daß der Notar um die Existenz eines materiell Beteiligten tatsächlich positiv weiß. Auch muß ihm bewußt sein, daß seine Tätigkeit in der Situation einer rechtlichen Auseinandersetzung erfolgt. Naturgemäß hat der Mandant ihm davon im Wege seiner Darstellung des Falles berichtet.

Der Mandant fragt den Notar etwa, inwieweit Ansprüche eines Gegners begründet sind. Dies kann insoweit geschehen, als der Mandant „nur kurz“ die Rechtslage erläutert wissen will und ob es vielleicht nicht billiger ist anzuerkennen oder zu zahlen. Ein Kläger wird vermutlich direkt zum Rechtsanwalt gehen zur Begründung seiner Klage.

Allgemein gesprochen spielen hier die Fälle, in denen der Mandant einen Rechtsrat gegen einen benannten Gegner einholen und benutzen will. Zur Durchsetzung der Interessen des notariellen Mandanten kann es bereits ausreichen, wenn der Notar seinem Mandanten die Rechtslage skizziert oder selbst aufzutreten. Problematisch ist danach bereits der Fall, daß der Notar einem Mandanten die Möglichkeiten aufzeigen soll, unter denen er jemanden, den er auch benennt, enterben kann. Kündigungen, zum

Beispiel zur relativ übersichtlichen Frage ihrer Fristmäßigkeit, sind in dieser Fallgruppe genauso anzusiedeln wie Streitigkeiten zwischen Mitgesellschaftern oder gegenüber dem Geschäftsführer.

VII. Mögliche Existenz materiell Beteiligter, möglicher Konflikt

Es ist nicht stets der Fall, daß der Notar alle Beteiligten und die Konflikträchtigkeit des Falles positiv kennt. Er ist insofern von der korrekten Sachverhaltsschilderung seines Mandanten abhängig. Häufiger sind die Fälle, in denen der Notar sich erst selbst erschließen muß, daß es materiell Beteiligte und eine Konfliktsituation gibt.

Diese Erkennbarkeit bildet das Hauptproblem bei der Frage nach der Unparteilichkeit, da der Notar sich der Gefahr, gegen die Amtspflicht der Unparteilichkeit zu verstoßen, unter Umständen gar nicht bewußt ist oder, anders formuliert, für ausgeschlossen hält, später aber eines Besseren belehrt wird.

Insofern reicht die obige Begrenzung der Fallgruppen auf eine objektive Betrachtung der Fälle aus einer ex post

Position nicht. Vielmehr stellt sich eine weitere, subjektive Frage, die den Notar selbst im Auge hat und untersucht, inwieweit dem Notar die Erkennbarkeit des materiell Beteiligten oder der Konfliktrichtigkeit des Sachverhalts bewußt war.

Indessen kann an dieser Stelle, bei der es noch um die reine Darstellung von Fallgruppen geht, die Vorwerfbarkeit eines nur ex post festgestellten Verstoßes gegen das Unparteilichkeitsgebot dahinstehen. Es wird also weder untersucht, wann dem Notar die Gefährdung seiner Unparteilichkeit bereits im Zeitpunkt des Ansuchens hätte bewußt sein müssen, noch welche Maßstäbe er zur Erkennung dieser Gefahr anlegen muß¹⁸¹. Diese Frage wirft sich vielmehr erst dann auf, wenn materiell Beteiligte überhaupt Begünstigte und Benefiziere der Pflicht zur Unparteilichkeit sind (dazu sogleich E.).

Fest steht damit zunächst nur, daß die Fallgruppenbildung ein subjektives Element der Erkennbarkeit enthalten muß. Statt dem positiven Vorliegen einer Konfliktsituation wie vorstehend wird deshalb nun von der Erkennbarkeit einer Konfliktsituation zum Zeitpunkt der Amtsübernahme (ex

¹⁸¹ Vgl. dazu unten unter F I 1 b, Seite 299.

ante) gesprochen. Die Erkennbarkeit bezieht sich neben der Konfliktsituation auf die Frage, ob materiell Beteiligte dem Notar erkennbar vorliegen. Formell Beteiligte sind dem Notar schon aufgrund ihrer körperlichen Anwesenheit erkennbar, weshalb ihre Erkennbarkeit unproblematisch ist. Stellt sich ex post heraus, daß der Notar parteiisch handelte, so rückt die Fallgestaltung von einer ex ante vermeintlich unproblematischen in eine ex post problematische Fallgruppe.

Entsprechend der vorangegangenen Bildung von Fallgruppen scheinen sich damit vier Differenzierungen zu ergeben. Indessen muß für eine Parteilichkeit des Notars immer eine rechtliche Gegenposition vorliegen. Wenn dem Notar eine solche erkennbar ist, ist ihm auch automatisch die Existenz eines materiell Beteiligten erkennbar. Den Fall, daß dem Notar also zwar eine Streitigkeit, nicht aber die Existenz des materiell Beteiligten erkennbar ist, gibt es somit nicht. Insofern lassen sich nur drei Untergruppen bilden.

1. Beteiligte erkennbar, Konflikt nicht erkennbar

In der ersten Fallgruppe ist dem Notar zum Zeitpunkt des Ansuchens bereits erkennbar, daß über den Ansuchenden hinaus jemand materiell beteiligt ist. Allerdings stellt dieser materiell Beteiligte aus Sicht des Notars keine rechtliche Gegenposition dar, die Angelegenheit scheint für ihn neutral oder in seinem Sinne zu sein. Diesbezüglich irrt der Notar.

Die Erkennbarkeit des materiell Beteiligten ergibt sich regelmäßig aus dem Sachverhalt. Die Feststellung des rechtlichen Konflikts ist dagegen schwieriger, zumal sie von der Sachverhaltsschilderung durch den Ansuchenden abhängt und dieser dem Notar schlicht und einfach mitteilen mag, daß der materiell Beteiligte einverstanden sei. Es ist möglich, daß die Konfliktsituation auch erst auf dem notariellen Rat, den der formell Beteiligte zulasten des materiell Beteiligten umsetzen will, beruht.

Das ist bei Entwurfstätigkeiten häufig der Fall, wenn dem formell Beteiligten der notarielle Entwurf eines Vertrages, einer Satzung oder eines Testamentes verbesserungsbedürftig erscheint. Es ist auch möglich, daß der Streit auch erst nach dem Ansuchen und durch einen Sinneswandel bei dem materiell Beteiligten entstanden ist.

Häufiger dürfte es sein, daß der Ansuchende dem Notar den Sachverhalt nicht richtig mitgeteilt hat: Beispielsweise berät er den Mandanten A zu der Frage, wie dieser Vermögenswerte auf B übertragen kann, geht aber zu Unrecht davon aus, daß der materiell Beteiligte C mit dieser Regelung einverstanden ist.

a) Fälle

Hierzu gehört etwa der Fall, daß der Notar zum Treuhänder bestellt wird und sich die Interessen eines Dritten aus dem Hinterlegungszweck ergeben: Der Notar nimmt etwas in Verwahrung, was zwar offensichtlich die Interessen eines Dritten berührt; diese Verwahrung steht aber naturgemäß und noch unwiderlegt in dessen Interesse.

Oft stehen hier ferner Fälle der Vollzugstätigkeit zur Debatte, in den nachträglich Konflikte entstehen.

Häufig ist auch die Inanspruchnahme der betreuenden Beratung durch den Notar, daß ein von einem anderen Notar gefertigter Vertragsentwurf überprüft werden soll. Die reine Überprüfung greift noch in keine Interessen der materiellen Beteiligten ein; hierzu kann es aber bereits durch das

Ergebnis der Überprüfung und den notariellen Rat kommen, zumal häufig der Ansuchende mit dem Überprüfungsvortrag die Absicht verknüpft, eine einseitige Stellungnahme des Notars zu seinen Gunsten zu erhalten und diese im Rechtsverkehr umzusetzen.

Solche Fälle sind im Gesellschaftsrecht und bei erbrechtlichen Beratungen häufig. In der Praxis zunehmend von Bedeutung ist auch die Bitte an den Notar, einen Vertragsentwurf eines materiell Beteiligten dahingehend zu überprüfen, ob steuerliche Auswirkungen zu seinem Nachteil damit verbunden sind, gleichzeitig verknüpft mit der Bitte, einen Gegenentwurf zu fertigen.

Vor dem Hintergrund, daß Aufgabe des Notars auch gerade der Schutz von geschäftlich Unerfahrenen ist, sind Fragen der Ausgewogenheit von Vertragsentwürfen, insbesondere die Bewertung der darin als Allgemeine Geschäftsbedingungen enthaltenen Regelungen, zunehmend Gegenstand isolierter Beratungsaufträge an den Notar.

b) Fallanalyse

Bei der hier vorliegenden Fallgruppe geht es somit sowohl um konkrete, einseitige Beratungen als auch um vermeintlich objektive, abstrakte und gutachterliche Fragen. Vor allem letztere müssen nicht unbedingt einen Konflikt mit sich bringen, wenn der Mandant einfach wissen will, woran er mit dem Vertrag ist, den er unterschreiben wird. In allen diesen Fällen entsteht später trotzdem ein Konflikt, den der Notar mit seiner Betreuung gefördert oder begründet hat, er bei einer ex post Betrachtung also parteiisch war.

Erinnert sei daran, daß mit diesen Fallgruppen nur grundsätzliche Fallgestaltungen aufgezeigt und eingeordnet werden können. Einer abstrakten Vertragsüberprüfung mag der materiell Beteiligte womöglich noch neutral gegenüberstehen und diesem als „gutem Recht“ des formell Beteiligten gleichgültig entgentreten. Insofern besteht kein Konflikt mit seiner Pflicht zur Unparteilichkeit.

Wenn der Mandant aber konkrete Vorschläge zur Verbesserung der eigenen rechtlichen Situation begehrt, so entsteht eine Konfliktsituation innerhalb der hier vorliegenden Fallgruppe gegeben, weil der Konflikt zumindest dann für den Notar, der den zu überprüfenden,

„gegnerischen“ Entwurf vor sich hat und hierauf ein Bild über die Interessenlage des materiell Beteiligten stützen kann, absehbar wird. Hier wird der Unterschied zwischen der subjektiven, vermeintlichen Unparteilichkeit ex ante und der objektiven Parteilichkeit bei einer ex post Betrachtung deutlich. Die Folgen eines Amtspflichtverstoßes, der ex ante nicht vorhersehbar war, werden weiter unten zu erörtern sein¹⁸².

2. Beteiligte nicht erkennbar, Konflikt nicht erkennbar

Waren dem Notar weder die Existenz des materiell Beteiligten noch diejenige einer rechtlichen Gegenposition erkennbar war, kommt es für die Konsequenzen letztlich ebenfalls auf die subjektive Seite an.

In der Praxis liegt es in der Regel an einem vielleicht unklar oder fehlerhaft formulierten Ansuchen, ob der Notar diese Voraussetzungen erkennen konnte. Vor allem bei dem Entwurf oder einer inhaltlichen Beratung bei Musterverträgen, beispielsweise für Bauträger, Wohnungsgesellschaften oder auch die öffentliche Hand,

¹⁸² Vgl. dazu unten unter F II, Seite 325.

kann der Notar in der Regel weder die zukünftigen materiell Beteiligten noch die rechtliche Konfliktsituation erkennen. Ob er an den von ihm empfohlenen auftauchenden Interessengegensätzen schon eine potentielle Konfliktsituation erkennen kann, hängt vom Einzelfall ab.

Dahinstehen kann aufgrund der gleichen Konsequenzen für diese wie für die vorstehenden Fallgruppen, ob dem Notar bei der Formulierung von Texten, die als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu werten sind, oder bei den Beratungen zu Sicherungsmöglichkeiten die Existenz von materiell Beteiligten typischerweise klar ist und diese Tätigkeiten deshalb vorstehend einzuordnen sind, oder ob sie zu dieser Ziffer gehören, weil die Tätigkeit abstrakt und adressatlos ist, mit der Folge, daß sich der materiell Beteiligte erst dann konkretisiert, wenn der Entwurf des Notars später auch tatsächlich im Rechtsverkehr zum Einsatz kommt. Ähnlich liegt dies bei erbrechtlichen Beratungen und Entwürfen, wenn unter Umständen noch Erbprätendenten mit eigenen Ansprüchen erst nach abgeschlossener notarieller Tätigkeit hinzukommen. Da es typischerweise im Erbrecht materiell Beteiligte gibt, ist dieses Rechtsgebiet ein Beispiel für die Überschneidungen und Problematik der ersten beiden Fallgruppen.

3. Beteiligte erkennbar, Konflikt erkennbar

In dieser dritten Fallgruppe ist dem Notar bereits bei der Übernahme seiner Tätigkeit die Konfliktsituation erkennbar. Allein deshalb ist ihm auch der materiell Beteiligte erkennbar, wenn dieser nicht schon formell Beteiligter ist.

Weil die Erkennbarkeit der Gegenpartei von der Erkennbarkeit des rechtlichen Konflikts abhängt, ist diese Fallgruppe parallel zu beurteilen mit der obiger Fallgruppe unter VI., welche die Fälle auffängt, in denen der materiell Beteiligte und ein Konflikt bereits positiv ex ante existierten.

Deshalb ist auch hier besonders auf die Beratung in der Prozeßsituation und auf testamentarische Regelungen zum Nachteil gesetzlicher Erben oder sonstige einseitige Rechtsgeschäfte hinzuweisen. Bei der Beratung zur Auslegung oder zur Konzeption eines Testamentes, bei der ein Berechtigter vom Erbe oder Pflichtteil ausgeschlossen werden soll, muß dem Notar klar sein, daß sich dieser wehren könnte und typischerweise wohl auch wird. Zumindest wird er eine eigene, vom Erblasser abweichende Meinung zu seinem Ausschluß haben, was insofern für die

Annahme eines Konfliktes ausreicht. Dieser Konflikt spielt auf einer tatsächlichen Ebene und in der tatsächlichen Erwartungshaltung des materiell Beteiligten, ohne daß es darauf ankommt, ob seine Erbposition gesichert ist. Es reicht jeder für ihn zu erwartende Nachteil durch die parteiisch notarielle Rechtsberatung¹⁸³. Andererseits wurde bereits oben darauf hingewiesen, daß die reine Information über die Rechtslage, ohne daß *in concreto* Maßnahmen eingeleitet werden sollen, nicht für den Notar erkennbar konfliktträchtig ist. Denn zu einer „Enterbung“ gehört beispielsweise auch die Darstellung der Rechtslage zu Pflichtteilsansprüchen. Insofern liegt dann ein beratender Einfluß auf die Willensrichtung und die Entscheidung noch nicht vor.

Das gilt auch in dem Fall, daß der Notar im Rahmen der Inanspruchnahme gemäß § 24 Abs. 1 BNotO zum Widerruf eines Testamentes oder eines Erbvertrages rät oder die Zustellung zur Herstellung der Wirksamkeit einer Widerrufserklärung übernimmt, wenn insoweit nicht schon ein Widerspruch mit seiner fortwirkenden Neutralitätspflicht aus der Beurkundung der letztwilligen Verfügung

¹⁸³ Vgl. oben unter C II 1 b, Seite 71.

herzuleiten ist. Konflikt und Gegner sind dem Notar bei jedem Rat, sein Mandant solle vertragliche Gestaltungsrechte ausüben, erkennbar.

Als Beispiel aus dem Gesellschaftsrecht gehört hierzu im Gegensatz zu den obigen unproblematischen Beispielen die einseitige Beratung und Interessenwahrnehmung bei der Gestaltung von Gesellschaftsverträgen oder der Beratung zu Vorschriften im Gesellschaftsvertrag, welche etwa die erforderliche Mehrheit bei Gesellschafterbeschlüssen oder Vertretungsfragen berühren.

VIII. Sonderfall des § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO

Gemäß § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO ist der Notar befugt, die Beteiligten vor Gerichten und Verwaltungsbehörden, aber auch nur diesen, zu vertreten.

Regelmäßig vertritt er nur die formell Beteiligten, bei den materiell Beteiligten fehlt es grundsätzlich an dem erforderlichen Ansuchen. Es sei daran erinnert, daß diese formell Beteiligten auch materiell Beteiligte eines vorherigen Beurkundungsvorgangs sein können, weil § 24

Abs. 1 BNotO insofern ein eigenständiger Beteiligtenbegriff zugebilligt wurde.

Wenn der Notar die formell Beteiligten vor Gericht vertritt und ihre Interessen damit wahrnimmt, wendet er sich gegen die Interessen eines anderen, notwendigerweise materiell Beteiligten. Dieser materiell Beteiligte ist entweder der Gegner im Prozeß und Rechtsstreit oder es ist eine Behörde. § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO stellt also einen Sonderfall in der Fallgruppe unter der Nummer VI, daß dem Notar Konflikt und materiell Beteiligter tatsächlich bekannt sind, dar. Insofern ist auch hier regelmäßig ein Widerspruch zwischen seiner Betreuung und seiner Neutralitätspflicht ersichtlich.

Es mangelt indessen an der insoweit erforderlichen Konfliktsituation, wenn der Notar den Ansuchenden gegenüber der Behörde im Rahmen zum Beispiel einer Antragstellung vertritt. Dann fällt die Tätigkeit des Notars als Sonderfall in oben genannte Fallgruppe V, weshalb die Unparteilichkeit nicht gefährdet ist.

Soweit der Antrag aber vom Notar „vertreten“ werden muß, ist schon eine Streitigkeit aufgrund einer abweichenden Auffassung der Behörde anzunehmen. Besonders bei Anträgen kann der Sachverhalt jederzeit von einer

hinsichtlich der Unparteilichkeit unproblematischen Fallgruppe in eine problematische Fallgruppe wechseln. Das ist vor allem dann der Fall, wenn ein materiell Beteiligter zu der ursprünglich unproblematisch zulässigen notariellen Vertretung hinzutritt und seine Rechte gegen den Mandanten des Notars geltend macht.

E. Objektive Eingrenzung der Pflicht zur Unparteilichkeit

In den meisten soeben dargestellten Fallgruppen (D.) ist die Pflicht des Notars zur unparteilichen Betreuung typischerweise gefährdet. Die Gegensätzlichkeit und Widersprüchlichkeit der Verbindung der beiden Begriffe einer „unparteilichen Betreuung“ zu einer entweder klarstellenden oder doch widersprechenden, die Notartätigkeit durch die Unparteilichkeit begrenzenden Aussage, bedarf vor dem Hintergrund dieser Fallgruppen nun einer entsprechenden Erörterung.

I. Zusammenfassung der vorigen Untersuchungen

Die konkreten Grenzen und der Umfang der Pflicht zur Unparteilichkeit bei der Betreuungstätigkeit des Notars

konnten weder allgemein-abstrakt noch anhand von Fallgruppen richtig bestimmt und dargestellt werden.

Die Fallgruppen machten aber deutlich, daß besonders bei der planenden Beratung und der Entwurfstätigkeit des Notars die Unparteilichkeit gefährdet ist. Beides sind Tätigkeiten, die vor allem in den Zuständigkeitsbereich des Rechtsanwalts fallen. Somit bestätigt sich die eingangs formulierte Vermutung, daß sich die notarielle Tätigkeit gemäß § 24 Abs. 1 BNotO mit der anwaltlichen Interessenwahrnehmung erheblich überschneidet.

Insbesondere die Einbeziehung des materiell Beteiligten als Begünstigten des Überparteilichkeitsgebots bekräftigt diese Wahrnehmung. Durch seine Einbeziehung wird die Bildung und Darstellung der Fallgruppen erheblich komplizierter als wenn nur der formell Beteiligte Begünstigter der notariellen Unparteilichkeitspflicht wäre. Betrachtet man die Unparteilichkeit des Notars bei Ansuchen nach § 24 Abs. 1 BNotO im Hinblick auf den materiell Beteiligten, gewinnt das subjektive Kriterium der Erkennbarkeit von materiell Beteiligten und Konfliktpotential an Bedeutung. Dagegen ist ein Sachverhalt, welcher sich auf formell Beteiligte beschränkt, ungleich einfacher und klarer. Hier fehlt

einerseits die subjektive Problematik der Erkennbarkeit, andererseits ermahnt die reine Anwesenheit des oder der formell Beteiligten den Notar zur unparteilichen Amtsausübung.

Daraus ergibt sich das Dilemma, daß in dem Fall, daß auch der materiell Beteiligte Benefiziar der notariellen Überparteilichkeit ist, die Problematik, Unparteilichkeit und Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO zu vereinbaren, in den subjektiven Bereich der Erkennbarkeit der Existenz eines materiell Beteiligten und der Konflikträchtigkeit des Ansuchens verlagert. Neben der Schwierigkeit, einen Maßstab für die Erkennbarkeit abstrakt vorzuschlagen und gleichzeitig praktisch für den einzelnen Notar handlich zu machen, würde als Ergebnis feststehen, daß die umfassende Pflicht zur Unparteilichkeit den Zuständigkeitsbereich des Notars gemäß § 24 Abs. 1 BNotO objektiv erheblich verkürzen würde.

Diese Folgeproblematik besteht nicht, wenn die notarielle Pflicht zur Unparteilichkeit in Bezug auf beide Kriterien objektiven, immanenten Grenzen unterliegt – der materiell Beteiligte also nicht Begünstigter der Überparteilichkeit ist. Der Erfolg einer solchen Lösung würde sich schon in der

erheblich reduzierten Zahl der Fallgruppen plakativ widerspiegeln.

II. Verhältnis zwischen Unparteilichkeit und Betreuungstätigkeit

Es wurde festgestellt, daß mit der Wahl des Ausdrucks „unparteiischer Betreuung“ in § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO zwei unbestimmte Rechtsbegriffe zu einem zusammenstehenden Ausdruck zusammengefügt wurden¹⁸⁴. Diese Kreation bildet zunächst einen Widerspruch, worauf ebenfalls hingewiesen wurde.

Dieser Widerspruch löst sich zunächst möglicherweise dann, wenn die Unparteilichkeit die Betreuung inhaltlich begrenzt oder umgekehrt. Dann käme das eine nur unter der Maßgabe des anderen zur Anwendung. Weiterhin ist denkbar, daß die beiden durch die einzelnen Begriffe beschriebenen Felder genug Raum für eine ungestörte Parallelität ohne Schnittmenge lassen.

In beiden Fällen würde eine „unparteiische Betreuung“ Sinn machen. Der zusammengesetzte Ausdruck würde objektiv

widerspruchsfrei sein. Im ersten Fall würde eine absolute Dominanz der „Betreuung“ die Unparteilichkeit in den Hintergrund drängen und damit nicht mehr nach dem Begünstigten der Amtspflicht, also etwa dem materiell Beteiligten, auszurichten sein. Würde die „Unparteilichkeit“ dominieren oder, wie im zweiten Fall einer parallelen Wertigkeit der einzelnen Begriffe, zumindest im wesentlichen anwendbar sein, so wäre die Bestimmung des Begünstigten der Unparteilichkeit nach wie vor wesentlich zur objektiven Eingrenzung der Unparteilichkeit bei Tätigkeiten nach § 24 Abs. 1 BNotO. Anders formuliert: drängt die „Betreuung“ die Unparteilichkeit nicht völlig in den Hintergrund, so ist entscheidend, ob Begünstigter der Unparteilichkeit nur der formell Beteiligte ist. Ist dies der Fall, dann grenzt das Kriterium der Begünstigung die „unparteiischen Betreuung“ bereits objektiv erheblich ein.

Es wird daher im folgenden zunächst untersucht, wie die einzelnen Bestandteile des Begriffs „unparteiischer Betreuer“ zueinander stehen.

¹⁸⁴ Vgl. zu dieser Untersuchung noch allgemein oben unter C II 8 b, Seite 111.

1. Zulässigkeitsregelung und Zuständigkeitsvorschrift

Eine begriffliche Dominanz, die entweder „unparteiisch“ oder „Betreuung“ völlig streichen würde, gibt es aber nicht.

Denn bei der Betreuung nach § 24 Abs. 1 BNotO handelt es sich um eine Zuständigkeitsvorschrift für eine gewisse Art von notarieller Amtsführung. Die Amtspflicht zur Unparteilichkeit gemäß § 14 Abs. 1 S. 2, 2 und 3 BNotO behandelt dagegen die Zulässigkeit der Amtsausübung. Zuständigkeit oder Zulässigkeit sind aber zwei verschiedene Bereiche, die sich weder begrifflich noch inhaltlich auslöschen oder einschränken. Demnach ist § 24 Abs. 1 BNotO mit seinem Zuständigkeitskatalog wegen des Überparteilichkeitsgebots genausowenig obsolet oder leergehend ist wie er Aufruf an Notar, auch bei Tätigkeiten nach § 24 Abs. 1 BNotO unparteilich zu handeln.

Es existiert deshalb eine sinnvolle „unparteiliche Betreuung“. Dieser verknüpfte, unbestimmte Begriff ist also nicht sinnentleert, sondern nur ein begrifflicher und scheinbarer, niemals aber ein tatsächlicher Widerspruch. Die aus den Begriffen entnommene Vermutung, ein solcher Widerspruch bestehe zumindest punktuell nicht, bestätigt

sich also. Es ist festzuhalten, daß kein Widerspruch zwischen Unparteilichkeit und Betreuung existiert.

Damit ist aber lediglich geklärt, daß es eine sinnvolle und logische „unparteiische Betreuung“ gibt. Inwiefern und warum sie sinnvoll ist, bleibt vorerst fraglich. Weil beide Begriffe für sich, und somit die Verknüpfung der unparteilichen Betreuung ebenso, unbestimmte Rechtsbegriffe sind, richtet sich diese Untersuchung auf das Verhältnis zwischen Zuständigkeit und Zulässigkeit sowie auf die jeweilige Grenze von Zuständigkeit und Zulässigkeit.

2. Begrenzte Zuständigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO

Festgestellt wurde, daß § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO eine Zulässigkeitsvorschrift ist und dem Notar ein entsprechendes Verhalten abverlangt, während § 24 Abs. 1 BNotO eine Zuständigkeitsvorschrift ist.

Daraus folgt, daß die Betreuung gemäß § 24 Abs. 1 BNotO nur unter der Prämisse und Maßgabe ihrer Zulässigkeit unter dem Maßstab der Unparteilichkeit erfolgt. Die Amtspflicht zur Unparteilichkeit stellt sich somit als systematische

Außergrenze der notariellen Zuständigkeit im Rahmen von § 24 Abs. 1 BNotO dar. Diese Außergrenze kann grundsätzlich ausgefüllt werden¹⁸⁵.

a) Keine schlechtere Betreuung als durch den Rechtsanwalt

Damit erhält der Ansuchende eine Rechtsbetreuung unter dem einschränkenden Aspekt der Unparteilichkeit. Eine Rechtsberatung durch den Rechtsanwalt unterliegt dieser Prämisse nicht.

Deshalb ist die notarielle Rechtsbetreuung aber keine schlechtere Aufgabenerfüllung als eine völlig parteiische Rechtsbetreuung durch den Rechtsanwalt. Denn die notarielle Rechtsbetreuung ist eine andere als die anwaltliche Interessenwahrnehmung. Sie ist ein *aliud*, gekennzeichnet durch Neutralität im Gegensatz zur Parteilichkeit. Die notarielle Beratung ist somit eine andere und nicht eine schlechtere Beratung als die parteiische Beratung desselben Mandanten durch den Anwalt.

¹⁸⁵ Ähnlich Schippel - Reithmann § 24 Rn. 43.

b) Wechselwirkung von Zuständigkeit und Zulässigkeit

Die Unparteilichkeit als ihre Außengrenze macht die Zuständigkeit des Notars zur Betreuung auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege zu einer relativen Zuständigkeit. Zulässigkeit der und Zuständigkeit für die Tätigkeit stehen in Abhängigkeit voneinander:

Je weiter oder enger man das eine zieht, desto weiter oder enger wird das andere. Wenn man die Pflicht zur Unparteilichkeit sehr strikt ansetzt, dann ist das Feld der Betreuung durch den Notar ebenfalls sehr eng gezogen. Anders formuliert: Je weniger die Unparteilichkeit gilt, desto mehr ist notarielle und parteiische Betreuung möglich. Je nach der Enge oder der Weite der zulässigen Betreuung bei Konfliktfällen ergibt sich eine deutliche Einschränkung der beruflichen Tätigkeit oder eine Erweiterung des notariellen Tätigkeitsbereichs¹⁸⁶.

Ausgangspunkt für eine Begrenzung der Zuständigkeit des Notars nach § 24 Abs. 1 BNotO ist damit allein der Umfang der Zulässigkeit seiner Tätigkeit. Die Unparteilichkeit allein prägt das Verhältnis von Unparteilichkeit und erlaubter Betreuungstätigkeit; die Grenzen der Unparteilichkeit

bestimmen den Umfang der Betreuung. Wenn die notarielle Betreuung gemäß § 24 Abs. 1 BNotO sehr umfangreich verstanden werden will, ist dazu erforderlich, das Unparteilichkeitsgebot einschränkend zu verstehen.

c) Zu weites Verständnis des Unparteilichkeitsgebots

Dabei ist daran zu erinnern, daß das Gesetz Unparteilichkeit und Betreuung grundsätzlich parallel nebeneinander vorsieht und §§ 14 Abs. 1 S. 2 und 24 Abs. 1 BNotO mit Zulässigkeit und Zuständigkeit Unterschiedliches regeln. Somit darf der Umfang der Neutralität nicht so weit gezogen werden, daß der notariellen Zuständigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO der Boden entzogen wird.

Ferner unterliegt die Interpretation des Unparteilichkeitsgebots dem Gebot der Einheitlichkeit. Jegliche Überlegungen zur Eingrenzung der Unparteilichkeit müssen deshalb übergreifend und grundsätzlich auch über die notarielle Zuständigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO hinaus vorgenommen werden. Denn die Amtspflicht zur Unparteilichkeit kann nicht je nach gerade

¹⁸⁶ Eylmann/Vaasen - Hertel § 24 Rn. 8.

anliegender Tätigkeit unterschiedlich definiert, ausgelegt und verstanden werden. Ansonsten würde die jeweilige Tätigkeit des Notars den Umfang seiner jeweils geltenden Amtspflicht bestimmen, wozu eine Zuständigkeitsvorschrift nicht die Kraft haben kann.

d) Zu enges Verständnis des Unparteilichkeitsgebots

Verzichtet man weitgehend auf eine konsequente Anlegung der Maßstäbe der Unparteilichkeit bei der Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO, so verstößt man zunächst ebenfalls gegen den soeben dargestellten Grundsatz, die notariellen Amtspflichten einheitlich zu verstehen.

Ferner würde man die Zuständigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO zu weit ausdehnen. Grundsätzlich ist zwar mit § 24 Abs. 1 BNotO die Überschneidung des notariellen Tätigkeitsfelds mit der Betreuung durch andere Rechtsberater bezweckt. Jedoch prägen unterschiedliche Berufspflichten den jeweiligen Rechtsberater und damit auch den Inhalt seiner Leistung. Die notarielle Beratung wurde oben als *aliud* zur anwaltlichen Beratung bezeichnet. Dies wurde anhand der notariellen Neutralitätspflicht begründet, welche das notarielle Verhalten auch bei der

Betreuung prägt. Diese Berufspflicht gilt bei der Betreuungstätigkeit vollständig und darf als Zulässigkeitsregelung nicht von einer Zuständigkeitszuweisung an den Notar aber nicht ausgehöhlt werden. Schließlich begrenzt grundsätzlich die Zulässigkeit die notarielle Zuständigkeit, nicht umgekehrt, eben jedoch aber auch nicht derart, daß die Betreuung völlig ausgehöhlt würde (oben c).

Geht es dann nicht mehr um die vollständige Aushöhlung der Pflicht zur Unparteilichkeit, so ist freilich im weiteren die graduelle Frage problematisch, inwieweit auch eine geringe Beschneidung der Unparteilichkeit mit ihrem Wesen vertretbar ist.

Im Ergebnis läßt sich festhalten, daß die gegenseitige Begrenzung und Systematik von Zulässigkeitsvorschrift und Zuständigkeitsvorschrift den jeweilig anderen Kern bewahren muß. Folglich gibt es eine „unparteiische Betreuung“, ohne daß dies für eines der beiden Kriterien eine leere Hülle wäre.

3. Vereinbarkeit mit Art. 12 GG

Wenn die Zuständigkeit des Notars unter der Prämisse seiner Unparteilichkeit steht, ist die notarielle Berufsausübung beschränkt. Unter Umständen, nämlich im Fall der Parteilichkeit des Notars, ist ihm die Berufsausübung sogar versagt. Damit ist das Grundrecht des Notars auf Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG tangiert.

Der Notar übt aufgrund seiner Beleihung und als Teil der staatlichen Organisation einen staatlich gebundenen Beruf¹⁸⁷ aus. Seine Aufgaben und Tätigkeitsbereiche sind folglich ebenfalls staatlich verliehen und gebunden. Der Stellung des Notars wird vom Rechtsverkehr und vom „Beleiher“ Vertrauen entgegengebracht, das insbesondere in der Beurkundung Niederschlag und Prägung findet. Parteilichkeit würde dem Amt und der Würde des Notars unabhängig von der Art seiner Tätigkeit schaden, so daß er eventuell die ihm übertragenen Funktionen im Bereich der Rechtspflege nicht mehr in dem geforderten Umfange wahrnehmen kann. Das öffentliche Interesse, diese Aufgaben im Sinne der staatlichen Vorstellung auszuführen,

¹⁸⁷ Begriff nach Triepel S. 18; im übrigen Rossak § 5 II, S. 88 ff, 90 bis 145.

setzt sich im Wege der Abwägung letztendlich gegenüber der Berufsfreiheit des Notars durch¹⁸⁸.

Es ist damit nicht problematisch, daß die Pflicht des Notars zu einer unparteilichen Amtsführung unter Umständen seine Zuständigkeiten auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege beschneidet.

III. Eingrenzung der Pflicht zur Unparteilichkeit anhand ihres Begünstigten

Die Zulässigkeit der notariellen Tätigkeit nach § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO begrenzt in wirksamer Weise die Zuständigkeit des Notars und den Umfang seiner Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO. Der Notar ist immer und nur dann für die Betreuung zuständig, wenn seine Unparteilichkeit nicht gefährdet ist. Der Ansatzpunkt, um das Verhältnis zwischen Unparteilichkeit und Betreuung zu klären, ist also allein die Unparteilichkeit, wie vorstehend festgestellt werden konnte.

Rein inhaltlich konnte die Unparteilichkeit nicht derart abschließend dargestellt oder definiert werden. Es ist damit

¹⁸⁸ BVerfGE 47, 285 ff, 318 ff; 17 381, 386; 17, 371ff, 379 ff; 16 6, 21 ff, 23; Römer S. 50 ff; Eue FS Schippel, S. 599 ff; Habscheid NJW 1964, 1502, 1506.

nach wie vor im einzelnen unklar, wo die Unparteilichkeit schon oder noch gilt und wo die Grenze zur Parteilichkeit schon überschritten wurde. Diese mangelnde Faßbarkeit ist typisch für unbestimmte Rechtsbegriffe¹⁸⁹.

Die Fallgruppen zeigten, daß vor allem die Fälle problematisch sind, in denen es um die Erkennbarkeit einer rechtlichen Konfliktsituation subjektiv für den Notar ging. Diese Problematik beruhte vorwiegend auf der Einbeziehung des materiell Beteiligten. Wenn man diesen aus dem Kreis der Begünstigten der Pflicht zur Unparteilichkeit streicht, dann dürfte der Notar materiell Beteiligten gegenüber parteiisch handeln. Schon die erhebliche Reduzierung der Anzahl von Fallgruppen zeigt, daß dadurch die Pflicht zur Unparteilichkeit wesentlich objektiv begrenzt werden könnte. Diese objektive Begrenzung der Pflicht zur Unparteilichkeit auf formell Beteiligte würde die subjektive Schwierigkeit der Erkennbarkeit fast vollständig auflösen¹⁹⁰.

Deshalb wurde eingangs dieses Abschnitts festgehalten, daß ein Kriterium zur objektiven Eingrenzung der Pflicht zur

¹⁸⁹ Vgl. dazu insgesamt Teil C II, Seite 63 ff.

¹⁹⁰ Vgl. dazu bereits oben E I, II 2, Seite 157 ff, 163.

Unparteilichkeit ihr Begünstigter oder Benefiziar ist. Das Gesetz in § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO, der von Unparteilichkeit gegenüber „den Beteiligten“ spricht, in § 24 Abs. 1, der dem Notar die Zuständigkeit für betreuende Ansuchen „der Beteiligten“ zuspricht, die Richtlinien der Kammern und die Fallgruppen rücken „den Beteiligten“ in den Mittelpunkt der Problematik. Über seine Identität kann die Pflicht zur Unparteilichkeit deshalb möglicherweise objektiv eingegrenzt werden, weil er Begünstigter des Überparteilichkeitsgebots ist.

Mit diesem Ansatz würde die Pflicht zur Unparteilichkeit aber nicht über die Zuständigkeitsvorschrift des § 24 Abs. 1 BNotO oder über die jeweilige notarielle Tätigkeit eingegrenzt werden. Dazu sind die Zuständigkeitsvorschriften als solche nicht in der Lage. Auch der Beteiligtenbegriff begrenzt die Zulässigkeit notarieller Unparteilichkeit nicht, weil dieses ein abstrakt definierter Begriff ist. Die Untersuchung bezieht sich vielmehr auf den Begünstigten der notariellen Tätigkeit, welcher freilich auch „Beteiligter“ der notariellen Tätigkeit ist. Dabei kann sich ergeben, daß der Kreis der Begünstigten einer Beurkundungstätigkeit nicht identisch mit dem Kreis

der Begünstigten eine Betreuungstätigkeit ist, wozu es aber deutlicher Anhaltspunkte bedarf.

Die Untersuchungen bislang dürften klagemacht haben, daß Benefiziar der Pflicht zur Unparteilichkeit „der Beteiligte“ ist. „Unbeteiligte“, also „Dritte“, gehören nicht dazu. Damit ist die Pflicht zur Unparteilichkeit zunächst auf selbstverständliche Art objektiv eingegrenzt: sie gilt nicht Unbeteiligten gegenüber. Indessen ist fraglich, ob sie den materiell Beteiligten gegenüber gilt oder ob diese insoweit ebenfalls unbeteiligt sind. Zu ihren Lasten und parteiisch zugunsten des formell Beteiligten dürfte der Notar dann unbeschränkt eine parteiische Amtstätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO wahrnehmen. Auf diese Weise wäre die Pflicht zur Unparteilichkeit durch den Kreis ihrer Begünstigten objektiv erheblich beschränkt. Da es somit auch nicht mehr auf die Existenz eines materiell Beteiligten, dessen Interessen der Notar wahren müßte, ankäme, hätte sich die subjektive Problematik der Erkennbarkeit des materiell Beteiligten und eine Konfliktträchtigkeit des Sachverhalts gegenüber diesem gleichfalls erledigt.

1. „Beteiligter“ gemäß § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO in der Rechtsprechung

Damit verlagert sich der Problembereich auf den Begriff des Beteiligten. Eine echte Diskussion oder Untersuchung über diesen Begriff im Rahmen des § 24 Abs. 1 BNotO gibt es nicht¹⁹¹. Zumeist wird der hier zentralen Entscheidung des BGH vom 21.01.1969¹⁹² gefolgt.

- **Entscheidungen im Zusammenhang BGHZ 51, 301**

Entscheidungsgegenstand war die Tätigkeit eines Stuttgarter Notars gemäß § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die Mandantin des Notars hatte die Erteilung eines Testamentvollstreckerzeugnisses mit einem von ihm entworfenen Schreiben beantragt. Ihre Tochter beehrte die Zurückweisung des Antrags. Der Notar vertrat seine Mandantin in dem Verfahren vor dem Landgericht und dem Oberlandesgericht Stuttgart. In beiden Verfahren wurden widerstreitende Erklärungen der

¹⁹¹ Trotz seiner detaillierten Befassung mit der Unparteilichkeit und ihren Grenzen geht Rossak nicht näher auf den „Beteiligten“ ein; ebfs. Wagner AnwBl. 2002, 387, 391.

Mandantin und ihrer Tochter abgegeben. Das Oberlandesgericht versagte dem Notar die Tätigkeit wegen Verstoßes gegen die Pflicht zur Unparteilichkeit¹⁹³. Daraufhin beantragte der Notar vom Justizminister die allgemeine Genehmigung der Vertretung von Beteiligten in diesen Fällen und im Zwangsversteigerungsverfahren. Das Ministerium schloß sich der Auffassung des Oberlandesgerichts an. Dagegen beantragte der Notar gerichtliche Entscheidung nach § 111 BNotO. Das Oberlandesgericht Stuttgart blieb seiner Rechtsauffassung auch in diesem Dienstrechtsverfahren treu. Die erste diesem Sachverhalt zugrundeliegende Entscheidung des BGH erging auf die sofortige Beschwerde des Notars hin.

Der BGH führt allgemein in rechtlicher Hinsicht aus:

„§ 24 Abs. 1 BNotO geht vom Begriff der formell Beteiligten aus. Der Notar hat grundsätzlich Amtspflichten nur gegenüber den Personen, die seine Hilfe und Amtstätigkeit in Anspruch nehmen. Er darf einen Erben auch dann beraten, wenn er erkennt, daß die Beratung der Rechtssuchenden der Durchsetzung von deren Interessen gegenüber anderen Beteiligten dient. Es ist nicht zu leugnen, daß schon am Anfang des Verfahrens zur Ausstellung eines Erbscheins häufig eine Tätigkeit des Notars steht, die ihrem Ergebnis nach zwischen

¹⁹² BGHZ 51, 301, 305 = NJW 1969, 929 ff = DNotZ 1969, 503 ff.

¹⁹³ OLG Stuttgart NJW 1964, 1034 (Vorinstanz).

den Interessen verschiedener Personen steht. Das hindert den Notar nach der Gesetzeslage zunächst nicht daran, seine Amtstätigkeit auszuüben. Er darf sich seine Rechtsauffassung bilden und die Vorgänge beurteilen, auch wenn er dabei von bekannten oder zu erwartenden Auffassungen anderer Personen abweicht. Er muß nur nach pflichtgemäßer Beurteilung und unter Wahrung seiner Unparteilichkeit die Anordnung des Erblassers auslegen, die erforderlichen Erklärungen beurkunden und die notwendigen Anträge stellen. – Der Notar darf auch sonst einen Rechtssuchenden beraten, obwohl er erkennt, daß dieser den Rat des Notars zur Lösung von Meinungsverschiedenheiten benötigt, in die er mit anderen Personen geraten ist. Der Notar darf Rechtsrat in Angelegenheiten der vorsorgenden Rechtspflege sogar dann erteilen, wenn dieser Rat für einen Prozeß erteilt wird und dort verwendet werden soll. Natürlich darf er dabei nicht als Parteivertreter oder gar als Prozeßbevollmächtigter auftreten, weil er dann das Gebiet der vorsorgenden, betreuenden Rechtspflege verlassen würde. Der Notar darf andererseits zwischen streitenden Parteien vermitteln, wenn alle Beteiligten ihn gemeinsam dazu beauftragen.“

In der zweiten Entscheidung zu diesem Sachverhalt des oben genannten Falles (Revisionsentscheidung) entschied der BGH ebenfalls, daß die Vertretung durch den Notar nicht seiner Pflicht zur Unparteilichkeit entsprach. Der Notar dürfe nicht die Interessen der einen oder anderen

Partei wahrnehmen oder vertreten. Alles andere sei „standeswidrig“.¹⁹⁴

- **Entscheidungen BGH DNotZ 1971 und 1973**

Fraglich bleibt bei Betrachtung der weiteren Rechtsprechung des BGH, wie zu diesen Entscheidungen, in denen die Pflicht zur Unparteilichkeit im wesentlichen zugunsten des formell Beteiligten begrenzt wurde, die „strengste Unparteilichkeit“ paßt, auf welche er später erkennt¹⁹⁵. Die erstgenannte zentrale Entscheidung BGHZ 51, 301 ff nimmt das Gericht aber kurz darauf wieder auf, als es dem Notar bei einer Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO (allein) gegenüber dem Auftraggeber Pflichten auferlegt¹⁹⁶.

- **BGH DNotZ 1983, 509**

Einige Jahre später entschied der BGH wiederum über die Pflicht zur Unparteilichkeit¹⁹⁷. Entscheidungsgegenstand

¹⁹⁴ So BGH DNotZ 1971, 54 ff ausdrücklich.

¹⁹⁵ BGH DNotZ 1973, 174, 178.

¹⁹⁶ BGH DNotZ 1973, 240, 241.

¹⁹⁷ BGH DNotZ 1983, 509, 512; Zitat grammatikalisch angepaßt.

war ein Schadenersatzanspruch gegen den Notar wegen Amtspflichtverletzung. Dem Notar war ein Treuhandauftrag gemäß § 24 Abs. 1 BNotO erteilt worden, von einer Löschungsbewilligung nur Gebrauch zu machen, wenn die komplette Ablösung der Grundschuldforderung sichergestellt ist. Dagegen verstieß der Notar. Der BGH war der Ansicht, daß keine Amtspflicht begründet wurde gegenüber dem persönlich schuldenden Eigentümer, der sein Grundstück zur Urkunde eines anderen Notars verkauft und diesen angewiesen hatte, die Eigentumsumschreibung erst nach vollständiger Kaufpreiszahlung zu veranlassen. Er führt aus, daß

„eine selbständige Betreuungspflicht der in § 24 BNotO genannten Art sich im allgemeinen auf die Wahrnehmung der Belange des Auftraggebers beschränkt, weil eine solche Tätigkeit in der Regel nur in dessen Interesse liegt. [...] Das *muß* nicht immer so sein, trifft aber für den vorliegenden Fall zu.“

Dieser zweite Satz verunsichert insofern, als er den ersten Satz, der sich offenbar auf die oben genannte Entscheidung BGHZ 51, 301 ff bezieht, relativiert. Im übrigen ist er aber ein *obiter dictum*, das zudem zu pauschal gehalten ist, um konkrete weitere Schlüsse auf das Verhältnis von Unparteilichkeit und Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO

gegenüber den Nicht-Auftraggebern, den materiell Beteiligten, zuzulassen.

- **BGH NJW 1987, 1266**

Ebenfalls in einem Haftungsfall führt der BGH vier Jahre später aus, daß es

„nicht Amtspflicht des Notars sein“ kann, „einen rechtlichen Hinweis darauf zu geben, wie sie [Anmerkung: die Beteiligten] die bessere Berechtigung eines Dritten beseitigen können“¹⁹⁸.

Entscheidungsgegenstand war, ob der Notar den Mandanten darüber beraten mußte, daß dieser Maßnahmen zur Enthftung im Sinne des § 1121 BGB im hypothekarischen Haftungsverband ergreifen müßte oder sollte. Die Entscheidung erging zu „§ 17 BeurkG, §§ 14, 19 BNotO“. Weil der BGH im übrigen seine Ausführung nicht erläutert, bleibt unklar, ob sie auch auf eine Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO übertragbar ist. Jedenfalls aber greift das Gericht mit dieser Entscheidung den Unterschied zwischen notarieller und anwaltlicher Betreuung auf. Zu erinnern ist

¹⁹⁸ BGH NJW 1987, 1266.

daran¹⁹⁹, daß der Rechtsanwalt gemäß § 3 BRAO „in allen Rechtsangelegenheiten“ tätig ist, d.h. parteiisch seinen Mandanten umfassend zu beraten und zu unterstützen hat²⁰⁰. Der notariellen Zuständigkeit auf demselben Gebiet der Rechtsbetreuung fehlt eine solche zusätzliche Klausel, so daß er eben nicht in demselben Umfang wie der Rechtsanwalt zu beraten und zu unterstützen hat, eben weil die Amtspflichten zu beachten sind.

- **BGH DNotZ 1993, 459**

Leider bleibt auch eine der jüngsten Entscheidungen des BGH²⁰¹ zu diesem Bereich ungenau.

„Auch bei einer solchen Betreuung (Anmerkung: nach § 24 BNotO) hat der Notar das für alle Amtsgeschäfte geltende Gebot der Unparteilichkeit (§ 14 Abs. 1 S. 2 BNotO) zu beachten, gleichgültig, ob er nur für einen Auftraggeber oder für mehrere Beteiligte mit gegensätzlichem Interesse tätig wird.“

Hier müßte man in dem Wort „für“ erkennen können, daß die Amtspflicht allein zugunsten der formell Beteiligten als Benefiziarie der Amtspflicht gelten soll, weil der Notar nur

¹⁹⁹ Vgl. bereits oben unter C II 1 a, Seite 64 ff.

²⁰⁰ Haug Rn. 428; vgl. Borgmann/Haug § 20.

„für“ sie aufgrund ihrer schlichten Eigenschaft als Ansuchende und Anwesende tätig wurde.

- **Zusammenfassung**

Trotz einiger Unklarheiten in der Wortwahl vertritt der BGH die Ansicht, daß der Notar nur gegenüber den formell Beteiligten seiner Betreuungstätigkeit unparteilich sein muß. Diesen darf er ansonsten gegen jeden materiell Beteiligten einen einseitigen, parteiischen Rat geben, auch wenn bezweckt ist, den Rat zur Verbesserung der Rechtsposition im Prozeß zu benutzen und die Situation des rechtlichen, materiell beteiligten Gegners zu beeinträchtigen.

2. „Beteiligter“ gemäß § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO in der **Rechtsprechung**

Gemäß § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO ist der Notar für die Vertretung von Mandanten vor Gericht und vor Verwaltungsbehörden zuständig. Wie bei § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO ist diese Zuständigkeit aber nur relativ unter der Maßgabe ihrer Zulässigkeit, also der Unparteilichkeit,

²⁰¹ BGH DNotZ 1993, 459, 461.

gewährleistet. Ob Adressat und Kriterium zur Einschränkung der Unparteilichkeit bei § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO ebenfalls der formell Beteiligte ist, wird ebenfalls durch die genannte Entscheidung des BGHZ 51, 301 bestimmt. Das Gericht führt in der entsprechenden Passage zur Falllösung und damit zu § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO aus²⁰²:

„[...] Hier geht es um die weitere Tätigkeit des Notars, der anschließend die anfängliche Beratung eines Beteiligten weiter gegenüber Gerichten oder Behörden nach außen hin als Vertreter seines Auftraggebers im Sinne des § 24 BNotO auftritt, also als Verfahrensbevollmächtigter tätig wird. Diese Übernahme [...] wird insbesondere praktisch, wenn es sich um den Vollzug eines Beurkundungsgeschäfts handelt. Der Notar darf dabei die Interessen seines Auftraggebers weiterhin als Vertreter auch dann wahrnehmen, wenn das Gericht rechtliche Bedenken äußert oder [...] die Genehmigungsbehörde [...] Zweifel äußert und es darauf zu einem „Streit“ zwischen dem Auftraggeber des Notars und der Genehmigungsbehörde oder dem Gericht kommt. Dem OLG ist darin zuzustimmen, daß die Pflicht zur Unparteilichkeit die Fortführung der Vertretung erst dann hindert, wenn in dem Verfahren eine andere Partei oder ein anderer Interessent auf gleicher Ebene auftritt und gegensätzliche Interessen oder Begehren verfolgt. [...] Die Anfertigung von Schriftsätzen der Beteiligten muß den gleichen Bedenken unterliegen. Gewiß darf der Notar einer Partei, die einen Prozeß führt, Rechtsauskünfte oder Rechtsrat auf Grund seiner besonderen Erfahrung insbesondere über die zum

²⁰² Vgl. zu Sachverhalt und Grundsätzen oben unter E III 1, Seite 174.

Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege gehörenden Probleme erteilen. Damit wird er noch nicht als „Vertreter“ nach außen [...] tätig. Anders liegt es aber schon bei der Anfertigung von Schriftsätzen, die unmittelbar dem Gericht in einem streitigen Verfahren übermittelt werden sollen, weil der Verfasser eines solchen Schriftsatzes erfahrungsgemäß nach Form und Inhalt die Ebene unparteilicher, gutachterlicher Tätigkeit verläßt und in den Bereich der Wahrnehmung streitender Parteiinteressen überwechselt.“

Diese Ausführungen beziehen sich auf die vorangestellten Grundsätze zum Beteiligtenbegriff des § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO, daß der formell Beteiligte allein Benefiziar der Pflicht zur Unparteilichkeit ist. Grundsätzlich darf der Notar also zulasten jedes materiell Beteiligten betreuend tätig sein. Darüber hinaus auch auftreten darf er aber nur gegenüber Gerichten und Behörden. Das ist die Besonderheit, welche Satz 2 anordnet. Anderen Beteiligten gegenüber, die der BGH als auf „gleicher Ebene“ befindlich bezeichnet, ist damit ein Auftreten untersagt. Weil nach dem BGH grundsätzlich der formelle Beteiligtenbegriff gilt, ist § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO als Ausnahmetatbestand zu Satz 1 zu verstehen. Er ordnet allein durch die ausdrückliche Nennung der Gerichte und Behörden an, daß für den Fall des Vertretens des Mandanten auch gegenüber den Beteiligten, die auf der „gleichen Ebene“ nur materiell aufgetreten sind

und den Notar nicht um ihre Vertretung ansuchten, die Unparteilichkeit ausnahmsweise Benefiziar gilt (Umkehrschluß).

Der BGH begründet seine Ansicht aus dem Beteiligtenbegriff und dem Wortlaut des § 24 Abs. 1 S. 1, 2 BNotO. Ein Zurückgreifen auf allgemeine Erwägungen von Amt und Würde des Notaramtes, die notarielle Unparteilichkeit über die Interessen aller Beteiligten zu stellen, war im Unterschied zur Vorinstanz nicht erforderlich²⁰³. Im Rahmen der Analyse und Erörterung der Ansicht des BGH bleibt vor allem fraglich, was unter der „gleichen Ebene“ zu verstehen ist²⁰⁴.

3. „Beteiligter“ gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO

Zu dem Verständnis des Beteiligten in § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO gibt es keine derart plakative und umfassende Entscheidung des BGH. Alles andere wäre auch verwunderlich: Eine Beteiligung erklärt sich nämlich immer über das notarielle Ansuchen und die einzelne notarielle Tätigkeit. Sie ist niemals abstrakt. Die Amtspflicht der

²⁰³ OLG Stuttgart NJW 1964, 1034 (Vorinstanz).

²⁰⁴ Dazu unten unter E VI 1, Seite 267.

Unparteilichkeit befindet sich in § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO und systematisch bei der Katalogisierung der wesentlichen Pflichten des Notars. Diese Pflichten sollen, so das Gesetz, relativ sein, nämlich gegenüber den Beteiligten der Amtstätigkeit. Deshalb stützt sich der Beteiligtenbegriff des § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO auf den Beteiligtenbegriff der konkreten Amtstätigkeit und damit im Ergebnis auf den Begriff, den § 24 Abs. 1 BNotO verwendet.

4. Auffassungen in der Literatur

Die Literatur schließt sich dem BGH an²⁰⁵.

Die Zuständigkeitsnorm des § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO betreffe zwar nicht nur eine Vertretung der formell, sondern auch der materiell Beteiligten, weil § 6 Abs. 2 BeurkG, der als Maßstab allein den formellen Beteiligtenbegriff

²⁰⁵ Arndt/Lerch/Sandkühler - Sandkühler § 14 Rn. 59; § 24 Rn. 54; Eylmann/Vaasen - Hertel § 24 Rn. 11, 34; Schippel - Reithmann § 24 Rn. 42-44 m.w.N; Reithmann Vors. Rechtspflege S. 171 und FS BayNot S. 170. Habscheid NJW 1964, 1502 ff spricht schon von dem formellen Beteiligtenbegriff bei § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO; auf seinem Gutachten beruht offenbar die zentrale Entscheidung des BGH: BGHZ 51, 301 im Tatbestand a.E.; offenbar auch Wagner AnwBl. 2002, 387, 391.

bestimmt, keine Anwendung fände²⁰⁶. Beteiligte im Sinne des § 24 Abs. 1 BNotO und somit Benefiziere der Pflicht zur Unparteilichkeit dort seien aber nur diejenigen, die seine Tätigkeit in Anspruch nehmen oder nehmen könnten, gleichviel, wer die Angelegenheit zuerst vor den Notar gebracht habe²⁰⁷. Da der Notar bei § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO auch die materiell Beteiligten vertreten kann und darf, beispielsweise den Gläubiger bei der Bestellung eines Grundpfandrechts²⁰⁸, obwohl dessen Erklärung nicht beurkundet wurde, gälte ausnahmsweise auch ihnen gegenüber die Neutralitätspflicht des Notars. Nichtsdestotrotz wird der Notar „für“ diese materiell Beteiligten tätig. Somit soll sich der Begriff des Beteiligten nach dem möglichen „Auftraggeber“ der betreuenden Tätigkeit des Notars richten, oder anders ausgedrückt: Die Amtspflichten beurteilen sich bei § 24 Abs. 1 BNotO ausschließlich nach dem übernommenen Auftrag und somit nach dem Auftraggeber. Es handele sich insoweit um eine

²⁰⁶ Arndt/Lerch/Sandkühler - Sandkühler § 24 Rn. 49; Eylmann/Vaasen - Hertel § 24 Rn. 32 m.w.N.

²⁰⁷ Vgl. Schippel - Schippel § 14 Rn. 36.

²⁰⁸ Schippel - Reithmann § 24 Rn. 37.

dispositive Amtstätigkeit²⁰⁹. Auf den Schutz des Rechtsverkehrs komme es bei einer Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO nicht in dem Maße an.

5. Wirkung der Amtspflichten gegenüber materiell Beteiligten

Wenn die Unparteilichkeit aber eine Amtspflicht ist, die grundsätzlich auch gegenüber Personen, die nicht Ansuchende sind, bestehen kann, dann ist die Annahme nur des formellen Beteiligtenbegriffes zumindest in der Kürze der gelieferten Begründungen sehr fraglich.

a) Unparteilichkeit als Amtspflicht

Die Amtspflichten ergeben sich aus den Normen und allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Aufgaben- und Pflichtenkreis des Amtswalters regeln²¹⁰. Zunächst unterliegt der Notar der Amtspflicht zum rechtmäßigen Handeln, weil der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der

²⁰⁹ Reithmann/Albrecht/Basty Rn. 170; Ganter WM 2000, 641, 649; Lichtenberger, FS Schippel 729, 727, 740; Reithmann MittBayNot 1999, 159, 160.

²¹⁰ Tremml/Karger Rn. 85.

Verwaltung für ihn als Beliehenen gilt. Wenn ein Tätigwerden oder Tätigbleiben mit der Pflicht zur Unparteilichkeit gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO unvereinbar ist, so verstößt er zusätzlich gegen diese Amtspflicht, wenn er dennoch handelt²¹¹. Grundsätzlich gibt es daneben eine Amtspflicht zur Wahrung der Zuständigkeitsgrenzen²¹². Weil festgestellt wurde, daß die Neutralitätspflicht die Grenze für die Zuständigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO bildet²¹³, verstößt der Notar gegen seine Amtspflichten, wenn er trotzdem tätig wird. Wenn der Notar einen Ermessensspielraum hat, den unbestimmten Rechtsbegriff der Unparteilichkeit im konkreten Fall mit Inhalt zu füllen, so ist es seine Amtspflicht, dieses Ermessen pflichtgemäß und deshalb vor allem fehlerfrei auszuüben²¹⁴.

b) Mögliche Drittbezogenheit einer Amtspflicht

Wenn eine Amtspflicht verletzt wird, so handelt es sich nur dann um eine „Pflichtverletzung“ im technischen Sinne, wenn sich derjenige, der sich auf die Amtspflicht beruft,

²¹¹ Siehe oben unter C I am Ende, Seite 60 ff.

²¹² BGH NJW 1992, 3229; Tremml/Karger Rn. 90.

²¹³ Siehe oben unter E II 2, Seite 163.

tatsächlich auch in ihren Schutzbereich einbezogen ist, sich rechtlich auf sie also überhaupt berufen kann²¹⁵. Der Anspruchsinhaber muß Begünstigter oder Benefiziar der Amtspflicht sein. Das setzt voraus zunächst, daß eine Amtspflicht grundsätzlich Dritte schützen kann und soll. Theoretisch kann eine Amtspflicht die Rechtsposition Dritter schützen, ohne eine Haftung oder andere Konsequenzen zu begründen. Es ist folglich zu unterscheiden, ob sich jemand grundsätzlich auf die Amtspflicht berufen kann, weil er als Benefiziar zum geschützten Personenkreis gehört, oder ob darüber hinaus aus der Verletzung dieser Amtspflicht Rechte herleiten kann, weil die Amtspflicht Schutzwirkung gegenüber ihm persönlich entfaltet²¹⁶.

Es ist im Ergebnis in der Literatur grundsätzlich unstrittig, daß Amtspflichten gegenüber Dritten bestehen können, die in keiner Weise mit dem Notar in Verbindung getreten sind,

²¹⁴ Tremml/Karger Rn. 95; zum Ermessen: BGHZ 74, 144, 145; 75, 120, 124; Maurer § 7 Rn. 19.

²¹⁵ Siehe bereits oben zum materiellen Beteiligtenbegriff D I 2 b, Seite 125 ff.

²¹⁶ Dazu Tremml/Karger Rn. 117; Ossenbühl S. 50, 68; siehe dazu unten unter F II 2 d, Seite 332.

und die er vielleicht gar nicht kennt²¹⁷. Der BGH führt mit Blick auf die Notarhaftung aus, daß Amtspflichten gegenüber dem formell Beteiligten, aber auch gegenüber Dritten bestehen können. Er zählt hierzu die Personen auf, die zu dem Notar überhaupt nicht in Verbindung treten, deren Interesse und Pflichtenkreis aber nach der besonderen Natur des Amtsgeschäfts berührt ist und in deren Pflichtenkreis dadurch eingegriffen werden kann, auch wenn sie durch die Amtshandlung nur mittelbar und unbeabsichtigt betroffen werden²¹⁸.

Weil somit Amtspflichten grundsätzlich zugunsten Dritter als Benefiziare bestehen können, kann die Pflicht zur Unparteilichkeit zumindest im Grundsatz auch auf diejenigen Dritte, die hier als materiell Beteiligte bezeichnet wurden und die somit näher zu dem Gegenstand der notariellen Tätigkeit als unbeteiligte Dritte stehen, erst recht ausgeweitet werden. Der Verhaltensbefehl dieser Amtspflicht kann so verstanden werden, daß der Notar zur Wahrung der Rechte der materiell Beteiligten genauso wie der Rechte der formell Beteiligten verpflichtet ist. Die

²¹⁷ Haug Rn. 36; Schippel - Haug § 19 Rn. 20, 24, 25; Zugehör ZNotP 1997, 43.

Amtspflicht endet also nicht unbedingt bei den formell Beteiligten. Vielmehr spricht einiges dafür, daß sie gerade nicht über ihren Benefiziar, somit also auch nicht anhand des Beteiligtenbegriffs eingegrenzt wird.

6. Unparteilichkeit gegenüber materiell Beteiligten bei § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO

Ob tatsächlich mehr für eine Eingrenzung der Pflicht zur Unparteilichkeit nur auf den formell Beteiligten als einzigen Benefiziar spricht oder ob die Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO unter Zugrundelegung des materiellen Beteiligtenbegriffs doch unbeschränkt gilt, ist Ziel der nachfolgenden Untersuchung. Die in Literatur und Rechtsprechung genannte Begrenzung auf den Kreis der formell Beteiligten ist in der gegebenen Kürze nicht überzeugend und nicht zufriedenstellend.

Im ersten Teil der Untersuchung (a) werden die Argumente für die Annahme eines nur formellen Beteiligtenbegriffs bei einer Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO diskutiert. Im

²¹⁸ BGH NJW 1999, 2183 ff; DNotZ 1988, 372, 374; 1983, 509, 511, 1969, 769 m.w.N.

zweiten Teil (b)²¹⁹ wird untersucht, was für die Annahme eines materiellen Beteiligtenbegriffs spricht.

Soweit nicht schwächere Argumente offensichtlich widerlegt und entschärft werden können, ist der Aufbau der beiden Teile im wesentlichen parallel, um aus jedem möglichen mehr oder minder stichhaltigen Argument eine Begründung für die Annahme eines nur formellen oder auch materiellen Beteiligtenbegriffs zur Definition des Begünstigten der notariellen Betreuungstätigkeit zu erhalten. Insofern sind die beiden folgenden Teile perspektivisch aus dem Blickwinkel des jeweiligen Beteiligtenbegriffs zu lesen und wiederholen zum Teil den jeweiligen Ansatzpunkt, würdigen ihn aber eben aus einem anderen Blickwinkel.

a) **Lediglich formeller Beteiligtenbegriff**

Literatur und Rechtsprechung nehmen an, daß allein der formell Beteiligte Adressat der Unparteilichkeit des Notars bei einer Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO ist, weil nur ein möglicher Ansuchender und „Auftraggeber“ des Notars als Benefiziar seiner Amtspflicht in Betracht kommt.

²¹⁹ Vgl. dazu unten unter b, Seite 221 ff.

aa) Betrachtung von § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO

Zur Unterstützung der Auffassung in der Literatur und der Rechtsprechung und damit der Annahme eines formellen Beteiligtenbegriffs soll der Blick zunächst auf den Sinne und Zweck von § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO gelenkt werden²²⁰.

(1) Daseinsfürsorge

Wie dargelegt²²¹, gehört die betreuende Tätigkeit des Notars nach § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO zur staatlichen Daseinsfürsorge. Der Staat stellt mit dieser Aufgabenzuweisung eine über die Amtspflichten konkretisierte, besonders vertrauenserweckende Rechtsberatung zur Verfügung.

Wenn der Notar seine Betreuungstätigkeit aus Gründen eines nur möglichen Verstoßes gegen seine Pflicht zur Unparteilichkeit abbrechen muß, dann steht diese Rechtsberatung nur bedingt zur Verfügung, weshalb die Daseinsfürsorge letztendlich löchrig sein dürfte. Außerdem

²²⁰ Zum Inhalt von § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO, vgl. oben unter B II, Seite 10, und X, Seite 49.

würde der Mandant nicht umfassend betreut. Auch deshalb ist die Daseinsfürsorge dann unzureichend, unvollständig und damit mangelhaft, wenn der Notar die Rechtsbetreuung gegenüber seinen Mandanten zum Schutze von Nichtmandanten einstellen müßte. Zu einer umfassenden Beratung gehört zum Beispiel häufig und gerade, zulasten materiell Beteiligter einen Rat zu erteilen. Gerade in solchen Fällen liegt es im Interesse des Ansuchenden, daß er durchgängig und abschließend beraten wird und nicht, daß der Notar seine Tätigkeit abbrechen und auf den Rechtsanwalt als den einseitigen Rechtsberater verweisen muß. Eine konsequente Ausführung der Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO allein gibt dem Ansuchenden Sicherheit, auftragsgemäß durchgehend betreut zu werden. Nur sie wird einer umfassenden Daseinsfürsorge gerecht.

(2) „Geschäftsführung ohne Auftrag“

Wenn der Notar materiell Beteiligten gegenüber neutral sein muß, ist er zum Schutze ihrer Interessen verpflichtet, ohne daß sie ihn dazu beauftragt haben.

²²¹ Vgl. dazu oben unter B X 3, Seite 55.

Im Rahmen der notariellen Tätigkeit fremde, nicht-mandantliche Interessen zu schützen, müßte allein aus der Unparteilichkeit abzuleiten sein. Angesichts der hohen Abstraktion und Unbestimmtheit dieses Begriffes ist es sehr zweifelhaft, ob fremden Interessen gedient werden soll. Eine solche Auslegung ist ferner nicht mit dem Inhalt des Auftrages und seiner Annahme durch den Notar, insbesondere dem Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und Notar, zu vereinbaren. Es widerspricht dem Wesen des Auftragsverhältnisses, daß die Interessen Dritter, gegen die sich im rechtlichen oder wirtschaftlichen Sinne die Auftragstätigkeit richtet, gleichberechtigt bei der Durchführung des Auftrags berücksichtigt werden müssen.

Im Privatrecht würde eine solche Berücksichtigung von Interessen Dritter unter Umständen sogar zu einem Anspruch auf Aufwendungsersatz gemäß §§ 677 ff BGB („Geschäftsführer ohne Auftrag“) führen: Das Gesetz gibt dem Geschäftsführer ohne Auftrag einen Vergütungsanspruch; die Führung eines „auch-fremden“ Geschäfts kann Ersatzansprüche begründen. Somit besteht Grund zu der Behauptung, daß sogar der Geschäftsführer, der aufgrund gesetzlicher Anordnung tätig werden muß, Ersatzansprüche gegen den Geschäftsherrn hat. Insofern

könnte man daran denken, daß der geschäftsführende Notar möglicherweise gegen den materiell Beteiligten, dessen Interessen er durch Wahrung der Neutralitätspflicht wahrnimmt, Anspruch auf Aufwendungsersatz geltend machen könnte.

Hieran wird deutlich, daß es nicht Aufgabe des Notars ist, die Interessen fremder Personen zu wahren. Anderenfalls würden völlig neue und in der Konsequenz ungewollte wie unabsehbare Fragen etwa zum Aufwendungsersatz aufgeworfen werden.

(3) Interessenwahrnehmung des Auftraggebers

Schließlich ist die Begründung von Literatur und BGH, daß nur der Ansuchende Schutzsubjekt der Unparteilichkeit ist, durchaus schlüssig.

Der Zweck der notariellen Amtstätigkeit ist nur die Wahrung der Interessen des „Auftraggebers“ und nicht die Wahrung widerstreitender Interessen Dritter²²². Nur zwischen dem Notar und dem formell beteiligten Auftraggeber besteht ein Rechtsverhältnis, aus dem sich

²²² Bernhard DNotZ 1988, 375, 378; siehe auch oben E III 4, Seite 185.

Rechtspflichten ergeben. Eine solche Rechtspflicht ist vor allem das Überparteilichkeitsgebot. Einem materiell Beteiligten ist es durchaus zumutbar, einen Rechtsberater aufzusuchen. Ferner können sie es nicht verhindern, daß jemand eine rechtliche Beratung in Anspruch nimmt, so daß die Qualifikation und Identität des Rechtsberaters letztlich dahinstehen kann.

§ 24 Abs. 1 BNotO kennt nur die Beteiligten am Ansuchen, womit allein die „Auftraggeber“, also formell Beteiligten, gemeint sind. Diese Identität ist auf den Adressaten gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO zu übertragen, da diese Norm keinen eigenen Beteiligtenbegriff hat²²³.

Das Schutzsubjekt der Beurkundung ist ebenfalls der formell Beteiligte, vgl. § 6 Abs. 2 BeurkG. Er stellt klar, daß Benefiziere der Pflicht zur Unparteilichkeit nur die Erschienenen, also formell Beteiligten sind.

Im übrigen könnte man aus der doppelten Verwendung des Wortes „auch“ in den beiden Sätzen des § 24 Abs. 1 BNotO schließen, daß der Notar „trotz“ der Unparteilichkeit tätig werden darf, insoweit also für diesen Fall der Betreuungstätigkeit ein punktueller Verstoß gegen die

Pflicht zur Unparteilichkeit hingenommen wird. Dieser „Verstoß“ ist deshalb kein relevanter Verstoß gegen eine Amtspflicht, weil die Amtspflicht zur Unparteilichkeit nicht zugunsten des materiell Beteiligten gilt. Auch wenn Sachverhalt beteiligt, ist der materiell Beteiligte Dritter im Sinne des Überparteilichkeitsgebots.

bb) Blick auf die Beurkundung

Bei der Beurkundung ist der Notar neben der Neutralität zu besonderen weiteren Schutzmaßnahmen, wie zur Belehrung nach § 17 BeurkG, verpflichtet. Unter Umständen ist er unter dem Stichwort der erweiterten Belehrungspflichten sogar zu einer betreuenden, wertorientierten Parteilichkeit verpflichtet. Die den „Schwachen“ unterstützende Parteilichkeit ist dem Notar also keineswegs fremd.

Allerdings ist der Beteiligte bei Tätigkeiten nach § 24 Abs. 1 BNotO strukturell aus seiner Eigenschaft als Beteiligter und nicht vor dem Hintergrund seiner persönlichen Situation (offensichtliche Unerfahrenheit) nur punktuell schutzbedürftig für das konkrete Rechtsgeschäft.

²²³ Vgl. oben unter E III 3, Seite 184.

Deshalb ist die im übrigen auch ungeklärte Besonderheit der erweiterten oder betreuenden Belehrungspflichten auf die hier vorliegende Untersuchung nicht übertragbar.

Dennoch können sich aus dem Beurkundungsrecht Rückschlüsse ergeben, daß der formelle Beteiligtenbegriff auch bei Tätigkeiten nach § 24 Abs. 1 BNotO gilt.

(1) Grundsatz des formellen Beteiligtenbegriffs im Notarrecht

§ 6 Abs. 2 BeurkG bestimmt für den Vorgang der Beurkundung einen formellen Beteiligtenbegriff. Eine weitere ähnlich ausdrückliche Regelung für den Beteiligtenbegriff findet sich im Notarrecht nicht. Deshalb dürfte das Beurkundungsrecht den Grundsatz formulieren, daß Begünstigter der notariellen Tätigkeit allein der formell Beteiligte als erschienener „Auftraggeber“ des Notars ist.

(1.1) Wechselwirkung § 14 Abs. 1 BNotO und § 6 Abs. 2 BeurkG

§ 14 Abs. 1 BNotO ist hinsichtlich des Beteiligtenbegriffs und somit der Identität des Begünstigten keine eindeutige

Vorschrift. Er wird vielmehr durch § 6 Abs. 2 BeurkG insoweit mit Auswirkung auf die Identität des Begünstigten des Überparteilichkeitsgebots konkretisiert, auch wenn die beiden Normen im übrigen Unterschiedliches regeln.

Ist § 6 Abs. 2 BeurkG insoweit eine Ausführungsvorschrift zu § 14 Abs. 1 BNotO, kann er ihm nicht zuwiderlaufen. Deshalb gilt im Notarrecht grundsätzlich der formelle Beteiligtenbegriff, wie das Beurkundungsrecht ausführt.

(1.2) Einheitlicher Schutzzumfang der Unparteilichkeit

Diese Ansicht bestärkt die Tatsache, daß die Pflicht zur Unparteilichkeit zwingend einheitlich im ganzen Notarrecht verstanden und bemessen werden muß. Sie muß also auch immer denselben Kreis der Begünstigten haben. Ansonsten würden die Einheitlichkeit der Berufspflichten und der zentralen Amtspflichten zerrissen, wenn der Notar bei der Beurkundung weniger Amtspflichten zu beachten hätte als bei seiner sonstigen Amtstätigkeit, weil über § 6 Abs. 2 BeurkG ausnahmsweise für die Beurkundung nur der formelle Beteiligtenbegriff gelten würde, während der betreuende Notar bei § 24 Abs. 1 BNotO zusätzlich die Interessen eines materiellen Beteiligten als Inhalt seiner

Amtspflicht berücksichtigen müßte. In diesem Falle wäre der beurkundende Notar mehr parteiisch als der betreuende Notar, weil der Kreis der Begünstigten im letzteren Fall mit Einbezug des materiell Beteiligten umfangreicher wäre. Dies widerspricht aber einerseits der Einheitlichkeit der Pflicht zur Unparteilichkeit, andererseits aber auch dem Grundverständnis der Beurkundung als schlechthin unparteiische Rechtspflege²²⁴.

(1.3) Betreuung bei beurkundungsbedürftigen

Rechtsgeschäften

Von besonderer Bedeutung ist diese Feststellung bei grundsätzlich beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäften, welche ungeachtet ihrer rechtlichen Einordnung als Ansuchen zur Beurkundung oder Betreuung inhaltlich typisch notarielle Tätigkeiten sind.

So suchen Mandanten den Notar wegen seiner Erfahrung und Qualifikation bei beurkundungsbedürftigen Geschäften statt des Rechtsanwalts auf, um sich beraten zu lassen. Die Betreuungsvorgänge stehen oft wirtschaftlich, nicht aber

²²⁴ Ausführliche Darstellung sogleich unter (2), Seite 207.

unmittelbar rechtlich mit einer Beurkundung im Zusammenhang.

Zum Beispiel geht es um die Formulierung eines Gesellschaftsvertrages einer Kommanditgesellschaft (KG), wo nur die Anmeldung zum Handelsregister und möglicherweise die Gründung einer etwaigen Komplementärgesellschaft mit beschränkter Haftung (Komplementär-GmbH) beurkundungsbedürftig sind.

Oft soll der Notar seine Beratung auch dann erbringen, wenn eine notarielle Beurkundung von vorneherein ausscheidet, zum Beispiel bei dem Entwurf des Gesellschaftsvertrags einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft (GbR), deren Vertragswerk allein nicht formbedürftig ist.

Zunehmend von praktischer Bedeutung ist die Vorformulierung eines privatschriftlichen Testamentes durch den Notar, ohne daß eine Beurkundung erfolgen solle. Der Mandant wünscht die gerichtliche Hinterlegung vielleicht nicht, um eine spätere Änderungen unter Vernichtung (§ 2255 BGB) der Erstfassung selbst unbürokratisch vollziehen zu können. Aus diesen Gründen ist die notarielle Rechtsbetreuung nach § 24 Abs. 1 BNotO

auf dem Gebiet eigentlich beurkundungsbedürftiger Rechtsgeschäfte kein seltener Ausnahmefall.

In allen Fällen muß eine Betreuung schon deshalb zulässig sein, weil die Beurkundung zulässig wäre. Dies gilt für einseitige und auch für mehrseitige Rechtsgeschäfte. Für den Fall, daß es nicht zur Beurkundung kommt, weil um eine Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO angesucht wurde, ist jeder Notar gehalten, beurkundungsbedürftige Rechtsgeschäfte zunächst gemäß § 24 Abs. 2 S. 1 BNotO als Notar zu behandeln, auch wenn er Anwaltsnotar ist²²⁵. Im Zweifel sind beurkundungsbedürftige Rechtsgeschäfte unter Beachtung der notariellen Berufspflichten insbesondere aus dem Beurkundungsrecht zu bearbeiten. Diese Regelung ist über ihren näheren Anwendungsbereich als Zweifelsregelung für den Anwaltsnotar also grundsätzlicher zu verstehen, indem ein Ansuchen mit beurkundungsbedürftigem Hintergrund zunächst der notariellen Tätigkeit nach §§ 20-23 BNotO, als einem Beurkundungsvorgang zuzuordnen ist, auch wenn § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO gerade den Schluß zuläßt, das Ansuchen aus einem beurkundungsbedürftigen Hintergrund

²²⁵ Wagner AnwBl. 2002, 387, 389.

Gegenstand einer selbständigen Beratung sind. Auf den Willen des Mandanten, das Ansuchen unter (vorbereitende) Beurkundungstätigkeit oder Betreuungstätigkeit zu subsumieren, kommt es damit nicht an, weshalb insofern auch das Risiko einer Fehlzuordnung kaum besteht

Damit sind auch solche Fälle unter das Beurkundungsrecht zu subsumieren, in denen der notarielle Entwurf später ohne erfolgte Beurkundung rechtserheblich wird. Auf die Vorformulierung von grundsätzlich formpflichtigen Testamenten (§ 2232 BGB) wurde hingewiesen. Gleichmaßen könnte ein Mandant, der den Entwurf einer parteiischen Wettbewerbsklausel zwischen Gesellschaftern einer zu gründenden GmbH begehrt, diese Klausel in einen nicht beurkundungsbedürftigen OHG/KG/GbR-Vertrag einfügen. Ferner können nach Art. 11, 13, 26 EGBGB in Deutschland beurkundungsbedürftige Rechtsgeschäfte nach einem ausländischen Statut formwirksam vollzogen und vom deutschen Kollisionsrecht anerkannt werden. Hierzu gehören vor allem Beurkundungen in der Schweiz, insbesondere dem Kanton Zürich, zunehmend aber auch in anderen Staaten (Österreich, Niederlande). Dieser Weg wird nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Kostenersparnis bei hohen Geschäftswerten eingeschlagen, sondern auch wegen

des erleichterten Beurkundungsverfahrens (eingeschränkte Vorlesungspflicht) gewählt. Nach der Gründungstheorie im Rahmen der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften in der Europäischen Gemeinschaft kann ebenfalls eine Beurkundung umgangen werden, wobei die rechtliche Konzeption der Gesellschaft zumindest teilweise auf dem Rat eines deutschen Notars, der nach § 24 Abs. 1 BNotO tätig wurde, beruht.

Es kommt also nicht bei jedem beurkundungsbedürftigen Geschäft zwingend zu einer Beurkundung. Dennoch müssen für den Notar der Umfang seiner Berufspflicht und damit der Kreis ihrer Begünstigten in beiden Fällen, ob mit oder ohne Beurkundung, identisch sein.

(1.4) Schlußfolgerung

Die vorstehenden Erwägungen zeigen, daß die Beurkundung mit ihrer begleitenden, unselbständig gestaltenden Beratung denselben Schutzzumfang entfalten muß wie die selbständige Betreuungstätigkeit. Es kann nicht sein, daß das Unparteilichkeitsgebot bei derselben Rechtsauskunft einen unterschiedlichen Schutzzumfang hat, nur weil im Falle der Beurkundung die Siegelung erfolgt.

Das Schutzniveau richtet sich nach der Beurkundung. Dieses ist die Kerntätigkeit des Notars; an sie stellt das Gesetz mit der Verlesungs- und Beratungspflicht gemäß § 17 BeurkG höhere Anforderungen.

Es wurde festgestellt, daß auf der Grundlage von § 24 Abs. 2 S. 1 BNotO beurkundungsbedürftige Rechtsgeschäfte nach Beurkundungsrecht zu behandeln sind, auch wenn aus der Norm zunächst nur hervorgeht, daß um notarielle Tätigkeit sowohl zu einer unselbständigen oder auch zu einer selbständigen Beratung ersucht werden kann. Diese Zuweisungsvorschrift und die mit ihr einhergehenden Vermutungen schwächt die Brisanz der Frage, ob notariell unparteiische oder anwaltlich parteiische Tätigkeit vorliegt, weil notariell parteiliche Beratungstätigkeit zulasten materiell Beteiligter eher anwaltliche Tätigkeit wäre. In allen übrigen Fällen kann nicht der Zufall der Mandatsformulierung oder -abwicklung darüber entscheiden, ob der Notar nur die Interessen des formell Beteiligten oder auch die des materiell Beteiligten zu beachten hat, also ob die vorgenommene Tätigkeit dem Beurkundungsrecht oder dem Betreuungsrecht unterfällt.

(2) Folgen einer uneinheitlichen Unparteilichkeit

Bereits oben wurde die Einheitlichkeit des Schutzzumfanges bei der Unparteilichkeit ungeachtet der Grundlage des jeweiligen Ansuchens hervorgehoben²²⁶. Dies sei an dieser Stelle nochmals verdeutlicht:

Weil bei der Beurkundung gemäß § 6 Abs. 2 BeurkG der formelle Beteiligtenbegriff gilt, darf der Notar parteilich zulasten materiell Beteiligter beurkunden. Dies gilt auch dann, wenn er nur eine Rechtsbetreuung nach § 24 Abs. 1 BNotO vornimmt. Insofern kann er ohne Verstoß gegen sein Unparteilichkeitsgebot eine testamentarische Regelung vorbereiten, durch die ein Erbe von seiner zu erwartenden Erbfolge ausgeschlossen oder sein Pflichtteil entzogen wird. Dieses gilt ungeachtet des fehlenden Rechtsanspruchs des materiell beteiligten erbberechtigten „Enterbten“, weil Nachteil und Konfliktrichtigkeit im Rahmen der Unparteilichkeit nicht nur rechtlicher Art sein müssen, sondern auch deshalb wirtschaftlich sein können, weil jede wirtschaftliche Beeinträchtigung potentiell geeignet ist, in einen rechtlichen Konflikt und Rechtsstreit (latent)

²²⁶ Vgl. oben unter (1), (1.2), Seite 200.

einzufließen²²⁷. Das Einverständnis des „Enterbten“ in seine „Enterbung“ ist unwahrscheinlich, weshalb dem Notar Konflikt und Existenz des materiell Beteiligten eindeutig vorlagen.

Dennoch ist die Beratung zu einer solchen Maßnahme zulässig, weil auch die Beurkundung hier zulässig ist. Erst recht also darf der Notar den Mandanten entsprechend beraten, sieht man den formell Beteiligten allein als Begünstigten jeder notariellen Tätigkeit.

Bei Zugrundelegung des materiellen Beteiligtenbegriff bei der Frage, wer Begünstigter der notariellen Amtspflicht ist, dürfte der Notar im inhaltlich identischen Fall, der sich nur berufsrechtlich unterscheidet durch Einordnung als Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO, eine selbständige Betreuung (Beratung oder Entwurfstätigkeit) nicht vornehmen, weil im Gegensatz hierzu nunmehr die erweiterte Pflicht zur Unparteilichkeit gegenüber diesen materiell Beteiligten zu beachten wäre.

Derselbe Fall und derselbe Rat würden aufgrund unterschiedlicher rechtlicher Einordnung einem unterschiedlich starken Ausmaß an Neutralität gegenüber

²²⁷ Vgl. oben unter C II 1 b, Seite 71.

einem materiell Beteiligten unterliegen. Der beurkundende Notar wäre eher parteiischer Interessenwahrer und Betreuer als der eigentlich betreuende Notar, wenn man die Unparteilichkeit bei Ansuchen nach § 24 Abs. 1 BNotO strenger gegenüber materiell Beteiligten anwendet.

Damit scheinen die Verhältnisse auf dem Kopf zu stehen. Ein Notar müßte immer damit rechnen, daß seine Tätigkeit gegen die Pflicht zur Unparteilichkeit verstößt und dadurch möglicherweise haftungsrechtlich und dienstaufsichtsrechtlich relevant wird. Sind ihm Konflikt oder die Existenz eines materiell Beteiligten nicht erkennbar, setzt er sich mit seiner Beratung oder selbständigen Entwurfstätigkeit einem enormen Risiko aus. Würde er dagegen seine Neutralitätspflicht beachten und dem Mandanten einen „ausgewogenen“ Entwurf auch in Bezug auf einen materiell Beteiligten vorlegen, so bearbeitet er das Ansuchen im Interesse des Mandanten unzureichend. Der Mandant legt nämlich gerade auf eine Bearbeitung in seinem Interesse, also eine parteiische Betreuung, Wert. Entweder liegt damit eine schlechte oder eine parteiische Betreuung vor. Wie man das Blatt also wendet, jedenfalls steht der Notar vor einem Amtspflichtverstoß entweder wegen Schlechtleistung oder wegen Parteilichkeit.

Die Ausweitung der Unparteilichkeit bei der selbständigen Betreuung zugunsten materiell Beteiligter führt neben einem uneinheitlichen Schutzniveau also auch zu einem erheblichen Haftungsrisiko für den Notar. Er könnte sich nur schützen, in dem er grundsätzlich auf die Betreuung nach § 24 Abs.1 BNotO verzichtet. Damit wäre die Betreuungstätigkeit sinnenleert, was angesichts ihrer gesetzlichen Erfassung nicht sein darf²²⁸. Diese Problematik ist nur dadurch in den Griff zu bekommen, daß man die Pflicht des Notars zur Unparteilichkeit nicht auf den materiell Beteiligten bezieht.

Wenn man schließlich von einem einheitlichen formellen Beteiligtenbegriff ausgeht, dann gibt es auch keine Nuance innerhalb des formellen Beteiligtenbegriffs dergestalt, daß dieser wegen § 6 Abs. 2 BeurkG nur bei der reinen Beurkundungstätigkeit, also der Verlesung und Belehrung, gilt. Eine solche Differenzierung würde die unselbständige Betreuung von der Beurkundung künstlich abtrennen und die zentrale Stellung von § 14 Abs. 1 BNotO mißachten, der eben nicht durch eine Zuständigkeitsvorschrift inhaltlich

²²⁸ Vgl. schon oben unter E II 2 c, Seite 166.

begrenzt wird. Im übrigen würde auch § 6 Abs. 2 BeurkG übermäßig interpretiert.

(3) Haftungsrechtlicher Ansatz

Bei der Beurkundung haftet der Notar für Amtspflichtverletzungen gemäß § 19 Abs. 1 S. 2, 1. Hs. BNotO subsidiär. Bei der Betreuung haftet er dagegen ausnahmsweise primär und nicht subsidiär gegenüber dem „Auftraggeber“, 2. Hs. Allein nach dem Wortlaut dieser Vorschrift haftet der Notar dann wiederum subsidiär, wenn er eine Amtspflicht gegenüber dem materiell Beteiligten fahrlässig verletzt.

Sollte eine Neutralitätspflichtverletzung eine solche Haftung begründen, dann würde der Notar gegenüber seinem Auftraggeber unmittelbar, gegenüber den materiell Beteiligten aber nur subsidiär haften. Wenn aber beiden gegenüber die Neutralitätspflicht in gleicher Weise besteht, dann ist diese Regelung zumindest für den materiell Beteiligten benachteiligend und ungerecht, weil er erst recht auf die Berufspflicht zur Unparteilichkeit angewiesen ist. Der im wesentlichen Betroffene der Pflicht zur Unparteilichkeit, nämlich der materiell Beteiligte, könnte

augenscheinlich nur auf subsidiäre Haftung zurückgreifen und stünde somit schlechter da als der formell Beteiligte.

Aus dem in § 19 Abs. 1 S. 2, 2. Hs. BNotO benutzten Begriff Auftraggeber leitet sich deshalb ab, daß nur diesem gegenüber die Pflichten des Notars gelten. Da er der formell Beteiligte ist, gilt die Pflicht zur Unparteilichkeit allein ihm gegenüber. Ansonsten müßte man sich über den Wortlaut „Auftraggeber“ durch Einbeziehung des materiell Beteiligten hinwegsetzen oder die Ungleichbehandlung der Geschädigten hinsichtlich eines Amtshaftungsanspruches in Kauf nehmen.

Allerdings ist bereits hier schon anzumerken, daß eine solche Verhaftung am Wortlaut möglicherweise nicht belastbar vertreten werden kann²²⁹.

(4) Keine Existenz von materiell Beteiligten bei Betreuungstätigkeiten

Bei einer Tätigkeit des Notars nach § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO fehlt es an einer unmittelbar gestaltenden Auswirkung wie bei der Beurkundung. Deshalb ist die Definition des

²²⁹ Vgl. dazu unten unter b bb (2), Seite 246 und F II 2 d, Seite 332.

materiell Beteiligten einer Betreuungstätigkeit im Sinne des § 24 Abs. 1 BNotO problematisch und wenig griffig. Der Begriff in der hier verstandenen Art und Weise wird in Literatur noch Rechtsprechung kontrovers diskutiert. Die Regelung des § 3 BeurkG war nicht voll übertragbar²³⁰.

Denkbar ist es deshalb, daß es überhaupt gar keinen materiell Beteiligten bei § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO gibt. Es wird schlicht ein Rechtsrat eingeholt, der keine gestaltende Auswirkung auf Nicht-Ansuchende hat. Folglich könnten weitere Personen neben dem formell Beteiligten gar nicht einbezogen sein. Bei § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO ist dies nur deshalb möglich, weil er insoweit eine Ausnahmenvorschrift ist.

Ein solcher Ansatz, die Existenz des materiell Beteiligten für unmöglich zu erkennen, widerspricht aber der im Grundsatz anerkannten Einbeziehung Dritter als Benefiziarer einer Amtstätigkeit. Außerdem besteht die materielle Beteiligung nicht an einer bestimmten notariellen Tätigkeit, sondern an einem dem Ansuchen zugrundeliegenden Sachverhalt, weshalb auch ein schlichter Rechtsrat einen materiell Beteiligten schaden kann.

²³⁰ Vgl. oben unter D I 2 b, Seite 125.

cc) Vergleich von § 24 Abs. 1 S. 1 und S. 2 BNotO

Vergleicht man den Wortlaut von § 24 Abs. 1 S. 1 und S. 2 BNotO, so fällt auf, daß in Satz 2 eine Beschränkung ausdrücklich unter der Maßgabe „anderer Vorschriften“ erfolgt. Deshalb ist die Betreuungstätigkeit nach Satz 1 aber nicht unbeschränkt, sondern liegt immanent im Zweck und Wesen des Notariats; auf das Verhältnis zwischen Zulässigkeits- und Zuständigkeitsvorschrift wurde mehrfach hingewiesen. Weil die Pflicht zur Unparteilichkeit ein Verhaltensgebot ist, ist § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO eine beschränkende und eine „andere Vorschrift“ im Sinne des § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO²³¹. Insoweit stimmen die beiden Vorschriften also überein. Trotz des einheitlichen Schutzzumfanges des Überparteilichkeitsgebots nur zugunsten der formell Beteiligten kann dennoch bei § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO ein formeller, bei Satz 2 hingegen ein materieller Beteiligtenbegriff gelten.

BGHZ 51, 301 ff weist auf diese Tatsache hin. Der Notar dürfe seinen Mandanten nicht gegenüber einem anderen auf

„gleicher Ebene“ vertreten, also nur gegenüber einem anderen auf „ungleichen Ebene“. Das Gesetz ordne durch ausdrückliche Nennung der Gerichte und Verwaltungsbehörden an, daß der Notar nur gegenüber diesen als „ungleiche Ebene“²³² vertretend tätig sein darf, ansonsten aber nicht. Das bedeute zum einen, daß er gegenüber materiell Beteiligten auf dieser „ungleichen Ebene“ auch beratend tätig sein darf, zum anderen aber und vor allem, daß er gegenüber einer „gleichen Ebene“ zwar nicht vertreten, wohl aber in sonstiger Weise tätig werden, eben also etwa beraten darf. Betont ist in Satz 2 der Vorschrift also die Vertretungstätigkeit, was ein Auftreten bedeutet und weshalb ein interner Rat zulässig ist.

Insofern ist es nicht widersprüchlich, bei § 24 Abs. 1 S. 1 und S. 2 BNotO einen unterschiedlichen Schutzzumfang anzunehmen. Im Gegenteil: die umfassende Darstellung des formellen Beteiligtenbegriff ist erst mit dem Vergleich dieser beiden Zuständigkeitsregeln abgeschlossen. Die Unparteilichkeit verbietet dem Notar gegenüber einer materiell beteiligten „gleichen Ebene“ zwar die Vertretung,

²³¹ Anders offenbar noch Habscheid NJW 1964, 1502, 1504 mit Blick auf die Unabhängigkeit, die ein ebenfalls unabhängiges Gericht dem Notar nicht vorwerfen dürfe.

nicht aber die vorgelagerte sonstige Betreuung wie Beratung und Entwurfstätigkeit. Satz 2 bestätigt somit den formellen Beteiligtenbegriff.

Wenn ihm auch diese Betreuung hätte untersagt werden sollen, dann hätte das Gesetz nicht zwischen Betreuung und Vertretung differenzieren dürfen. Eine solche Differenzierung ist indessen kein Zufall, da § 3 Abs. 1 BRAO für den Rechtsanwalt die Parallelität von Beratung und Vertretung vorsieht und das Gesetz somit diese Begriffe bewußt zuordnet.

Es ist festzuhalten, daß der formelle Beteiligtenbegriff konsequent bei § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO gilt und dieses in Satz 2 bestätigt wird. Hier darf der Notar ausnahmsweise „auch“ gegenüber der erwähnten „höheren Ebene“ „vertreten“, natürlich aber beraten (Satz 1). Umgekehrt darf er gegenüber einer „gleichen Ebene“ nicht „vertreten“, wohl aber nur „beraten“ (Satz 1). Die Betonung, der anordnende Charakter dieser Regelung liegt also auf „vertreten“ – allein die „Vertretung“ gegenüber einer „gleichen Ebene“ ist dem Notar versagt. Hierin liegt der Unterschied zur anwaltlichen Beratung nach § 3 Abs. 1 BRAO. Diese muß gegenüber

²³² Zum Begriff „ungleiche/gleiche Ebene“ s.u. E VI 1, Seite 267 ff.

einer „gleichen Ebene“ nicht bei der Beratung aufhören, sondern kann auch den nächsten Schritt einer Vertretung umfassen.

dd) Begriff Unparteilichkeit

Eine weitere Begründung zur Annahme eines nur formellen Beteiligtenbegriffs gelingt nicht anhand des Begriffs Unparteilichkeit selbst. Vor allem eine etymologische Hinterfragung der Partei in Unparteilichkeit führt nicht weiter, sondern ist zu weit hergeholt, um auch den aktuellen²³³ Vertretern dieses Ergebnisses zu gefallen²³⁴.

Ein ähnlicher und somit ebenfalls kaum überzeugender Ansatz wäre es, nur diejenige Partei im Sinne der Unparteilichkeit zu betrachten, die körperlich vor dem Notar sitzt. Plakativ formuliert hieße das, Partei sein kann nur derjenige, den der Notar unmittelbar vor sich sieht, weil nur er an den persönlichen Belehrungen des Notars Teil hat. Bei einem einseitigen Ansuchen gäbe es dann für den Notar nur eine Partei: seinen vor ihm sitzenden Auftraggeber. Jedoch ist die körperliche Anwesenheit des Ansuchenden nur bei

²³³ Anders wohl noch Habscheid NJW 1964, 1502 ff.

²³⁴ Vgl. oben unter C II 1 b, Seite 71.

der Beurkundung erforderlich, § 6 Abs. 2 BeurkG, während das Ansuchen zur einer Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO auch schriftlich oder fernmündlich erfolgen kann. Indessen hat dieser Ansatz ergänzenden Charakter, da auch der formell Beteiligte anlässlich seines Ansuchens erschienen ist.

ee) Blick auf die Praxis

Wie man sich in der Theorie auch entscheiden mag, wesentlich ist, ob es dem Notar in der Praxis überhaupt möglich ist, unparteiisch gegenüber materiell Beteiligten zu sein. Die Grenze seiner Amtstätigkeit, daß er oder sein Mandant das notarielle Amt zum Zwecke des Mißbrauches benutzt oder instrumentalisiert, kann angesichts der gesonderten Amtspflicht nach § 14 Abs. 2 BNotO unberücksichtigt bleiben.

So könnte man darauf verweisen, daß es dem Notar unmöglich ist, die oben genannten Fallgruppen jeweils dann, wenn es einen materiell Beteiligten gibt, in ausreichender Tiefe und mit umfassender Voraussicht zu analysieren. Oft teilt der Mandant nämlich nicht den vollen Sachverhalt mit, und zwar nicht nur aus Nachlässigkeit, sondern auch dann, wenn er voraussieht, daß der Notar

seines persönlichen Vertrauens unter Umständen anderenfalls seine Tätigkeit abbrechen müßte. Wenn dann trotzdem die Pflicht zur Unparteilichkeit in aller Differenziertheit gilt, muß der Notar jede Beratung sofort ablehnen, was § 24 Abs. 1 BNotO aushöhlen würde. Die Erkennbarkeit einer möglichen Parteilichkeit ist schlicht zu problematisch.

Doch dies ist eine Frage, wie man den Notar, der eine mögliche Parteilichkeit sorgfältig geprüft hat, im Falle des Irrtums schützt und damit auch sein Haftungsrisiko überschaubar macht. Diese Frage zur subjektiven Seite verlangt zu ihrer Lösung nicht, daß man den Adressatenkreis der Pflicht zur Unparteilichkeit und diese damit selbst nur deshalb objektiv eingrenzt, weil es subjektiv schwierig ist festzustellen, ob ein materiell Beteiligter existiert oder ob eine rechtliche Konfliktsituation dem Ansuchen zugrunde liegt. Hier handelt es sich nicht um ein Argument zur Eingrenzung der Neutralitätspflicht, sondern um eine Folge, die einer gesonderten Untersuchung bedarf, wenn die Ansicht der Literatur und Rechtsprechung, einen formellen Beteiligtenbegriff anzunehmen, abgelehnt wird.

ff) Zusammenfassung

Alles in allem bieten vor allem der Vergleich zur Beurkundung und der Blick auf das Verhältnis von § 24 Abs. 1 S. 1 und S. 2 BNotO genug stichhaltige und nachvollziehbare Argumente, um einen formellen Beteiligtenbegriff bei § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO anzulegen.

Überzeugend scheint vor allem das Argument, den Schutzzumfang der Unparteilichkeit im ganzen Notarrecht einheitlich zu ziehen. Gerade bei den üblicherweise zu beurkundenden Rechtsgeschäften wird deutlich, daß die Rechtspflege nur zugunsten des „Auftraggebers“ gelten kann. Die Annahme eines materiellen Beteiligtenbegriffs zur Bestimmung des Begünstigten würde gekünstelt wirken und praktische Folgeprobleme, insbesondere im subjektiven Bereich der Erkennbarkeit einer Pflichtverletzung, nach sich ziehen. Im Ergebnis wäre eine Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO kaum noch möglich, was der Gesetzgeber mit Schaffung der Zuständigkeitsvorschrift so nicht beabsichtigt haben kann.

Aus diesem Blickwinkel ist die Pflicht zur Unparteilichkeit bei Tätigkeiten des Notars nach § 24 Abs. 1 BNotO

beschränkt. Der Notar dürfte seine Mandanten zulasten materiell Beteiligter so betreuen, daß sein Rat oder sein Entwurf in umgesetzter oder verwendeter Form die rechtliche Stellung des materiellen Beteiligten unmittelbar benachteiligend beeinflusst.

b) Auch materieller Beteiligtenbegriff

Im folgenden soll untersucht werden, inwiefern es sich rechtfertigen läßt, daß die Pflicht zur Unparteilichkeit auch gegenüber dem materiellen Beteiligten gilt und Schutzwirkung entfaltet. Zur Klarstellung soll darauf hingewiesen werden, daß die Annahme eines materiellen Beteiligtenbegriffs erst recht auch zur Unparteilichkeit gegenüber dem formell Beteiligten verpflichtet.

Im Falle einer Bejahung würden dann andere Kriterien als der Beteiligtenbegriff zur Handhabung der dann sehr weiten und umfassenden Pflicht des Notars zur unparteilichen Betreuung aufzufinden sein.

aa) Betrachtung des Notariats und der Unparteilichkeit

Für die Annahme eines materiellen Beteiligtenbegriffs spricht vor allem die Betrachtung des notariellen Berufsbildes im Hinblick auf die Berufspflicht zur Unparteilichkeit.

(1) Daseinsfürsorge

Dazu ist zunächst festzuhalten, daß der Staat schon grundsätzlich seiner Daseinsfürsorge nachkommt, indem er die Stellung und Institution der Rechtsberatung und des Notars gesetzlich gewährleistet.

Der Auftrag an den Gesetzgeber zur Gewährleistung der Daseinsfürsorge im weiteren ist zu unbestimmt, als der Staat bestimmte Organe der Rechtspflege schaffen müßte. Allerdings leuchtet ein, daß der Staat seinem Auftrag nur durch die Schaffung eines zwingend unparteilichen Rechtsberaters Rechnung trägt und den besonders vertrauenswürdigen, eben „staatlichen“ und beliebigen Notar anbietet, um den privatrechtlichen und parteilichen Interessenvertreter zu konterkarieren. Dieses schlägt sich in der Pflicht zur Unparteilichkeit nieder.

Eine Parteilichkeit gegenüber bestimmten Personen, hier also den materiell Beteiligten, liefe dieser Idee, im Rahmen der Daseinsfürsorge dem Bürger auch eine andere Form der Rechtsberatung zur Verfügung zu stellen, zuwider. Es bedarf einer Daseinsfürsorge nicht, weil es schon ausreichend parteiische Rechtsberater gibt. Die Institution des Notariats im Rahmen der staatlichen Daseinsfürsorge wäre ansonsten nur punktuell gewährleistet, nämlich abhängig von der Notartätigkeit und abhängig von der Art des Ansuchens, ob Beurkundung oder Betreuung gewünscht werden. Damit wäre die Unparteilichkeit des Notars als solche ebenso punktuell abhängig von der Art des Ansuchens. Das wäre inkonsequent, es würde die Amtspflicht der Neutralität relativieren, es würde die Zuständigkeit des Notars über die Zulässigkeit seiner Tätigkeit entscheiden.

(2) Stellung des Notars

Die besondere Stellung des Notars wird durch die Zulassungsbegrenzungen und seine fachliche Qualifikation gegenüber der anwaltlichen Zulassung verdeutlicht. Auf die

Zahlenverhältnisse von Notaren und Anwälten wurde hingewiesen²³⁵.

Die durch das Ausleseverfahren, nämlich insbesondere die Bedürfnisprüfung und die besonderen Regelungen hinsichtlich des Zugangs zum Notaramt, hervorgehobene Stellung des Notars unterscheidet ihn deutlich vom Rechtsanwalt. Die Aufhebung dieser Differenzierung durch eine Annäherung der Berufsbilder in Form einer schleichenden, punktuellen Auflösung des wesentlichen Charakter- und Unterscheidungsmerkmals, angefangen mit der Neutralitätspflicht als Kardinalspflicht, widerspricht diesem gewachsenen und durch Berufsordnungen geregelter Nebeneinander.

Auf diesem Gedanken beruht auch § 24 Abs. 2 BNotO. Er verlangt eine Zuordnung der Tätigkeit zum Anwalts- oder Notarberuf, eben weil die Berufsbilder sowohl durch das Gesetz in §§ 1, 14 BNotO sowie §§ 1, 3 BRAO als auch durch die Erwartung des Rechtsverkehrs²³⁶ unterschiedlich geprägt sind. Dürfte der Notar wie der Anwalt parteiisch sein, müßte § 24 Abs. 2 BNotO, vereinfacht ausgedrückt, als

²³⁵ Vgl. oben unter C II 1 a, Seite 64.

²³⁶ Vgl. oben unter C II 1 a, Seite 64.

eine reine Vorschrift für die frei wählbare Kostenabrechnung nach Kostenordnung oder Rechtsanwaltsvergütungsgesetz zu sehen sein. Auf jeden Fall würde die Abgrenzung der Anwalts- und der Notartätigkeit in der Person des Anwaltsnotars verschwimmen²³⁷ und das Anwaltsnotariat als solches gefährden. Der BGH selbst entscheidet anhand der notariellen Pflicht zur Unparteilichkeit, ob der Anwaltsnotar als Anwalt oder als Notar tätig wurde²³⁸.

Die unterschiedlichen Berufsbilder und -pflichten sind dem Rechtssuchenden im wesentlichen bekannt, zumal der Notar oft über die Beurkundungstätigkeit identifiziert wird. Schon deshalb ist dem Mandanten der Wechsel des Rechtsberaters im Falle einer Streitigkeit zumutbar. Eine Schädigung des notariellen Ansehens im Verfahren, im Rechtsverkehr oder in der Mandantengunst hat das nicht zur Folge, eher eine Stärkung der Konturen der Berufsbilder. Im übrigen schützen weder § 14 Abs. 1 BNotO noch § 24 Abs. 1 BNotO den Rechtsverkehr insoweit, als der Mandant die

²³⁷ Vgl. die Nachweise bei Jungk AnwBl. 1999, 343, 346; auch Schippel FS Bengl S. 405, 418.

²³⁸ Ganter WM 2000, 641 m.w.N. neben BGH WM 2000, 193.

vollständige Bearbeitung eines standeswidrigen und berufsrechtlich unzulässigen Ansuchens nicht erwarten darf.

Die Position des Notars in Gesetz und Gesellschaft, die Idealisierung seiner Amtspflicht zur Unparteilichkeit und seine fachliche Qualifikation verlangen²³⁹, die Unparteilichkeit so weit auszudehnen wie möglich. Es können daher durch Gesetz punktuell angeordnete Einschränkungen wie etwa des Begünstigten bei der Beurkundung eher hingenommen werden, als das grundsätzliche Schutzniveau der notariellen Amtspflichten insgesamt zu tief aufzuhängen.

(3) Bedeutung der Amtspflicht zur Unparteilichkeit

Vorstehend wurden Argumente zum Einbezug des materiell Beteiligten in den Kreis der Begünstigten der Amtspflicht aus der Stellung und dem Berufsbild des Notars gewonnen. Die folgenden Erwägungen zur Bedeutung der Unparteilichkeit für das Notariat gehen mit diesen Feststellungen einher.

²³⁹ Vgl. im einzelnen oben den Abschnitt C II, Seite 63 ff.

(3.1) „Beteiligtenlosigkeit“ der Pflicht zur Unparteilichkeit

Die Einbeziehung des materiell Beteiligten in den Schutzzumfang der notariellen Pflicht zur Unparteilichkeit wird vor allem vom Charakter dieser Amtspflicht gefordert. Ihre das Notariat wesensbestimmende Konzeption und ihre abstrakte, gleichzeitig aber ein bestimmtes Verhalten verlangende Ausgestaltung verbietet es, sie in Abhängigkeit zu einem besonders engen Personenkreis zu stellen, um sie praktisch besser in den Griff zu bekommen.

Zudem ist auch in § 14 Abs. 3 BNotO, der den Anschein einer Parteilichkeit behandelt, „der Beteiligte“ als Betroffener nicht vorgesehen, was die hohe Abstraktion und Bedeutung der Pflicht zur Unparteilichkeit unterstreicht. Der Anschein der Parteilichkeit wird auch nicht nur gegenüber formell Beteiligten, sondern vor allem gegenüber den materiell beteiligten Personen vermittelt. Gerade diesen gegenüber entfaltet die Unparteilichkeit Bedeutung und ihren Schutzzweck, auch wenn die Situation des Ansuchens für den Notar durch eine gesonderte Überprüfung des Sachverhalts hinsichtlich seiner Pflicht zur Unparteilichkeit verkompliziert wird. Die Schädigung der notariellen Vertrauensposition und damit auch des Notariats wäre

unmittelbare Folge einer Außerachtlassung des besonders schutzbedürftigen materiell Beteiligten. Insofern muß die Pflicht zur Unparteilichkeit als „beteiligtenlos“, nämlich hinsichtlich eines Begünstigten als nicht beschränkt, verstanden werden.

(3.2) Auswirkungen einer Parteilichkeit

Bereits mehrfach wurde nicht nur auf die zentrale und bestimmende Funktion der Pflicht zur Unparteilichkeit eingegangen, sondern auch die Erwartungen des Rechtsverkehrs gegenüber der notariellen Tätigkeit benannt.

Bei der Entwurfstätigkeit werden die Auswirkungen einer Parteilichkeit offenkundig. Üblicherweise ist der materiell Beteiligte eher geneigt, einen Vertragsentwurf von seinem eigenen Rechtsberater überprüfen zu lassen, wenn er von einem Rechtsanwalt der Gegenseite stammt. Der notarielle Entwurf wird insoweit anders behandelt, weil ihm gegenüber auf der Grundlage der aus dem Beurkundungsrecht bekannten Unparteilichkeit gewisses Vertrauen entgegengebracht wird. Die Gefahr liegt bei der Entwurfstätigkeit darin, daß hier schon der reine Entwurf zulasten des materiell Beteiligten effektiv einsetzbar ist und

dieser verständlicherweise enttäuscht ist, wenn es sich um eine völlig einseitige Tätigkeit handelte. Es ist nicht auszuschließen, daß hierunter das Amt des Notars leiden würde.

Ferner ist es in sich widersprüchlich, wenn eine Amtspflicht des Notars grundsätzlich gegenüber Dritten und somit erst recht gegenüber materiell Beteiligten als deren Benefiziere rechtliche Wirkung entfaltet, diese notarielle Kardinalspflicht der Unparteilichkeit bei Tätigkeiten nach § 24 Abs. 1 BNotO aber ausnahmsweise nicht gelten soll. Die Pflicht des Notars zur Unparteilichkeit ist ein Grundsatz der notariellen Amtstätigkeit und ein tragender Pfeiler des Notaramtes. Wenn man sie aber auf die formell Beteiligten begrenzt, zerstört man ihre Konsistenz und Stringenz. Sollte dieser Grundsatz eingeschränkt sein, müßte der Gesetzgeber ausdrücklich festlegen, daß bei einer Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO ausnahmsweise, nämlich gegenüber den materiell Beteiligten, parteiische Rechtsberatung durch den Notar erbracht werden darf.

(3.3) Vertrauen in das Notaramt nach der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung beachtet diese Bedeutung der notariellen Pflicht zur Unparteilichkeit an anderer Stelle durchaus. Ohne an dieser Stelle ins Detail zu gehen, wie sie die Unparteilichkeit allgemein wahrnimmt, soll kurz dargestellt werden, wie BGH und Bundesverfassungsgericht bereits eine lediglich potentielle Gefährdung der Unparteilichkeit begutachten. Ihr Standpunkt, auch wenn an anderer Stelle zur Genehmigung von Nebentätigkeiten begründet, spricht für die Zugrundelegung eines materiellen Beteiligtenbegriffs.

Der BGH²⁴⁰ sieht die Pflicht des Notars zur Unparteilichkeit grundsätzlich gefährdet, wenn dieser einen Posten im Aufsichtsrat eines Unternehmens hat, das laut Satzung Vermittlungstätigkeit betreibt. Auf die tatsächliche Vermittlungstätigkeit komme es nicht an.

Das Bundesverfassungsgericht hob diese Entscheidung zwar wegen Art. 12 Abs. 1 GG auf²⁴¹, schwächte dieses Urteil aber ab, indem es ausdrücklichen darauf hinwies, daß eine derartige Einschränkung der beruflichen Tätigkeit des

²⁴⁰ BGH NJW 2000, 3574; vgl. ergänzend BGH DNotZ 1994, 336.

²⁴¹ BVerfG DNotZ 2003, 65 ff.

Notars unter Beachtung des Berufsbildes weniger gravierend durch Auflagen geregelt werden kann.

Beide Entscheidungen rücken die Pflicht des Notars zur Unparteilichkeit in das Zentrum seines Berufsbildes. Wenn das Unternehmen, in dessen Aufsichtsrat der Notar tätig werden will, nur laut Satzung und theoretisch, in der Praxis aber noch nie geschehen, Immobilien vermittelt, sieht der BGH diese vage, theoretische, widerlegbare und vielleicht unbegründete Tätigkeit als Gefährdung der notariellen Pflicht zur Unparteilichkeit bereits gegeben. Damit setzt er hohe Maßstäbe. Demgegenüber sieht das Bundesverfassungsgericht naturgemäß die Gefährdung der Unparteilichkeit gegenüber dem Grundrecht der Berufsfreiheit als weniger gravierend an, greift die Würdigung des BGH darüber hinaus aber nicht an, weshalb es unter anderem Hinweise zu Auflagen bei den streitgegenständlichen Tätigkeiten nach § 8 Abs. 3 S. 4 BNotO gibt.

Mit dem Vertrauen in das Amt zentral in beiden Entscheidungen, muß festgehalten werden, daß dieses Vertrauen eben nicht nur vom Auftraggeber allein entgegengebracht wird, sondern die Allgemeinheit ein

Interesse daran hat, daß der Notar unbestechlich ist und er das entgegengebrachte, uneingeschränkte Vertrauen abstrakt rechtfertigt. In diesem Sinne ist die Entscheidung des BGH zu deuten. Die Neutralität bestimmt sich nicht nach einem bestimmten Auftraggeber. Die möglichen (hier § 8 Abs. 3 S. 4 BNotO) Nebentätigkeiten müssen dieses weite Verständnis der Neutralitätspflicht berücksichtigen.

(3.4) Mitwirkungsgebote und nachwirkende

Neutralitätspflicht

Die Mitwirkungsverbote (§ 3 BeurkG, § 45 BRAO) und das nachwirkende Neutralitätsgebot (§ 14 Abs. 1 BNotO) unterlegen und sichern die Unparteilichkeit der notariellen Tätigkeit. Hier können sogar reine Tatsachen, wie das Teilen von Büroräumen, den Anschein der Unparteilichkeit trüben, vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 4 BeurkG. Damit kommt es wie bei der vorstehenden Entscheidung des BGH zum Aufsichtsrat nicht darauf an, ob die Tätigkeit des Notars letztendlich und tatsächlich seine Pflicht zur Unparteilichkeit verletzt, sondern die äußerliche, mögliche und scheinbare Realisierung reicht für die Versagung der Tätigkeit aus.

(4) „Geschäftsführung ohne Auftrag“

Schließlich geht auch der Vergleich zur Geschäftsführung ohne Auftrag fehl.

Ein Aufwendungsersatzanspruch knüpft nämlich an tatsächlichen Aufwendungen an. Der Notar hat aber keine Aufwendungen, wenn er nur nicht (weiter) tätig sein darf gegenüber dem Ansuchenden. Auch wenn die Unparteilichkeit ein Verhaltensgebot ist, so ist sie kein Tätigkeitsgebot dahingehend, zur (Wieder-) Herstellung der Unparteilichkeit aktiv eine kompensierende Maßnahme zu ergreifen²⁴², zumal der Notar das Geschäft des Ansuchenden übernimmt. Der Notar erfüllt mit Einhaltung der Unparteilichkeit seine Amtspflicht und nimmt keine durch Vertrag oder Gesetz geforderte Tätigkeit im Interesse des materiell Beteiligten vor, sich um dessen Rechte und Interessen zu kümmern, noch hat er eine entsprechende Absicht.

²⁴² Vgl. dazu auch unten F I 2 a, Seite 314.

Im übrigen ist es zweifelhaft, von „Geschäftsführung“ zu sprechen, wenn der Notar seine Berufspflicht wahrnimmt, ohne sie zugunsten einer bestimmten Person auszuüben.

bb) Blick auf die Beurkundung

Bei der Beurkundung gilt der formelle Beteiligtenbegriff für „die Erschienenen“ gemäß § 6 Abs. 2 BeurkG. Es fragt sich, inwieweit diese Tatsache für die Annahme eines materiellen Beteiligtenbegriffs relevant ist.

(1) Grundsatz des materiellen Beteiligtenbegriffs im Notarrecht

Es ließe sich behaupten, daß § 6 Abs. 2 BeurkG nicht eine Ausführungsvorschrift oder Klarstellung zum formellen Beteiligtenbegriff ist, sondern es sich um einen Ausnahmetatbestand zu dem ansonsten geltenden materiellen Beteiligtenbegriff handelt.

Weil § 14 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 BeurkG einen völlig unterschiedlichen Regelungsgehalt haben, nämlich die Anordnung einer das Notariat prägenden Amtspflicht gegenüber der Definition des „Erschienenen“ im

Beurkundungsrecht, verträgt sich diese Annahme mit dem Verhältnis der Vorschriften zueinander durchaus. Der formelle Beteiligtenbegriff gilt nur auf besondere gesetzliche Anordnung²⁴³, was eben durch § 6 Abs. 2 BeurkG für das Beurkundungsrecht allein geschieht.

§ 24 Abs. 1 S. 1 BNotO eignet sich als Zuständigkeitsvorschrift zur Definition des „Beteiligten“ nicht, zumal eine diesbezügliche Deutlichkeit, wie sie aus § 6 Abs. 2 BeurkG hervorgeht, fehlt. § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO kann dagegen als eine solche Vorschrift begriffen werden, wozu es Anlaß angesichts seiner Konkretisierung der unterschiedlichen „Ebenen“ gibt²⁴⁴.

Eine andere Interpretation, die entweder § 6 Abs. 2 BeurkG als Klarstellung des gesetzlichen Regelfalls, daß Unparteilichkeit nur gegenüber formell Beteiligten gilt, ansehen oder diese Vorschrift analog heranziehen würde, geht unter diesen Gesichtspunkten fehl. Das ergibt sich im einzelnen aus folgendem:

²⁴³ So auch Reithmann DNotZ 1970, 5, 10 bzgl. der Verschwiegenheitspflicht.

²⁴⁴ Vgl. dazu unten unter E VI, Seite 266 und oben unter E III 6 a cc, Seite 214.

(1.1) Sinn des § 6 Abs. 2 BeurkG

§ 6 Abs. 2 BeurkG beschränkt die Unparteilichkeit auf den Ansuchenden und nimmt ausnahmsweise einen formellen Beteiligtenbegriff für das Beurkundungsrecht an. Dies ist erforderlich, um dem Notar die Beurkundungstätigkeit überhaupt zu erlauben.

Wenn der materiell Beteiligte einer Testamentsbeurkundung geschützt wäre, dürfte der Notar eine „enterbende“ Regelung aus Gründen der Unparteilichkeit gar nicht vornehmen. Ohne die Beschränkung von § 6 Abs. 2 BeurkG ginge die in § 2232 BGB angeordnete Beurkundung eines Testaments ins Leere, weil der Notar zwar materiellrechtlich zuständig, jedoch die Tätigkeit nicht zulässig wäre. Daß sie dennoch zulässig ist, ergibt sich in diesem konkreten Fall zum einen daraus, daß der „Enterbte“ keinen rechtlichen Anspruch hat, seine ungesicherte Stellung als zukünftiger Erbe zu behalten, solange der Erbfall noch nicht eingetreten ist. Allerdings sei daran erinnert, daß die Unparteilichkeit auch wirtschaftliche Aspekte hat, so daß

auch eine Parteilichkeit gegenüber noch nicht gefestigten Rechtspositionen grundsätzlich in Betracht kommt²⁴⁵.

Zum anderen ermöglicht die in § 6 Abs. 2 BeurkG normierte Beschränkung der Unparteilichkeit auf den formellen Beteiligtenbegriff aber auch den grundsätzlichen Schluß, daß der materielle Beteiligtenbegriff im übrigen gelten muß. Ansonsten wäre § 6 Abs. 2 BNotO nicht erforderlich.

(1.2) Schutz des materiell Beteiligten in der Beurkundung

Im Unterschied zur Betreuungstätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO wird der materiell Beteiligte einer Beurkundung regelmäßig durch die Belehrung nach § 17 BeurkG geschützt, weil das Gesetz in der Regel seine Anwesenheit bei der Beurkundung erfordert. Es gibt bei der Beurkundungstätigkeit den materiell Beteiligten also nicht in dem Maße wie er bei der Betreuungstätigkeit vorkommt.

So wird vor allem der materiell Beteiligte eines beurkundungsbedürftigen mehrseitigen Rechtsgeschäfts regelmäßig in der Rolle eines formell Beteiligten an dieser Beurkundung geschützt, so etwa der Erbverzichtende gemäß

²⁴⁵ Siehe oben unter C II 1 b, Seite 71.

§§ 2346, 2348 BGB. Dieser materiell Beteiligte muß zur Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts „erscheinen“ gemäß § 6 Abs. 2 BeurkG. Seine Rechtsposition wird als formell Beteiligter geschützt, solange das Ansuchen dasjenige einer Beurkundung ist und es sich um ein mehrseitiges Rechtsgeschäft handelt. Nuancen zur dieser allgemeinen Feststellung ergeben sich, wenn man die Betreuung auch bei einseitigen beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäften näher betrachtet (dazu sogleich).

Festhalten läßt sich aber bereits hier, daß die Aussagen des Gesetzes zum Begünstigten der Amtspflichten bei beurkundender Tätigkeit nicht auf das Betreuungsrecht übertragbar sind. Die Schutzbedürftigkeit des materiell Beteiligten ist im Beurkundungsrecht nicht so wichtig und zentral, wie es im Betreuungsrecht der Fall ist. Statt dessen muß das Betreuungsrecht einen eigenen Beteiligungsbegriff – freilich unter der Beachtung der Einheitlichkeit der Auslegung der Amtspflichten – finden.

(1.3) Vergleich mit beurkundungsbedürftigen

Rechtsgeschäften

Es sei an die oben dargestellte Problematik angeknüpft, welche den Beteiligtenbegriff anhand des Vergleichs der Betreuung mit beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäften erörterte²⁴⁶.

Als Beispiel sei auf die Beurkundung der Gründung einer GmbH verwiesen, § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Ein Gesellschafter möchte zulasten seines (späteren) Mitgesellschafters eine parteiische Klausel eingearbeitet wissen.

Bei der Beurkundung kann eine solche parteiische Beratung und Beurkundung zuungunsten des zunächst materiell beteiligten Mitgesellschafters ohne Verstoß gegen die Neutralitätspflicht erfolgen. Der Mitgesellschafter wird indessen als formell Beteiligter des Beurkundungsvorgangs (§ 2 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 GmbHG) später gemäß § 17 BeurkG belehrt und insoweit geschützt.

Wird statt einer GmbH eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) gemäß §§ 705 ff BGB aufgrund notariellen

²⁴⁶ Siehe oben unter a bb (1.3), Seite 201.

Entwurfes in privatschriftlicher Form gegründet, muß die Schutzsituation ähnlich aussehen. Dieses gilt gerade für kleine Gesellschaften des Personengesellschaftsrechts, bei denen die Gesellschafter Verbraucher oder in geschäftlichen Dingen unerfahren sind.

Zudem stehen neben der Problematik, exterritoriale Beurkundungen anzuerkennen, im Rahmen der europarechtlichen Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften und der dort diskutierten „Gründungstheorie“ Vorschläge im Raume, auf das Erfordernis der notariellen Beurkundung für die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen in Zukunft zu verzichten²⁴⁷, so daß sich die Problematik auch auf die GmbH ausweiten könnte.

Im übrigen ist der OHG/KG-Vertrag zwar grundsätzlich formfrei, allerdings wird in vielen Fällen auch hier der Notar in Anspruch genommen, zumal die Anmeldung zum Handelsregister ohnehin öffentlich beglaubigt werden muß (§ 12 HGB) oder wenn es um die Abstimmung des KG-Vertrags mit dem Gesellschaftsvertrag der Komplementär-GmbH geht.

²⁴⁷ Hirte, F.A.Z. Nr. 18 vom 22.1.2003, S. 19.

Die Formfreiheit endet dann, wenn einzelne Regelungen des Vertrags einer speziellen Form bedürfen, was ebenfalls nicht selten der Fall ist, etwa im Rahmen der Einbringung einer Immobilie in die Gesellschaft²⁴⁸. Auch hier kann – etwa durch Übertragung nach ausländischem Recht – die notarielle Beurkundung entfallen.

In allen Fällen darf die Schutzbedürftigkeit des materiell Beteiligten nicht leiden. Der eingangs beschriebene Mitgesellschafter erscheint nun nicht mehr vor dem Notar und wird deshalb auch nicht mehr belehrt, kann aber durch den notariellen Entwurf einer in der Schweiz beurkundeten GmbH gleichermaßen benachteiligt werden. Dem Unparteilichkeitsgebot wird nicht gerecht, wenn der Notar einen GbR-Gesellschafter wegen des nur-formellen Beteiligtenbegriffs einseitig betreuen darf, da es hier an der – möglicherweise gerade notwendigen – Absicherung durch die Belehrung fehlt.

Diese Einschätzung stützt sich zusätzlich auf die besondere Vertrauensstellung des Notars, aufgrund derer unerfahrene, materiell beteiligte Mitgesellschafter rechtlich zu schnell benachteiligt werden, weil sie den Notarentwurf nur im

²⁴⁸ Arens/Rinck - Bechtloff § 3 Rn. 32.

Hinblick darauf unterzeichnen, daß er von einem Notar stammt. Erneut ist festzustellen, daß das Vertrauen in die Unparteilichkeit enttäuscht, das Amt beschädigt ist. Diesem beugt man durch die Einbeziehung des materiell Beteiligten als Beteiligten der unparteiischen Amtsführung des Notars vor.

(1.4) Einheitlichkeit der Unparteilichkeit

Ferner stützt sich diese Einschätzung auf die grundsätzlich zu beachtende einheitliche Auslegung des Schutzniveaus der Unparteilichkeit.

Dieser Grundsatz wird zudem insoweit gewahrt, als das Schutzniveau bei der Beurkundung und bei der Betreuungstätigkeit gleich ist. Wie ausgeführt, erfolgt bei der Beurkundung häufig eine spätere Belehrung im Rahmen von § 17 BeurkG, worin insoweit die Unparteilichkeit Ausdruck findet. Dadurch ist es zumindest bei mehrseitigen Rechtsgeschäften nicht erforderlich, auf das Unparteilichkeitsgebot zurückzugreifen, weil hier schon über die Belehrungspflicht Absicherung besteht.

Bei einseitigen Rechtsgeschäften würde ein Erblasser etwa darüber belehrt, welche Pflichtteilsansprüche seine Maßnahme nach sich ziehen würden. Indessen wird der „Enterbte“ tatsächlich nicht belehrt und somit vor allem bei beurkundungsbedürftigen einseitigen Rechtsgeschäften nicht geschützt.

Deshalb ist das Schutzniveau bei Zugrundelegung eines materiellen Beteiligtenbegriffs bei Tätigkeiten nach § 24 Abs. 1 BNotO höher als im Beurkundungsrecht. Dieses scheint gegen den Grundsatz der Einheitlichkeit zu verstoßen. Allerdings rechtfertigt sich der Schluß, im Beurkundungsrecht ein niedrigeres Schutzniveau als im Betreuungsrecht anzunehmen, über die eindeutige gesetzliche Zuweisung des formellen Beteiligtenbegriffs und der damit einhergehenden Definition des Begünstigten in § 6 Abs. 2 BeurkG.

Schließlich entspricht diese Anhebung des Schutzniveaus für den materiellen Beteiligtenbegriffs, dem einheitlichen Berufsbild des Notars und letztlich dem Grundgedanken der Ausgestaltung der notariellen Tätigkeiten, im Zweifelsfall dem Benefiziar eher einen umfassenden als unzulänglichen Schutz zu gewähren. Aus dem Blickwinkel des Notarrechts

darf es keinen Unterschied machen, ob der Begünstigte der notariellen Tätigkeit ein materiell beteiligter Gesellschafter einer (zu beurkundenden) Kapitalgesellschaft oder einer Personengesellschaft ist. Diese Einheitlichkeit gilt sowohl für den einzelnen Notar mit Blick auf seine unterschiedlichen Tätigkeiten als auch im Verhältnis zu seinen Kollegen; der beurkundende Notar sollte nicht die Parteilichkeit seines (dann erlaubterweise parteiisch) beratenden Kollegen ausgleichen müssen.

(1.5) Ausschließliche Maßgeblichkeit der Amtspflichten

Rückschlüsse aus dem Recht der Beurkundung für den Umfang des Überparteilichkeitsgebots und seinen Begünstigten zu ziehen, paßt auch deshalb nicht vollständig, weil die Beurkundung von der Betreuung völlig selbständig ist. Die Tätigkeiten beschreiben unterschiedliche Zuständigkeiten, deren Grenze nicht verschwimmen darf, sonst wäre etwa auch § 53 BeurkG im wesentlichen sinnentleert. Vor allem erklärt sich die Beurkundung nicht aus der Betreuung und umgekehrt. Insofern ist es schwierig, einen Rückschluß hinsichtlich des Begünstigten zu ziehen und darüber das Unparteilichkeitsgebot einzugrenzen.

Bindendes und prägendes Kriterium sind allein die Amtspflichten, insbesondere die Unparteilichkeit, welche ihrerseits die Amtstätigkeiten bestimmt und nicht umgekehrt.

Zwar leuchtet eine Gegenargumentation mit dem Vorteil, die Diskussion der Unparteilichkeit bei Tätigkeiten nach § 24 Abs. 1 BNotO auf den formellen Beteiligtenbegriff zu vereinfachen, durchaus ein. Letztlich handelt es sich aber nur um eine Reaktion auf das zentrale Problem der Unparteilichkeit unter Zugrundelegung des materiellen Beteiligtenbegriffs. Der klare Vorteil des formellen Beteiligtenbegriffs liegt darin, nicht mehr die Erkennbarkeit eines möglichen Amtspflichtverstoßes analysieren zu müssen²⁴⁹. Allerdings rechtfertigt diese zweckoptimierte Auffassung nicht die objektive Annahme eines materiellen Beteiligtenbegriffs zur objektiven Eingrenzung der Unparteilichkeit aus praktischen Gründen am einfachsten Punkt.

²⁴⁹ Dazu unter F, Seite 291; für diese Problematik unter F I 2 e, Seite 324.

(2) Haftungsrechtlicher Ansatz

Der Schluß, daß § 19 Abs. 1 S. 2, 2. Hs. BNotO mit Benutzung des Wortes „Auftraggeber“ Amtspflichten nur gegenüber dem formell Beteiligten zuläßt, ist nur eine mögliche, aber keine zwingende Interpretation dieser Regelung. Vor allem ist sie ein Haftungstatbestand, der seinerseits schon voraussetzt, daß Amtspflichten gegenüber dem Geschädigten bestanden und dies seinerseits nicht erst anordnet. Ferner ist der Begriff Auftraggeber angesichts des sonst benutzten Begriffs Beteiligter unglücklich, zumal zwischen Notar und Geschädigtem kein Auftragsverhältnis im privatrechtlichen Sinne vorliegt.

Der verwandte Begriff ist also aus heutiger Betrachtung unpassend und sollte durch „Beteiligte“ gedanklich ersetzt werden. Dann hilft der Verweis auf § 19 Abs.1 BNotO für die Frage, wer Benefiziar der notariellen Unparteilichkeit ist, nicht weiter.

cc) Vergleich von § 24 Abs. 1 S. 1 und S. 2 BNotO

Der Blick auf die beiden Zuständigkeitszuweisungen von § 24 Abs. 1 BNotO kann ebenfalls zur Begründung des materiellen Beteiligtenbegriffs herangezogen werden.

(1) Unabhängigkeit der Unparteilichkeit von dem Begünstigten

Bereits oben wurde angesprochen, daß die Pflicht zur Unparteilichkeit möglicherweise „beteiligtenlos“ ist²⁵⁰. Auch der Wortlaut von § 24 Abs. 1 S. 1 und 2 BNotO macht deutlich, daß sich der Gesetzgeber gar nicht bewußt war, daß die Auslegung des Beteiligtenbegriffs problematisch sein könnte.

Denn beide Sätze und Varianten der Vorschrift sprechen von den Beteiligten im Plural. Daß nur eine Person zum Notar kommt, ist damit gar nicht bedacht²⁵¹. Hieraus Schlußfolgerungen zu ziehen, erscheint zwar sehr begriffsjuristisch.

²⁵⁰ Siehe oben aa (3.1), Seite 227.

²⁵¹ Auch Wagner AnwBl. 2002, 387, 391: „beide Vertragsparteien begeben sich zum Notar, der gegenüber beiden Beteiligten zu Unparteilichkeit verpflichtet ist“.

Allerdings scheint das Gesetz zumindest von dem Regelfall auszugehen, daß mehrere Beteiligte den Notar um eine betreuende Tätigkeit ansuchen. Dann liegt diese Tätigkeit des Notars in ihrem gemeinsamen Interesse: der Notar soll vielleicht vermitteln oder vollziehend tätig sein. Der materiell Beteiligte wäre dann gar nicht vorgesehen; er wäre dann für § 24 Abs. 1 BNotO und damit für die Unparteilichkeit irrelevant und somit kein Benefiziar.

Genausogut ist aber denkbar, daß die Pflicht zur Unparteilichkeit nicht von einem Begünstigten abhängen soll, weil das ihrem Charakter nicht entspräche. Die gesetzliche Anordnung in § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO, daß die „unparteiliche Betreuung der Beteiligten“ zu erfolgen habe, ist dann in diesem Zusatz bedeutungslos und erst recht keine taugliche Begrenzung der Pflicht zur Unparteilichkeit. Deshalb wird der Beteiligtenbegriff in der Literatur auch nicht ausdrücklich zur Eingrenzung der Unparteilichkeit herangezogen²⁵².

²⁵² Auch Rossak greift ihn in seiner Untersuchung der Unparteilichkeit nicht auf.

(2) Bestätigung der bestrittenen Rechtsprechung im Ergebnis

Die Entscheidung BGHZ 51, 301 zum Sonderfall des § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO kann in ihrem Ergebnis unverändert aus dem Blickwinkel eines materiellen Beteiligtenbegriffs begründet werden.

Es sei daran erinnert²⁵³, daß die Betonung des § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO auf „vertreten“ lag und der BGH das Verbot, gegenüber materiell Beteiligten vertretend tätig zu werden, aus einem Umkehrschluß zur „ungleichen Ebene“ gewann.

Geht man dagegen grundsätzlich von einem materiellen Beteiligtenbegriff aus, dann ordnet Satz 2 „auch“ die Vertretung durch den betreuenden Notar gegenüber Personen einer „ungleichen, höheren Ebene“ an. Insofern liegt der anordnende und ausnehmende Charakter in der gesamten Vorschrift, also in der Tatsache, daß der Notar „auch“ vor einer „höheren Ebene“ vertreten darf. Das Wort „auch“ erweitert also seine Zuständigkeit auf ansonsten unzulässige Bereiche, nämlich der (regelmäßig parteiischen) Vertretung, aber nur gegenüber einer sogenannten „höheren Ebene“. Daß er nicht vor einer „gleichen Ebene“ vertreten

darf, ergibt sich bereits aus dem grundsätzlichen materiellen Beteiligtenbegriff und damit aus Satz 1. Danach gefährdet jede Tätigkeit auf „gleicher Ebene“ die Unparteilichkeit. Ein Umkehrschluß, daß der Notar nur nicht vor einer „gleichen Ebene“ vertreten darf, ist nicht mehr erforderlich²⁵⁴.

Das Neue an Satz 2 ist also eine zulässige Vertretung vor „höherer Ebene“. Weil Satz 2 etwas Neues anordnet, was ansonsten nicht galt, ist er ein echter Ausnahmetatbestand, der sich auf den Beteiligtenbegriff insoweit bezieht, als bei einer Vertretung auf „ungleicher, höherer Ebene“ der formelle Beteiligtenbegriff gilt, d.h. der Notar zugunsten seines formell beteiligten Mandanten und zulasten des materiell Beteiligten auf „ungleicher Ebene“ parteiisch tätig werden darf.

Vorstehend sollte noch nicht abschließend § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO erörtert werden. Vielmehr sollte nur gezeigt werden, daß die Rechtsprechung auch aus dem Blickpunkt eines grundsätzlich materiellen Beteiligtenbegriffs im Ergebnis richtig ist. Das Ergebnis läßt sich sogar besser begründen, weil der BGH auf einen Umkehrschluß angewiesen ist. Bei

²⁵³ Vgl. oben unter E III 6 a cc, Seite 214.

²⁵⁴ Näher und differenzierender unten unter E VI, Seite 266.

Zugrundelegung des materiellen Beteiligtenbegriffes reicht es dagegen aus, sich am Wortlaut zu orientieren. Es läßt sich damit festhalten, daß auch das Zusammenspiel von § 24 Abs. 1 S. 1 und 2 BNotO nicht die Annahme eines formellen Beteiligtenbegriffs erfordert.

(3) Einsatz des notariellen Rats

Der Vergleich zwischen Satz 1 und Satz 2 bietet noch ein weiteres Argument gegen die Annahme eines formellen Beteiligtenbegriffs.

Zwar ist auch nach dem von der Rechtsprechung vertretenen formellen Beteiligtenbegriff die Vertretung eines Mandanten auf „gleicher Ebene“ untersagt. Beraten dürfte er ihn aber.

Der Mandant kann nun den Rat des ahnungslosen Notars benutzen und ihn wortwörtlich auch im Prozeß gegen eine „gleiche Ebene“ einsetzen. Faktisch würde sich diese Situation von einer Vertretung durch den Notar gegenüber einem materiell Beteiligten auf „gleicher Ebene“ nicht unterscheiden. Dadurch wären vollends die Unterschiede zum Berufsbild des Anwalts verwischt, außerdem wäre die

Differenzierung des BGH hinsichtlich § 24 Abs. 1 S. 1 und S. 2 BNotO sowie diese gesetzliche Differenzierung ihrerseits unterlaufen. Wenn der Notar seinen Rat noch mit Stundenhonorar bezahlen lassen könnte, scheint dies auch für ihn eine lukrative Einnahmequelle mit geringem Risiko zu sein – er könnte als Marionettenspieler in jedem Rechtsstreit zumindest vor jedem Amtsgericht auch außerhalb seines Amtsbezirks tätig sein.

dd) Begriff Unparteilichkeit

Wie schon ausgeführt, dürfen die verwendeten Begriffe „Partei“, „Vertretung“ und „Wahrnehmung“ nicht auf die Goldwaage gelegt werden. Inwiefern nämlich eine Vertretung identisch mit der Interessenwahrnehmung sein soll, bleibt im Dunklen. Zum Beispiel führt der BGH im Vorfeld zu seiner Entscheidung in BGHZ 51, 301 aus²⁵⁵:

„Es ist nicht Aufgabe des Notars, in Streitfällen gegenüber anderen Personen bestrittene oder zweifelhafte Rechte oder Interessen eines anderen wahrzunehmen oder zu vertreten.“

Von Parteien ist hier überhaupt nicht die Rede, ebensowenig von Beteiligten. Auch die weitere Formulierung dieses

Leitsatzes ist so offen, daß man eigentlich schon daraus schließen muß, daß kein Notar parteiisch sein darf, solange er im Rahmen seiner Amtstätigkeit verbleibt. Denn der Notar dürfe nicht „gegenüber“ einer „anderen“ „Person“ tätig sein. Hier ist angedeutet, daß es eine andere Person mit einer anderen Auffassung gibt, die nicht unbedingt vor dem Notar sitzen muß und somit Beteiligte ist. Sehr begrifflich nun ist es anzunehmen, daß die Tätigkeit des Notars trotzdem zulässig ist, weil „es“ nur „nicht seine Aufgabe“ sei. Daher, so der BGH weiter, liegt dann eine Amtspflichtverletzung wegen Wahrnehmung gegenseitiger Parteiinteressen vor,

„obwohl er als Notar eine beschränkte betreuende und vertretende Tätigkeit ausüben darf.“

Inwieweit die Beschränkung für die Betreuung gilt und ob die Betreuung sich von der Vertretung unterscheidet, ist unklar.

Man kann die Entscheidung aufgrund ihrer allgemeinen Formulierung nur so deuten, daß es für den Notar unzulässig ist, in Streitfällen zwischen Personen die Interessen der einen gegenüber der anderen Person wahrzunehmen. Dann

²⁵⁵ BGH DNotZ 1966, 409, 410.

steht sie freilich im Widerspruch zu den andern genannten Entscheidungen des BGH. Da diese aber aktueller sind, müßte man sie als Konkretisierung oder Korrektur der oben zitierten Entscheidung verstehen; im Ergebnis bleibt aber fraglich, wie sie miteinander zu vereinbaren sind.

Auch das Wort „Beteiligter“ bringt keine schlüssige Erhellung dergestalt, daß nur jene, die am Ansuchen körperlich Teil haben, erfaßt seien. Auf § 6 Abs. 2 BeurkG wurde hingewiesen. Außerdem ist die körperliche Anwesenheit nicht zwingend. Der Begriff des Beteiligten wird im FGG an verschiedenen Stellen ohne Erläuterung gebraucht. Auch gemäß § 6 FGG Beteiligte sind im formellen und materiellen Sinn Beteiligte²⁵⁶.

c) **Ergebnis**

Sowohl die Literatur als auch der BGH haben bei einer Tätigkeit des Notars nach § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO die Neutralitätspflicht auf die formell Beteiligten des jeweiligen Ansuchens begrenzt. Bei dem Für und Wider dieser Ansicht stößt man beiderseits auf plausible Argumente.

²⁵⁶ Keidel - Zimmermann § 6 FGG Rn. 18, 19 jeweils zu Beginn.

Überzeugender scheint die letztere Ansicht zu sein, daß der Notar nicht nur gegenüber den Ansuchenden seine Pflicht zur Unparteilichkeit zu wahren hat. Diese Überzeugung begründet sich vor allem aus den Argumenten, welche die Abstraktheit und Schlüsselposition der Neutralitätspflicht gegenüber der anwaltlichen Tätigkeit betonen und auf den Unterschied von Betreuung und Beurkundung verweisen. Jeder Abstrich in der Pflicht zur Unparteilichkeit berührt das notarielle Berufsbild und das Vertrauen in dieses Berufsbild. Eine Begrenzung der Amtspflichten auf den Auftraggeber hieße, die Neutralitätspflicht einzugrenzen und zu beschränken. Diese Ansicht widerspricht dem Gesetz und dem Berufsbild des Notars, weshalb sie nicht zu rechtfertigen ist. Im übrigen konnte gezeigt werden, daß grundsätzlich ein materieller Beteiligtenbegriff im Notarrecht herrscht, der nur ausnahmsweise durch Gesetz, insbesondere § 6 Abs. 2 BeurkG und eingeschränkt § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO, modifiziert wird. Schließlich ist festzuhalten, daß die Annahme eines formellen Beteiligtenbegriffs möglicherweise der pragmatischen Überlegung folgt, einer nicht zu übersehenden Anschlußproblematik elegant aus dem Wege zu gehen.

Demgemäß endet die Neutralitätspflicht des Notars bei der betreuenden Tätigkeit auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege nicht bei dem formell Beteiligten des Ansuchens. Insoweit ist sie möglicherweise „beteiligtenlos“, allerdings erscheint die Bezeichnung des materiell Beteiligten als Begünstigten oder Benefiziar treffender, schließt sie doch Unbeteiligte aus und beugt somit Mißverständnissen vor.

Zwar stehen noch weitere Eingrenzungsmöglichkeiten zur Verfügung. Die Fallgruppen (Teil D) zeigen jedoch, daß diese nicht ähnlich umfangreich und konsequent die Unparteilichkeit begrenzen können wie das Kriterium des Begünstigten, weil es sich lediglich um eine punktuelle Relativierung handeln dürfte. Mit Blick auf die oben gebildeten Fallgruppen deutet sich schon hier an, daß mit der Ablehnung des formellen Beteiligtenbegriffs ein erhebliches Abgrenzungs- und Differenzierungsmerkmal genommen ist. Vor allem wird deshalb fraglich sein, ob der Notar bei der Frage der Erkennbarkeit des materiell Beteiligten und einer Konfliktsituation in letzter Konsequenz an die Unparteilichkeit gebunden ist und ihm die Wahrnehmung einer Betreuung nach § 24 Abs. 1

BNotO, der immerhin eine notarielle Zuständigkeit gewährt, überhaupt noch sinnvoll möglich ist.

IV. Eingrenzung der Pflicht zur Unparteilichkeit über die Identität des „Beteiligten“

Bereits in der vorstehenden Analyse wurde wiederholt angedeutet, daß § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO dadurch, daß er dem Notar die Vertretung gegenüber einer „höheren Ebene“ gestattet²⁵⁷, den vorstehend bejahten materiellen Beteiligtenbegriff objektiv einschränkt. Hierin findet sich ein erstes objektives Kriterium zur Eingrenzung der Pflicht zur Unparteilichkeit des Notars bei einer Tätigkeit im Rahmen von § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO.

1. Begründung aus der Perspektive des formellen Beteiligtenbegriffs

Die Literatur und Rechtsprechung erlauben eine nichtvertretende Betreuung durch den Notar bereits durch die Annahme des formellen Beteiligtenbegriffs zu § 24

²⁵⁷ Vgl. BGHZ 51, 301 ff, zitiert unter E III 1, 2, 4 und 6 a cc, b cc, Seite 170 ff.

Abs. 1 S. 1 BNotO, ohne auf einen Erst-Recht-Schluß aus § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO zurückgreifen zu müssen.

2. Begründung aus der Perspektive des materiellen Beteiligtenbegriffs

Bei Zugrundelegung des materiellen Beteiligtenbegriffs darf der Notar ebenfalls parteilich gegenüber einer materiell beteiligten „höheren Ebene“ umfassend betreuend tätig werden.

Jede „höhere Ebene“ im Rahmen des § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO ist an dem Ansuchen des Mandanten, ihn vor ihr zu vertreten, grundsätzlich materiell beteiligt. Wenn der Notar ihr gegenüber ausnahmsweise vertreten darf, dann darf er seinen Mandanten ihr gegenüber erst recht auch beraten und Entwürfe fertigen. Dieser Erst-Recht-Schluß zielt also auf die Identität des materiell Beteiligten: falls er eine „höhere Ebene“ darstellt, darf der Notar ihm gegenüber parteiisch zugunsten seines formell beteiligten Mandanten sein. Anhand der Identität des Beteiligten läßt sich demnach eine erste Grenze der Pflicht zur Unparteilichkeit aufzeigen.

3. Steuerberatung durch den Notar

Die im Rahmen des materiellen Beteiligtenbegriffs hier vorgenommene punktuelle Einschränkung der Neutralität bei einer Tätigkeit gegenüber einer „höheren Ebene“ ermöglicht dem Notar die Steuerberatung.

Ohne die soeben getroffene Einschränkung wäre eine Beratung gegenüber dem Staat als materiell Beteiligten grundsätzlich parteiisch, wenn der Notar über die Vermeidung von Steuernachteilen, das Erreichen von Steuervergünstigungen oder die Ausnutzung von Steuerschlupflöchern berät und danach seine erbrechtlichen oder gesellschaftsrechtlichen Entwürfe ausrichtet. Zwar müßte eine solche Betreuung, die lediglich gesetzliche Möglichkeiten ausschöpft, schon deshalb als eine Benachteiligung des Staates und damit als parteiisch klassifiziert werden können, weil dem Staat Mehreinnahmen gegenüber dem diesbezüglich unberatenen Mandanten und Steuerpflichtigem entgingen. Nur unter Hinzurechnung dieses hypothetischen Kausalverlaufs entstünde also eine Konfliktsituation. Insoweit wäre jede vorteilhafte Ausnutzung des Gesetzes für den materiell Beteiligten

nachteilig und somit konfliktrchtig und parteiisch. Allein das erscheint schon zweifelhaft.

Ferner ist es angesichts der Lenkungsabsichten im Steuerrecht oft vom Gesetzgeber geduldet oder gewollt, daß nicht geregelte Bereiche vom Steuerbürger zu seinen Gunsten ausgenutzt werden (Schlupflöcher). Im Ergebnis nimmt der Staat also den Verlust hypothetischer Mehreinnahmen hin (bewußte Lücke, Lenkungsfunktion). Insofern bestnde kein Konfliktfall, weshalb die Pflicht zur Unparteilichkeit des Notars nicht gefhrtet würde, weil die Beratung im gleichlaufenden Interesse aller Beteiligten und der Staat somit keine taugliche Gegenpartei ist. Es sind aber auch Gestaltungen denkbar, in denen der Notar Vorschläge unterbreitet, die von der Finanzrechtsprechung aufgehoben und als rechtsfehlerhaft beurteilt werden; in diesem Fall hätte der Notar möglicherweise seine Unparteilichkeit durch einseitige, parteiisch und sogar rechtsfehlerhafte Beratung verletzt.

Im Ergebnis ist also der Staat entweder kein materiell Beteiligter im Sinne der Pflicht zur Unparteilichkeit (Kriterium seiner Identität) oder es fehlt an einem entsprechenden, für § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO relevanten

Konflikt zwischen den Interessen des Steuerbürgers und des Staates.

Auf diese Diskussion kommt es mit der nunmehr getroffenen Ausnahme nicht mehr an. Neben dem vorstehend hergeleiteten Erst-Recht-Schluß spricht für diese Lösung auch die Stellung des Notars. Dieser ist Beliehener und damit im weiteren Sinne als Rechtspflegeorgan, plakativ ausgedrückt, Teil des Staates. Mit Schaffung der Zuständigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO berät der „Beleiher“, also der Staat selbst, den privaten Mandanten gewissermaßen gegen sich selbst²⁵⁸.

Es sprechen somit mehrere Gründe dafür, daß der Notar gegenüber dem Staat als „höherer Ebene“ vertreten (§ 24 Abs. 1 S. 2 BNotO), erst recht aber auch einseitig betreuen darf.

²⁵⁸ Die Begriffe und das Innenverhältnis Staat - Notar führt Rossak S. 69 ff aus.

V. Eingrenzung der Pflicht zur Unparteilichkeit bei bestimmten Tätigkeiten

Neben der Identität des materiell Beteiligten könnte möglicherweise das Überparteilichkeitsgebot für bestimmte Tätigkeiten eingeschränkt werden.

1. Eingrenzung nach Zuständigkeit

Problematisch an einem solchen Ansatz ist es bereits, daß hiermit die berufsrechtliche Zulässigkeit der notariellen Tätigkeit über eine Zuständigkeitsvorschrift, nämlich über die jeweilige Aufgabenzuweisung, eingeschränkt wird. Die grundsätzliche Unzulässigkeit einer solchen Vorgehensweise wurde wiederholt thematisiert.

2. Eingrenzung innerhalb einer Zuständigkeit nach Tätigkeit

Aufgrund dessen darf erst recht nicht innerhalb einer einzelnen Zuständigkeit zwecks Eingrenzung der Unparteilichkeit differenziert werden. Beispielsweise ist es unzulässig, unterschiedliche Unparteilichkeitskriterien für die Entwurfserfertigung und Beratung, jeweils im Rahmen

von § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO, zu entwerfen. Das verstieße einerseits gegen die Einheitlichkeit des Rechts, andererseits mißachtet diese Lösung die wiederholt dargelegte Ansicht, daß die Unparteilichkeit nur aus sich selbst beschränkt werden kann.

Entsprechend ist die Interpretation des „unparteiischen Betreuers“ von *Hertel*²⁵⁹ kritisch zu beurteilen. Seines Erachtens konkretisiert sich der „unparteiischen Betreuers“

„in den unterschiedlichen Tätigkeiten in unterschiedlichem Ausmaß: Bei der Anfertigung von Entwürfen muß der Notar einen ausgewogenen Entwurf fertigen. Die Beratung muß zwar objektiv sein, dürfe aber selbst zu Prozeßzwecken erfolgen. Bei der Vertretung müsse der Notar immer neutral sein.

Diese Relativierungen sind mißverständlich, indem sie zum Beispiel offenbar andere Maßstäbe bei Beratung und Entwurf anlegen wollen.

3. Eingrenzung nach Vertragstyp

Wenn man die Tätigkeit wegen ihrer Vielfalt schon nicht selbst entsprechend ausdifferenzieren kann, dann ist dies

²⁵⁹ Eylmann/Vaasen - Hertel § 24 Rn. 8.

vielleicht für den Sachverhalt, der dem Ansuchen und damit der Tätigkeit zugrunde liegt, möglich. Denkbar wäre demnach, die Unparteilichkeit von einem gewissen Vertragstyp abhängig zu machen.

Allerdings ist nicht ersichtlich, warum eine einseitige, parteiische Beratung bei einem gegenseitigen Vertrag und einem einseitigen Rechtsgeschäft unterschiedlich beurteilt werden sollte. Im übrigen deutet das Vorliegen eines Vertragstypus zwar darauf hin, daß es möglicherweise einen materiellen Beteiligten und Konfliktpotential bei der notariellen Tätigkeit gibt. Damit dient es aber allenfalls als Kriterium, an das sich der Notar zur Beurteilung der Erkennbarkeit von materiell Beteiligten oder Konflikträchtigkeit halten kann. Schließlich ist ergänzend darauf hinzuweisen, daß eine privatrechtliche Umschreibung und Benennung eines Rechtsgeschäfts nicht die notarielle Berufspflicht eingrenzen kann.

4. Erneut: Eingrenzung bei beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäften

Wiederholt wurde die Problematik der beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfte erläutert²⁶⁰. Sie soll an dieser Stelle nicht unter dem anderen Aufhänger des Vertragstypus neu diskutiert werden. Insofern kann nicht mit Erfolg argumentiert werden, daß die Pflicht zur Unparteilichkeit bei beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäften anderen objektiven Anforderungen unterliegt als die einfache selbständige Beratungstätigkeit.

Allenfalls kann an dieser Stelle erneut darauf hingewiesen werden, daß der Notar beurkundungsbedürftige Rechtsgeschäfte zunächst aus dem Blickwinkel des Beurkundungsrechts betrachtet, § 24 Abs. 2 BNotO. Dadurch wird der Thematik die Sprengkraft in einem gewissen Maße genommen. Indessen wurde erwähnt, daß diese Norm zunächst regelt, daß beurkundungsbedürftige Rechtsgeschäfte gerade Gegenstand einer selbständigen Beratung sein können. Unter diesem Gesichtspunkt darf das

²⁶⁰ Siehe dazu unter E III 6 a und b, jeweils bb (1.3), Seite 201 ff und Seite 239 ff.

Unparteilichkeitsgebot bei § 24 Abs. 1 BNotO aber nicht geringer sein.

5. Ergebnis

Als Ergebnis zur Frage der Unparteilichkeit bei Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO läßt sich somit nach wie vor festhalten, daß diese Tätigkeit grundsätzlich und unbeschränkt der Neutralitätspflicht unterliegt, nur nicht gegenüber Gerichten und Verwaltungsbehörden.

VI. Tätigkeit des Notars gemäß § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO

Der Notar muß seine Pflicht zur Unparteilichkeit auch bei einer Tätigkeit vor Gerichten und Verwaltungsbehörden gemäß § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO beachten. Die einschlägige Rechtsprechung wurde bereits diskutiert. Es ließ sich feststellen, daß die Entscheidungen auch unter Zugrundelegung eines materiellen Beteiligtenbegriffs begründet werden konnten²⁶¹.

²⁶¹ Siehe dazu unter E III 1, 2, insbesondere 6 a cc und b cc, Seite 214 ff, 247 ff.

1. Bedeutung der „Vertretung gegenüber einer höheren Ebene“

Nach der Rechtsprechung muß der Notar seine Tätigkeit versagen, wenn er seinen Mandanten gegenüber einem materiell Beteiligten auf „gleicher Ebene“ vertreten würde²⁶². Der BGH²⁶³ konnte das mit einem Umkehrschluß zu der erlaubten Tätigkeit vor einer „ungleichen, höheren Ebene“ begründen, während sich dieses bei einer Annahme eines materiellen Beteiligtenbegriffs zu § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO schon unmittelbar aus § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO ergibt.

a) Begriff „höhere Ebene“ und „gleiche Ebene“

Jemand befindet sich auf der „gleichen Ebene“, wenn er nicht Staat oder Gericht, sondern Privatperson ist. Es kommt nicht darauf an, daß er mit dem Mandanten zusammen vor dem Notar erschienen ist. Erfasst seien auch „materiellrechtliche Beteiligte“²⁶⁴.

²⁶² BGHZ 51, 301, 303, 306; OLG Stuttgart NJW 1964, 1034; Hädrich-Riedenklau S. 24.

²⁶³ Vgl. oben unter E III 6 a cc, Seite 214 und b cc, Seite 247.

²⁶⁴ Vgl. Habscheid NJW 1964, 1502, 1503, 1506; Hädrich-Riedenklau S. 24.

Auf „höherer Ebene“ ständen öffentlich-rechtliche Körperschaften in Wahrnehmung der ihr im öffentlichen Interesse übertragenen Aufgabe, zum Beispiel also auch die IHK in Registersachen²⁶⁵.

Zur Klärung, wer im Einzelfall zur „gleichen Ebene“ gehört, bieten sich ergänzend die Abgrenzungskriterien zwischen öffentlichem und privatem Recht an. Zu erinnern ist an die verwandte Problematik bei § 40 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung zur Frage einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit. Dort findet sich der Subordinationsgedanke, an den wohl bei der Verwendung des Begriffs „gleiche Ebene“ gedacht wird.

Neben diesen recht klaren Abgrenzungskriterien bereiten Einzelfälle oft graduelle Probleme. So kann eine „höhere Ebene“ argumentativ helfend oder tatsächlich neben einer materiell beteiligten „gleichen Ebene“ in Erscheinung treten oder als Zeugen benennen²⁶⁶, zum Beispiel das Landwirtschaftsgericht zur Feststellung der Hofeseigenschaft als Voraussetzung für die Erteilung eines Hoffolgezeugnisses den gesetzliche Erben gemäß § 12

²⁶⁵ OLG Stuttgart NJW 1964, 1034.

²⁶⁶ Habscheid NJW 1964, 1502, 1503, 1506.

Höfeordnung zur Frage der endgültigen Aufgabe der Bewirtschaftung des Hofes oder wenn der Notar den Anspruch auf Genehmigung des Kaufvertrages nach dem Grundstücksverkehrsgesetz gegenüber der Landwirtschaftskammer geltend macht und materiell beteiligte Landwirte, zu deren Gunsten ein Vorkaufsrecht ausgeübt werden könnte, in das Genehmigungsverfahren einbezogen werden.

b) Begriff „Vertretung“

Einigkeit besteht auch über das Verständnis von „Vertretung“.

Mangels Eingrenzung des Begriffes selbst sei die konkrete Vertretenshandlung ihrerseits unbegrenzt, sofern die allgemeinen, materiellrechtlichen und gegebenenfalls prozessualen Voraussetzungen der Vertretung vorliegen²⁶⁷. Ob es sich um Prozeßvertretung oder Vertretung bei den echten Streitsachen im FGG handelt, sei irrelevant²⁶⁸.

Im Ergebnis kommt es nur auf die Vertretung im Sinne von nach außen wahrgenommenen Fremdinteressen an. Alles,

²⁶⁷ Vgl. oben unter B VIII, Seite 45 ff.

was nicht in diesem Sinne Vertretung ist, wie etwa die reine Beratung, fällt grundsätzlich unter den allgemeinen Tatbestand des § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO.

Die Vertretung im Rechtsstreit ist von § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO gerade beabsichtigt. Jede Vertretung eines Beteiligten im Zivilprozeß ist aber unzulässig, weil sich der Prozeßgegner auf der „gleichen Ebene“ befindet²⁶⁹. Ebenso unzulässig wäre die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen, die Anfechtung von Verträgen oder der Antrag auf Zwangsversteigerung – auch zur Auseinandersetzung einer Gemeinschaft²⁷⁰.

c) **Zusammenfassung**

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß der Notar gemäß § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO seinen Mandanten gegenüber Gerichten und Verwaltungsbehörden, gegenüber einer „höheren Ebene“, vertreten darf. Erst recht darf er ihn dann in diesem Rahmen beraten oder anderweitig betreuen.

²⁶⁸ Anders noch Habscheid NJW 1964, 1502, 1504.

²⁶⁹ Habscheid NJW 1964, 1502.

²⁷⁰ Nach Eylmann/Vaasen - Hertel § 24 Rn. 34 m.w.N auch auf BGHZ 51, 301, 309; OLG Hamm NJW 1992, 1174.

Somit darf er ihn zunächst grundsätzlich dann nicht vertreten, wenn es eine „gleiche Ebene“ gibt. § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO bewirkt aber über seine engere Bedeutung zur Vertretung hinaus, daß die selbständige Betreuung gegenüber einer „höheren Ebene“ zulässig ist, obwohl dieses § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO allein unter der Annahme eines materiellen Beteiligtenbegriffs nicht zugelassen hätte.

2. Unparteilichkeit bei auftretender „gleicher Ebene“

Der BGH hebt in der zitierten Entscheidung²⁷¹ bereits optisch hervor, daß der materiell Beteiligte auf gleicher Ebene „auftreten“ und gegensätzliche Interessen und Begehren „verfolgen“ muß, damit dem Notar die weitere Tätigkeit berufsrechtlich untersagt ist. Für dieses Auftreten sei nicht erforderlich, daß Prozeßhandlungen vorgenommen werden. Insoweit differenziert der BGH nochmals innerhalb der einzelnen „Ebene“, als der materiell Beteiligte auf „gleicher Ebene“ aktiv tätig sein muß, um das Unparteilichkeitsgebot auszulösen. Die reine, passive Existenz des materiell Beteiligten schadet nicht; der Notar darf parteiisch zugunsten des Ansuchenden vertretend tätig

sein, bis also ein materiell beteiligter Privater auftritt. Die Ansicht des BGH läßt sich somit derart zusammenfassen, daß der Notar immer gegenüber materiell Beteiligten parteiisch sein darf, nur nicht gegenüber einer aufgetretenen „gleichen Ebene“ vertreten darf. Die Zulässigkeit einer einseitigen Beratung beruht auf dem formellen Beteiligtenbegriff zu § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO.

Der BGH begründet seine Entscheidung zum Hintergrund dieses Kriteriums „Auftreten“ nicht²⁷². Darüber hinaus ist seine Aussage, daß nicht zwingend Prozeßhandlungen vorzunehmen seien, unklar. Vermutlich hat das Gericht zunächst den formellen Beteiligtenbegriff in § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO im Blick, wonach die einseitige Betreuung gegenüber einer passiven Ebene zulässig ist. Im weiteren beruft es sich dann offenbar darauf, daß § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO den internen Bereich des § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO zwischen Mandanten und Notar, in dem es noch lediglich um Beratung und Entwurfstätigkeit ging, verläßt. Dafür spricht neben der Differenzierung zwischen Betreuung und Vertretung auch der Wortlaut des Gesetzes mit dem

²⁷¹ BGHZ 51, 301 ff; Wortlaut oben unter E III 1, 2, Seite 174 ff.

ähnlichen Begriff „vertreten“ in Satz 2. Bei der „höheren Ebene“ treten die in § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO erwähnten Gerichte und Behörden ebenfalls nach außen auf, haben gewissermaßen den Status einer „Gegenseite“ als Statthalter für den Begriff „Partei“ im weitesten Sinne. So hat oder wird die Behörde eine Verfügung erlassen, so wird ein Rechtsmittel gegen einen bereits abgelehnten Antrag, zum Beispiel gegen einen Verwaltungsakt oder einen Gerichtsbeschluß, eingelegt. Wenn der Notar gegenüber einer „gleichen Ebene“ vertreten darf, dann also nur, solange sie noch nicht aufgetreten ist. Mit dem Erfordernis des Auftretens auch der Gegenpartei hat der BGH den materiellen Beteiligtenbegriff nur in sehr engen Grenzen zugelassen.

Eine Vertretung ist aber typischerweise eine anwaltliche Tätigkeit, vgl. § 3 BRAO, während dies dem Notar nur mit § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO ausnahmsweise gegenüber einer „höheren Ebene“ gestattet ist. Diese Ausnahme ist äußerst restriktiv zu behandeln, handelt es sich doch um eine streitige Interessenwahrnehmung.

²⁷² Der BGH verweist nur auf das OLG Stuttgart NJW 1964, 1034 f, was sehr allgemein und letztlich anders entscheidet; E III 1, 2, Seite 174 ff, 181.

Geht man deshalb wie erläutert von einem weiten Schutzbereich der Unparteilichkeit auch gegenüber materiell Beteiligten aus, so ergibt sich die Unzulässigkeit einer Amtstätigkeit nach § 24 Abs. 1 S. 1 und S. 2 BNotO gegenüber einer aufgetretenen „gleichen Ebene“ schon allein aus dem Gesetz. Es erlaubt dem Notar weder ausdrücklich noch aus seinem Sinn und Zweck, gegenüber einer materiell beteiligten „gleichen Ebene“ tätig zu sein.

3. Unparteilichkeit bei nicht auftretender „gleicher Ebene“

Dagegen scheint es von dem Beteiligtenbegriff abzuhängen, ob der Notar gegenüber einem materiellen Beteiligten auf gleicher Ebene, der nicht aufgetreten ist, sondern nur passiv existiert, tätig werden darf.

a) Zusammenfassung der vorigen Untersuchungen

Bejahte man mit dem BGH einen formellen Beteiligtenbegriff, dann darf der Notar gegenüber einer „gleichen Ebene“ bei einer Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO immer gegenüber materiell Beteiligten parteiisch betreuen und damit vor allem beraten. Außerdem darf er

seinen Mandanten insoweit vertreten gemäß § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO, es sei denn, dieser materiell Beteiligte tritt auf „gleicher Ebene“ auf.

Bejaht man dagegen den materiellen Beteiligtenbegriff, dann darf der Notar grundsätzlich nicht parteiisch betreuen und beraten, unabhängig vom tatsächlichen Auftreten einer „gleichen Ebene“ oder ihrer rein passiven Existenz. Scheinbar erst recht darf er deshalb seinen Mandanten auch nicht parteiisch vertreten.

Im folgenden soll trotzdem der Frage nachgegangen werden, ob und wann dem Notar die Vertretung seines Mandanten vor einer „nicht auftretenden gleichen Ebene“ auch unter dem Gesichtspunkt eines materiellen Beteiligtenbegriffs berufsrechtlich erlaubt ist. Sollten sich hier Fälle finden, so muß dem vertretenden Notar gleichzeitig auch die begleitende Beratung nach § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO erst recht erlaubt sein.

Im allgemeinen kann schon hier angedeutet werden, daß dies nur Ausnahmefälle sein können, da der materiell Beteiligte im Regelfall nicht in Erscheinung tritt und insoweit ein berufsrechtliches Tätigkeitsverbot nach der hier vertretenen Lösung besteht.

Dogmatisch würde die Untersuchung der Unparteilichkeit bei nicht auftretender „gleicher Ebene“ an § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO insoweit anknüpfen, als sich die Frage aufwirft, inwiefern diese Norm über die genannten „Ebenen“ Satz 1, den Beteiligtenbegriff und damit letztlich die Pflicht zur Unparteilichkeit eingrenzt. Im einzelnen ist Gegenstand der folgenden Untersuchung, wie das vom BGH erwähnte „Auftreten“ auch bei Zugrundelegung des materiellen Beteiligtenbegriffs maßgeblich ist.

b) Begrenzung der Unparteilichkeit durch § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO

In der Tat wurde bereits oben festgestellt, daß § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO ein Ausnahmetatbestand zu § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO ist²⁷³ und den „Beteiligten“ identifiziert, wodurch letztlich eine Eingrenzung der Unparteilichkeit vorgenommen werden konnte²⁷⁴. Danach waren Beratung und Vertretung gegenüber einer „höheren Ebene“ immer möglich.

²⁷³ Vgl. oben unter E III 6 b cc, Seite 247 ff.

²⁷⁴ Vgl. oben unter E IV, Seite 257 ff.

Hier geht es nun um die Frage, inwieweit einseitige Tätigkeit gegenüber einer „gleichen Ebene“ entfaltet werden darf, ohne die grundsätzliche Maßgeblichkeit des hier vertretenen materiellen Beteiligtenbegriffs zu untergraben.

Es sind vor allem zwei Fälle denkbar. Wenn der Notar im Falle der Einlegung eines Rechtsmittels eine weitere Vertretung nach der zulässigen Erstvertretung etwa im FGG-Verfahren übernehmen darf, dann ist ihm auch die Beratung gegenüber dem vormals aktiven, nun lediglich noch passiven materiell Beteiligten auf „gleicher Ebene“ erlaubt (c). Im zweiten Fall hat der Notar bereits eine Vertretung übernommen, es tritt aber ein materiell Beteiligter auf „gleicher Ebene“ später neu hinzu, ohne aber seinerseits aktiv aufzutreten (d). Wenn der Notar die Vertretung jeweils fortführen darf, dann darf er auch beraten.

c) Keine Pflicht zur Unparteilichkeit bei Rechtsmitteln

Bei den Rechtsmittelfällen geht es vorwiegend um die notarielle Vollzugstätigkeit. Zum Beispiel wird ein Antrag des Notars abgelehnt. Einer der früheren formell Beteiligten ist nicht mehr daran interessiert, daß ein Rechtsmittel

ingelegt wird und der Notar somit nach § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO die Angelegenheit in die Beschwerdeinstanz verfolgt. Die Übernahme der Tätigkeit durch den Notar liegt nicht mehr im gleichlaufenden Interesse der Beteiligten, eine Tatsache, die der Notar angesichts des Ausstiegs eines seiner Mandanten aus dem Betreuungsverhältnis regelmäßig auch erkennt. Der vormals formell Beteiligte existiert als materiell Beteiligter eines Ansuchens nach § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO auf der „gleichen Ebene“ fort.

aa) Begründung aus der Perspektive des formellen Beteiligtenbegriffs

Mangels Auftretens eines materiell Beteiligten und damit mangels einer Vertretung einer rechtlichen Gegenposition ist die notarielle Vertretung gemäß § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO aus der Sicht des BGH ebenso möglich wie eine sonstige Betreuung, insbesondere Beratung, nach dem formellen Beteiligtenbegriff zu § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO. Erst wenn der materiell Beteiligte auftritt, muß der Notar seine Tätigkeit beenden.

bb) Begründung anhand einer Gesamtbetrachtung

Das gleiche Ergebnis erzielt man mit einer Gesamtbetrachtung der notariellen Tätigkeit auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege.

Vorgeschlagen wird, daß die Tätigkeit des Notars ungeachtet eines Auftretens von materiell Beteiligten als eine fortgesetzte Betreuung dann zulässig sei, wenn sie ursprünglich zulässig war und im Rahmen der vorsorgenden Rechtspflege lag. Die Weiterverfolgung eines Antrags in der Rechtsmittelinstanz ist insoweit gemäß §§ 14 Abs. 1 S. 2, 24 Abs. 1 S. 2 BNotO möglich, auch wenn im Einzelfall der Rechtsmitteleinlegung Interessen einzelner Beteiligter entgegenstünden²⁷⁵. Es sei nicht die einzelne konkrete Vertretungstätigkeit zu betrachten, sondern es komme auf den Gesamtzusammenhang und damit auch auf die ursprüngliche Zulässigkeit der Tätigkeit, auf die ex ante Betrachtung, an. Damit trage man der Situation Rechnung, daß die Existenz einer Gegenseite oft erst nach Antragstellung durch den Notar in der gegnerischen „Erwiderung“ deutlich wird. Gesetzlich normierte

²⁷⁵ Reithmann DNotZ 1975, 324, 343; unklar, aber wohl auch Eylmann/Vaasen - Hertel § 24 Rn. 34 und Schippel/Reithmann § 24 Rn. 48.

Vertretungsbefugnisse müßten im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtswahrheit ex ante feststellbar und klar sein²⁷⁶.

Da es hiernach überhaupt nicht auf ein Auftreten des materiell Beteiligten ankommt, geht eine derart verstandene Gesamtbetrachtung weiter als die Ansicht des BGH und nähert sich einseitiger Interessenwahrnehmung im anwaltlichen Sinne. Sie läßt eine Vertretung im Rechtsstreit auf „gleicher Ebene“ grundsätzlich zu und fördert insofern eine parteiische Amtswahrnehmung als sie sich zu stark an das einmal bestehende Mandat bindet. Schon dieser Ansatz erscheint zweifelhaft, weil auch ein Rechtsmittel erst auf ausdrückliches, weiteres Ansuchen eingelegt wird und es die Tätigkeit als Ganzes insoweit nicht gibt. Ferner wird zur Beurteilung der Unparteilichkeit nicht diese Amtspflicht selbst, sondern der Sachverhalt in den Blickpunkt gerückt, was die Verhältnisse auf den Kopf stellt.

Möglicherweise soll mit der Gesamtbetrachtung also lediglich die Entscheidung des BGH in ihrer Begründung untermauert werden. Dabei wird aber ein mißverständliches Kriterium gebildet. Gemeint sein dürfte, daß der nach § 24

²⁷⁶ Habscheid NJW 1964, 1502, 1506.

Abs. 1 S. 2 BNotO tätige Notar diese Tätigkeit bis zum Ende und bis zum Erfolgseintritt auszuführen hat. Beispielsweise soll eben bei einer Vollzugstätigkeit auch der Vollzug erreicht werden. Soweit dazu eine Beschwerde oder ein weiteres Rechtsmittel nach Satz 2 erforderlich ist, liegt die Tätigkeit noch im Rahmen der zulässigen Vertretung durch einen Notar.

cc) Begründung aus der Perspektive des materiellen Beteiligtenbegriffs

Unter Zugrundelegung des materiellen Beteiligtenbegriffs scheint es bei dem Grundsatz zu verbleiben, daß der Notar auch in den Rechtsmittelfällen zur Unparteilichkeit gegenüber nicht (mehr) auftretenden, nur passiven materiell Beteiligten verpflichtet ist. Solange der materielle Beteiligte nicht auftritt, dürfte der Notar entgegen der Entscheidung des BGH weder vertretend noch beratend tätig werden.

Indessen ist die Beendigung der weiteren Betreuung im Rechtsmittelverfahren durch den Notar für den verbliebenen formell Beteiligten, der um die Einlegung und Vertretung eines Rechtsmittels ansucht, nachteilig. Denn Vollzugsfragen sind typisch notarielle und nicht anwaltliche

Fragen, zumal der Notar die Sache vorher schon betreute oder beurkundete, den Sachverhalt kennt und der Wechsel des Rechtsberaters zumindest faktisch stets umständlich und belastend ist. Die materiell Beteiligten könnten durch ihre fehlende Unterstützung, durch ihre reine passive Existenz, einfach und wirksam die weitere Tätigkeit des Notars blockieren. Die Motivation dazu entnehmen sie entweder einer Veränderung der rechtlichen oder tatsächlichen Lage nach Einreichung des abgelehnten Antrags in der ersten Instanz oder sie sind aus anderen Gründen, etwa den Kosten, mit der ergangenen Ablehnung einverstanden. Beide Motive weichen vom ursprünglichen Ansuchen aufgrund egoistischer Motive ab, was die weiteren formell Beteiligten nicht ihres Vorteils der weiteren notariellen Vertretung berauben darf. Vor allem verzichten die materiell Beteiligten auf die Weiterverfolgung ihrer Interessen. Damit muß der Notar davon ausgehen, daß sie gewissermaßen mit der weiteren Amtstätigkeit durch den Notar einverstanden sind, auch wenn dieser Schluß aus dem Schweigen der Beteiligten gewonnen werden muß. Insofern fehlt es an einem erkennbaren Konflikt, der eine Parteilichkeit auch nur theoretisch ermöglicht.

Im Unterschied dazu liegt bei der parteiischen Betreuung nach § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO die Gefahr für den materiell Beteiligten darin, daß der vom Notar beratene formell Beteiligte den einseitigen Rat oder Entwurf realisiert, ohne daß der Notar je davon erfahren muß. Der materiell Beteiligte wird überrascht. In den Rechtsmittelfällen hingegen hatte sich der materiell Beteiligte ursprünglich mit der Tätigkeit des Notars einverstanden erklärt. Mindestens fehlt also das Überraschungsmoment, wenn der Notar einseitig tätig wird, zumal der materiell Beteiligte von der weiteren Rechtsbetreuung durch den Notar regelmäßig informiert ist, weil er diese gerade ablehnt.

Ferner entscheidet die Rechtsmittelinstanz aufgrund eigener rechtlicher Wertungen, d.h. die notarielle Tätigkeit wirkt sich nicht in vergleichbarer Weise unmittelbar und endgültig rechtsbeschneidend oder nur latent konfliktbegründend aus wie bei der insoweit bezweckten Beratung. Der Vorgang ist vielmehr noch in der Schwebe, weil eine erneute gerichtliche oder behördliche und damit fremde Rechtsprüfung aussteht. Der Sachverhalt selbst ist in der Rechtsmittelinstanz nicht neu.

Insofern muß man bei den Rechtsmittelfällen von der unbeschränkten Unparteilichkeit wegen § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO eine Ausnahme machen. Der Notar ist hier zur Vertretung und erst recht auch zur Beratung des formell Beteiligten auch zulasten eines nicht mehr auftretenden materiell Beteiligten auf gleicher Ebene befugt. Schon zuvor wurde festgestellt, daß der Notar zur parteiischen Interessenwahrnehmung gegenüber dem Staat berechtigt ist. Nach Vorstehendem ist er außerdem zur parteiischen Interessenwahrnehmung gegenüber einem nicht aufgetretenen materiell Beteiligten auf „gleicher Ebene“ in den Rechtsmittelfällen berechtigt.

d) Keine Unparteilichkeit bei fortgesetzter Betreuung

In den Fällen der fortgesetzten Betreuung hatte der Notar bereits eine Vertretung nach § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO übernommen. Er wurde schon für seinen Mandanten vertretend, nicht lediglich nach Satz 1 beratend, tätig, ohne daß ein materiell Beteiligter auf „gleicher Ebene“ erkennbar war, erschien oder tatsächlich aufgetreten ist. Dieser materiell Beteiligte tritt später, von außerhalb und, im Gegensatz zu dem materiell Beteiligten der

Rechtsmittelfälle, auch neu hinzu, ebenfalls aber nicht aktiv auf.

Zum Beispiel beantragt der Notar die Erteilung eines Erbscheins; der Antrag wird abgelehnt. Der Begünstigte wünscht die Einlegung eines Rechtsmittels, während gleichzeitig ein vorher unbekannter materiell Beteiligter seine vermeintliche Erbberechtigung geltend macht. In der mehrfach dargestellten Entscheidung BGHZ 51, 301 meldete sich die erbende Tochter beim Nachlaßgericht und beantragte die Zurückweisung des Antrags ihrer notariell vertretenen Mutter auf Erteilung eines Testamentvollstreckerzeugnisses.

aa) Begründung aus der Perspektive des formellen Beteiligtenbegriffs

Mit ihrer Erwidern war die materiell Beteiligte nun aufgetreten, weshalb die Sache nach außen erkennbar streitig wurde und die Amtstätigkeit beendet werden mußte. Bis dahin war die notarielle Vertretung unproblematisch zulässig gewesen, weil nach dem formellen Beteiligtenbegriff in § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO schon eine parteiische Beratung gegenüber sogar bekannten materiell

Beteiligten zulässig ist. Tritt der materiell Beteiligte nicht auf sondern lediglich passiv hinzu, wie es in der dargestellten Entscheidung BGHZ 51, 301 gerade nicht der Fall war, so dürfte der Notars trotz Existenz eines materiell Beteiligten auf „gleicher Ebene“ einseitig zu dessen Lasten tätig werden, weil er nicht auftritt.

bb) Begründung aus der Perspektive des materiellen Beteiligtenbegriffs

Wenn der materiell Beteiligte seine Rechte durch eine Erwiderng wahrnimmt und aktiv auftritt, zeigt er Verteidigungsbereitschaft und -willen. Dadurch betrifft die notarielle Tätigkeit nicht mehr allein eine Tätigkeit gegenüber einer „höheren Ebene“, sondern nunmehr auch gegenüber einer „gleichen Ebene“.

Tritt der materiell Beteiligte auf „gleicher Ebene“ einer fortgesetzten vertretenden Betreuung nicht aktiv entgegen, so ist trotz Zugrundelegung eines materiellen Beteiligtenbegriffs die notarielle einseitige Vertretung und folglich erst recht auch Beratung des formell Beteiligten ausnahmsweise entgegen § 24 Abs. 1 BNotO zulässig. Ähnlich wie bei den Rechtsmittelfällen könnte der passive

materiell Beteiligte die vom Notar gewünschte notarielle Vertretung blockieren. Die neue Bestellung eines Verfahrensvertreters wäre ähnlich nachteilig und führt zu Verfahrensverlängerungen, auch wenn die Partei keinen Rechtsanspruch darauf hat, ihren Rechtsberater und Prozeßvertreter dauerhaft behalten zu können.

Ursprüngliches Ziel der notariellen Tätigkeit in diesen Fällen war die zulässige Vertretung des Mandanten gegenüber einer „höheren Ebene“. Der Notar sollte und wollte also weder gegenüber einer „gleichen Ebene“ vertreten noch beraten, weshalb die Tätigkeit berufsrechtlich nicht zu beanstanden war. Zwischen der nun lediglich hinzu- aber nicht auftretenden „gleichen Ebene“ steht nach wie vor die „höhere Ebene“, regelmäßig also etwa das entscheidende Gericht, bevor es zu einer unmittelbaren Beeinträchtigung des hinzugetretenen materiell Beteiligten kommen kann. Erneut steht eine Überprüfung der Rechtslage noch aus, weshalb die zur Begründung des materiellen Beteiligtenbegriffs angeführten Argumente von Rechtssicherheit und Vertrauensposition des Notars hier nicht zu seinen Gunsten zutreffen. Erfährt der materiell Beteiligte von der notariellen Tätigkeit, kann er diese durch sein Auftreten unmittelbar beenden. Unterläßt er dies,

nimmt er die notarielle Vertretung seiner Gegenseite in Kauf.

Schließlich läßt sich ergänzend anführen, daß dem Notar die Konfliktrichtigkeit des Mandats nicht erkennbar ist, weil der materiell Beteiligte von der Verteidigung seiner Rechte absieht. Diese Problematik der Erkennbarkeit soll später aber noch im einzelnen ausgeführt werden.

4. Ergebnis

Auch unter Zugrundelegung eines materiellen Beteiligtenbegriffs zur Frage, wer Schutzbegünstigter des Überparteilichkeitsgebots ist, ist der Rechtsprechung im Ergebnis zuzustimmen. Diese Übereinstimmung folgt daraus, daß § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO eine Sonderregelung zu § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO ist.

In den Rechtmittelfällen und in den Fällen der fortgesetzten Betreuung ist dieses Ergebnis hinsichtlich des Erfordernisses eines Auftretenmüssens des materiell Beteiligten besonders begründungsbedürftig.

Der Notar darf gegenüber einer „höheren Ebene“ parteiisch vertreten, bis ein materiell Beteiligter auf „gleicher Ebene“

aktiv auftritt. Dann muß er die weitere Tätigkeit versagen. Es bleibt somit bei der zentralen Voraussetzung, daß der materiell Beteiligte bei einer Vertretungstätigkeit des Notars „auftreten“ muß. Ist dem Notar schließlich eine Vertretungstätigkeit erlaubt, so darf er erst recht auch beraten.

VII. Schlußbetrachtung zur objektiven Eingrenzung der Pflicht zur Unparteilichkeit

Im Ergebnis ist der Notar sowohl bei einer Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO als auch nach Satz 2 zur vollen Wahrung seiner Unparteilichkeit verpflichtet. Begünstigter seiner Amtspflicht zur Unparteilichkeit ist grundsätzlich auch der an dem Ansuchen materiell Beteiligte. Gegenüber den formell Beteiligten gilt die Pflicht zur Unparteilichkeit uneingeschränkt.

Aus § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO folgt jedoch, daß die Unparteilichkeit ausnahmsweise dann eingeschränkt ist, wenn sich Vertretung und erst recht auch Beratung gegen eine „höhere Ebene“ wenden (Identität).

Bei einer Vertretung gegenüber einer „gleichen Ebene“ ist zu differenzieren. Nach dem materiellen Beteiligtenbegriff ist eine Beratung und Vertretung gegenüber einer „auftretenden gleichen Ebene“ unzulässig.

Hingegen folgt aus § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO weiter, daß eine Vertretung und erst recht Beratung gegenüber einer „nicht aufgetretenen gleichen Ebene“ nur in den Fällen der Einlegung eines Rechtsmittels durch den Notar oder einer fortgesetzten Betreuung ausnahmsweise zulässig ist. Im übrigen ist auch hier eine einseitige Beratung zulasten der materiell Beteiligten „gleichen Ebene“ berufsrechtlich zu beanstanden.

Bei der vorstehend versuchten Eingrenzung der Pflicht zur Unparteilichkeit anhand objektiver Merkmale wurde mehrfach deutlich, daß es auf die subjektive Erkennbarkeit des materiell Beteiligten und der Konfliktrichtigkeit des Ansuchens ankommen. Hierin liegt die Kernproblematik der Untersuchungen. Ein Verstoß gegen das Unparteilichkeitsgebot läßt sich objektiv unmittelbar überhaupt nicht feststellen, es sei denn, der betroffene Notar offenbart sich als parteiisch oder der betroffene Ansuchende offenbart diesen Zweck seines Ansuchens dem Notar.

Parteilichkeit ist im beweisrechtlichen Sinne eine „innere“ Tatsache, die als solche nicht hervortritt, sondern nur aus äußeren Indizien erschlossen und festgestellt werden kann. Von der Auswahl der Indizien und ihrer Bewertung hängt die Feststellung der Parteilichkeit ab²⁷⁷.

F. Bedeutung der gefundenen Ergebnisse für die Praxis

Es wurde festgestellt, daß der Notar sich vor jedem Ansuchen die Frage stellen muß, inwieweit seine Betreuungstätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO mit seiner Pflicht zur Unparteilichkeit vereinbar ist. Mit der Fallgruppenbildung (Teil D) konnte die Tragweite dieses Problems veranschaulicht werden. Zentral bei der Eingrenzung der „unparteiischen Betreuung“ ist nach diesen Darstellungen die subjektive Erkennbarkeit des materiell Beteiligten und des Konfliktpotentials, insgesamt also die Wahrscheinlichkeit einer Amtspflichtverletzung durch den Notar unter einer ex ante Betrachtung. Dem Notar muß zur Bewertung dieses Risikos Maßstäbe und Kriterien an die Hand gegeben werden, die bei einer ex post Beurteilung seines Handelns unter den Gesichtspunkten von

²⁷⁷ Nach Bohrer Rn. 98.

Amtshaftung und Dienstaufsicht berücksichtigt werden müssen.

I. Verhalten zur Einhaltung der Unparteilichkeit

Wie bei jeder Tätigkeit, muß der Notar auch bei einem Ansuchen nach § 24 Abs. 1 BNotO seine Amtspflichten unbedingt einhalten. Die Frage ist, wie er seine Unparteilichkeit mit Blick auf ihre subjektive Problematik beachten kann, und wie er vorgehen muß, um dieses Ziel zu erreichen.

Zunächst muß der Notar das Redlichkeitsgebot gemäß § 14 Abs. 2 BNotO beachten. Mit diesem Appell ist aber nicht geholfen, handelt es sich doch um eine gesonderte Amtspflicht, welche außerdem zu unbestimmt ist, um Maßstäbe zur Sicherung des Überparteilichkeitsgebots nennen zu können.

Mangels weiterer fremder Anhaltspunkte, kann der Notar nur im Einzelfall entscheiden, ob seine Unparteilichkeit bei Übernahme des Mandats gefährdet ist. Schon deshalb ist klar, daß die Analyse des Notars im Einzelfall „schwimmen“ kann.

Diese Analyse ist eine konstante Selbstbefragung und Selbstüberprüfung hinsichtlich der eigenen Gewissenhaftigkeit bei der Amtsausübung. Es handelt sich um eine subjektive Einschätzung, inwieweit die konkrete Tätigkeit mit den Amtspflichten korrespondiert. Dadurch wird auch das Unparteilichkeitsgebot zu einer subjektiven Amtspflicht. Einerseits ist nämlich die gesamte Problematik der Unparteilichkeit subjektiv vom Standpunkt des Notars zu betrachten. Andererseits das Überparteilichkeitsgebot auch deshalb vornehmlich subjektiv ausgerichtet, weil die Nuance diese Berufspflicht, bereits den Anschein einer Parteilichkeit gemäß § 14 Abs. 3 BNotO zu vermeiden, vorwiegend subjektive Elemente aufweist²⁷⁸.

Handelt es sich somit um eine subjektive, vom Notar allein vorzunehmende Bewertung, so ist im weiteren darzulegen, wie das Ergebnis seiner Abwägung objektiv belastbar überprüft werden kann. Denn der Notar kann im Einzelfall nicht mit dem besseren ex post Wissen konfrontiert werden, wenn er seine spätere Amtspflichtverletzung trotz gewissenhafter Selbstbefragung nicht erkennen konnte. Dieses Dilemma zwischen subjektiver Erkennbarkeit und

²⁷⁸ Für die subjektive Auslegung des „Anscheins der Parteilichkeit“

objektiver Überprüfbarkeit wird sachgerecht gelöst, wenn dem Notar ein Beurteilungsspielraum eingeräumt wird.

1. Zubilligung eines Beurteilungsspielraumes

Während das Ermessen auf der Rechtsfolgenseite erscheint, sind die unbestimmten Rechtsbegriffe und der Beurteilungsspielraum Probleme des gesetzlichen Tatbestandes einer öffentlich-rechtlichen Vorschrift²⁷⁹. Das Problem des unbestimmten Rechtsbegriffs liegt in der Erkenntnis: Entweder ist der Notar unparteilich oder er ist es nicht; was in Grenzfällen richtig ist, bleibt zweifelhaft. Wenn insoweit die Grundsätze über den unbestimmten Rechtsbegriff angewendet werden, so fordert dies unter Berücksichtigung möglicher unterschiedlichster Gesichtspunkte eine Wertung und eine Prognose für die Zukunft. Die an sich einzig richtige Entscheidung läßt sich nicht immer eindeutig feststellen.

Diese Erläuterung und Erklärung von *Maurer*²⁸⁰ zur Einordnung und Zweckbestimmung eines

Rossak S. 336.

²⁷⁹ Vgl. Maurer § 7 Rn. 26 ff.

²⁸⁰ Maurer § 7 Rn. 29.

Beurteilungsspielraums paßt auch auf die hier vorliegende Problematik. Die Amtspflicht der Unparteilichkeit ist ein unbestimmter Rechtsbegriff in § 14 Abs. 1 BNotO, auch wenn „Unparteilichkeit“ sich aus der gesetzlichen Systematik (§ 14 Abs. 1, 3 BNotO) und Begrifflichkeit (vgl. auch § 28 BNotO) ansatzweise erklärt werden kann. Schon die Wortwahl „Unparteilichkeit“ gibt eine Vorstellung über den weiteren Inhalt und Zweck der insoweit beschriebenen Amtspflicht. Diese Bestimmbarkeit unterscheidet den Begriff von den aus dem öffentlichen Recht bekannten typischen unbestimmten Rechtsbegriffen „öffentliches Interesse“, „Gemeinwohl“, „Zuverlässigkeit“ oder „Eignung“.

Allerdings gelang es nicht, die „Unparteilichkeit“ einzugrenzen oder inhaltlich näher zu definieren. Ihre exakte objektive Definition war genausowenig möglich wie ihren Umfang grundsätzlich zu beschreiben²⁸¹. Im Ergebnis gelang es nicht, ihren Tatbestand umfassend darzulegen und einer Auslegung zugänglich zu machen. Obwohl es sich hier also nicht um einen klassischen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, kann dennoch zu Recht von einem unbestimmten

²⁸¹ Ebenso Rossak S. 333, 334.

Rechtsbegriff gesprochen werden, auf den konsequenterweise die Problematik vom Beurteilungsspielraum übertragbar ist. Ansatzpunkt zur Einräumung des Beurteilungsspielraums ist also der unbestimmte Rechtsbegriff „Unparteilichkeit“ sowie die Zusammenführung von zwei unbestimmten Rechtsbegriffen in „unparteiischer Betreuer“ in § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO. Nur auf diese Art und Weise wird die unbefriedigende Lösung, die Unparteilichkeit bei Tätigkeiten nach § 24 Abs. 1 BNotO in objektiver Hinsicht nicht näher zu bestimmen, relativiert.

Für diese Ansicht spricht auch, daß dem Notar zwar bei der Amtspflicht zur Redlichkeit gemäß § 14 Abs. 2, 2. Hs. BNotO ein Beurteilungsspielraum ebenfalls nicht ausdrücklich eingeräumt wird. Im Ergebnis wird aber ähnlich verfahren, indem dem Notar aufgegeben wird, eine sorgfältige subjektive Prognose des Sachverhalts vorzunehmen²⁸². Genau das soll nach der hier vertretenen Ansicht auch für die Pflicht zur Unparteilichkeit gelten, was „Beurteilungsspielraum“ genannt wird.

²⁸² Vgl. Arndt/Lerch/Sandkühler - Sandkühler § 14 Rn. 88 ff; Schippel - Schippel § 14 Rn. 20.

a) **Terminologie: Beurteilungs- oder Ermessensspielraum**

Trotzdem wird immer wieder von Ermessensspielraum statt von Beurteilungsspielraum gesprochen.

So führt *Haug*²⁸³ aus, daß

„bei der Abwägung des Notars, ob er im konkreten Fall zur Wahrung seiner Unparteilichkeit eine Belehrung vornehmen oder unterlassen muß, [...] ihm ein Ermessensspielraum einzuräumen [ist].“

Diese Äußerungen finden sich zwar zum Verhältnis von Belehrungspflicht und Unparteilichkeit. Jedoch wird deutlich, daß dem Notar bei der Unparteilichkeit ein Spielraum, der Ermessensspielraum genannt wird, einzuräumen ist. Im weiteren wird von einem allgemein anerkannten „Recht zu Ermessensentscheidungen von Amtsträgern“ gesprochen²⁸⁴.

Vielleicht kommt diese Begriffswahl daher, daß die Übernahme einer Tätigkeit des Notars nach § 24 Abs. 1 BNotO grundsätzlich in seinem „pflichtgemäßen Ermessen“

²⁸³ Haug Rn. 431.

²⁸⁴ Haug Rn. 433; „Ermessen“ in ähnlichem Gebrauch bei Reithmann DNotZ 1970, 5, 16.

und nicht seiner Amtspflicht steht²⁸⁵, zumal es sich hier nicht um einen klassischen Fall des Beurteilungsspielraums handelt.

Die Rechtsprechung tut sich mit der Lehre vom Beurteilungsspielraum schwer, weshalb sich hier keine Anhaltspunkte zur Bezeichnung des fraglichen Spielraums finden.

Üblicherweise werden Ermessen und Beurteilungsspielraum abgegrenzt, indem der Begriff „Beurteilungsspielraum“ für die Tatbestandsseite reserviert wird. Weil die Frage nach der Unparteilichkeit des Notars ein Problem auf der Tatbestandsseite und nicht Rechtsfolgende ist, wird man hier nicht von „Ermessen“, sondern von „Beurteilungsspielraum“ sprechen müssen²⁸⁶. Inhaltlich ergeben sich für die Frage einer notariellen Amtspflichtverletzung keine Unterschiede.

²⁸⁵ Arndt/Lerch/Sandkühler - Sandkühler § 24 Rn. 11; Eylmann/Vaasen - Hertel § 24 Rn. 7.

²⁸⁶ Arndt/Lerch/Sandkühler - Sandkühler § 19 Fn. 49: „terminologisch unbefriedigend“; § 14 Rn. 193.

b) Inhalt und Kriterien des Beurteilungsspielraumes

Wenn der Notar sich fragt, ob er mit der Bearbeitung des Ansuchens nach § 24 Abs. 1 BNotO gegen seine Pflicht zur Unparteilichkeit verstößt, dann muß er in dieser Hinsicht den vom Mandanten vorgetragenen Sachverhalt analysieren.

aa) Analyse des Sachverhalts

Bezugspunkt dieser Analyse ist der Sachverhalt, welcher dem Ansuchen zugrunde liegt. Dazu gehört das dem Notar Vorgetragene sowie ihm Erkennbare, weshalb er beispielsweise Andeutungen zwischen den Zeilen genausowenig außer acht lassen darf wie den Sachverhalt mit eigenen, begründeten Schlußfolgerungen zu ergänzen.

Erstes Analysekriterium ist, wer an dem Ansuchen im weitesten Sinne beteiligt sein könnte. Es handelt sich hier um die Suche nach dem materiell Beteiligten.

Durch diese Suche erhält der Notar im weiteren darüber Aufschluß, ob möglicherweise eine rechtliche Gegenposition existieren könnte und damit, ob der Sachverhalt rechtliches Konfliktpotential birgt. Denn nur wenn ein solches vorliegt, kann der Notar überhaupt Partei

ergreifen und somit seine Amtspflicht zur Unparteilichkeit verletzen. Die Erforschung des Konfliktpotentials ist ungleich schwieriger als die Suche des materiell Beteiligten, weil ein materiell Beteiligten positiv, neutral oder eben negativ dem Ansuchen des formell Beteiligten gegenübersteht. Es wurde bereits angedeutet, daß das Ansuchen von reinem Rechtsrat möglicherweise anders zu beurteilen ist als beispielsweise Vertragsentwürfe.

Aus diesen beiden Faktoren wird der Notar in der Lage sein, das Ansuchen in eine der dargestellten Fallgruppen einzuordnen. Er gewinnt damit einen ersten Überblick, inwieweit das Überparteilichkeitsgebot tangiert ist.

Kein zentraler Bezugspunkt der Beurteilung ist die Frage, ob dem „Benachteiligten“ durch den parteiischen notariellen Rat ein Schaden entsteht. Dieses ist eine nächste Frage, welche möglicherweise im Rahmen von Schadenersatzansprüchen interessant wird. Die notarielle Analyse muß zwar so weit nicht gehen; es kommt allein auf die Einhaltung der Unparteilichkeit gegenüber einem möglichen gegenteiligen Anschein an. Allerdings kann die Wahrscheinlichkeit, daß ein wirtschaftlicher oder rechtlicher Schaden bei dem materiell Beteiligten eintritt, Indiz für die

Annahme von Konfliktpotential und damit die Gefährdung der Unparteilichkeit sein.

Als weiteres Indiz wurde bereits der Vertragstyp genannt.

bb) Möglichkeit des Konflikts

Wie schon bei der Fallgruppenbildung deutlich gemacht, ist ausreichend zur Annahme einer Verletzung des Überparteilichkeitsgebots, daß ein Konflikt möglicherweise vorliegt. Im Zweifelsfall muß der Notar seine Tätigkeit deshalb versagen oder abbrechen, wenn durch seinen Rat ein Konflikt nur möglicherweise und potentiell entsteht, er bereits vorliegt oder verschärft wird.

Besonders zu beachten ist hier die Entwurfstätigkeit. Obwohl der materiell Beteiligte die Verkürzung seiner Rechtsposition erst durch Umsetzung des notariellen Entwurfs erfährt, spricht schon viel dafür, daß das Unparteilichkeitsgebot tangiert ist. In diesen Fällen führt der notarielle Entwurf häufig auch erst zum Konflikt.

cc) Prognoseentscheidung

Im Ergebnis stellt der Notar damit eine Prognose zur Konfliktrichtigkeit des Sachverhalts an.

Gegenstand der Prognose ist die Analyse, wo Probleme für und wesentliche Rechte der materiell Beteiligten liegen, die der Notar mit seiner Tätigkeit beeinträchtigen könnte. Ausgehend vom Sachverhalt wird der Notar die Prognose an der juristischen Dogmatik, der Logik, dem gesunden Menschenverstande und seiner Erfahrung orientieren. Sie zeigt Übereinstimmung mit seiner Pflicht im Rahmen von § 17 BeurkG, den Willen und Sachverhalt des Mandanten zu erforschen und im übrigen sorgfältig den Sachverhalt aufzuklären. Außerdem muß sie seiner Pflicht, nach bestem Wissen und Gewissen zu handeln, entsprechen.

Die Prognose ist Inhalt seiner Vorsorgepflicht nach § 28 BNotO. Sie darf die Grenzbereiche der Neutralität nicht regelmäßig ausloten. Stellt der Notar die Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO an der Grenze zur Parteilichkeit in den Mittelpunkt seiner Amtstätigkeit, so vernachlässigt er die Beurkundung als den Kernbereich der notariellen Tätigkeit. Er weicht damit von seinem angestammten Berufsbild ab,

was mit dem Amtsbild und der Vertrauensstellung des Notars nicht im Einklang steht.

Entsprechend hat er die Übernahme oder Fortführung des Mandates abzulehnen, wenn sich auch nur der geringste Verdacht aufdrängt, die Seriosität seines Amtes sollte ausgenutzt werden²⁸⁷.

Der Begriff der „Prognose“ ist aus dem öffentlichen Recht bekannt und damit vorbelastet. Die hier vom Notar vorzunehmende prognostische Begutachtung des Sachverhalts hinsichtlich einer Gefährdung der Unparteilichkeit bei Übernahme oder Fortführung der Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO unterscheidet sich von der im öffentlichen Recht von der Behörde vorzunehmenden Prognose, wie sich der Lebenssachverhalt in Zukunft entwickelt. Dennoch beschreibt der gewählte Begriff plastisch, welche Aufgabe dem Notar obliegt.

dd) Reflektion der Prognose

Die Erstellung der Prognose in sorgfaltswidriger und fahrlässiger Art und Weise wird für den subjektiven

²⁸⁷ Hädrich-Riedenklau S. 31, 32.

Tatbestand zur Frage einer möglichen Amtshaftpflichtverletzung des Notars oder Dienstaufsichtsmaßnahme gegen ihn relevant. Risiken oder gar die mutwillige Inkaufnahme einer Verletzung der Pflicht zur Unparteilichkeit stellen keine sorgfältige Prognose und Beurteilung des Sachverhalts mehr dar, weshalb sie im Ergebnis zulasten des Notars gehen müssen, zumal sie seiner Reputation schaden²⁸⁸. Diese Gefährdung vermeidet der Notar nur, wenn er bei jeder Betreuungstätigkeit den sichersten Weg²⁸⁹ in Bezug auf die Neutralität wählt.

Insofern ist die Beurteilung mit Vorsicht und besonderer Sorgfalt vorzunehmen. Bei jeder Betreuung, vor allem bei der Beratung und bei der Entwurfstätigkeit, soll der Notar sich fragen, warum der Mandant gerade ihn aufsucht und nicht die anwaltliche Beratung in Anspruch nimmt²⁹⁰. Die Übernahme der Betreuung steht ihm zwar grundsätzlich frei, sie ist aber an das Ergebnis der Prognose gebunden.

Durch die sorgfältige Überprüfung des Beurteilungsspielraums wird das Selbstablehnungsrecht des

²⁸⁸ Ähnlich Sorge MittBayNot 2001, 50, 53.

²⁸⁹ Allgemein: Arndt/Lerch/Sandkühler - Sandkühler § 14 Rn. 131, § 19 Rn. 44.

²⁹⁰ Hädrich-Riedenklau S. 32.

Notars zur Übernahme einer Betreuung unter Umständen zu einer Selbstablehnungspflicht im Sinne von § 16 Abs. 2 BNotO („Ermessenreduzierung“, präziser aber „Reduzierung/Wegfall des Beurteilungsspielraums“)²⁹¹.

ee) Sonderwissen des Notars

Aufgrund dieser subjektiven Ausprägung ist das persönliche Sonderwissen eines beauftragten Notars beachtlich.

Wenn der Notar zum Beispiel zufällig die Interessen eines materiell Betroffenen kennt, darf er nicht beratend tätig werden. Dieses Sonderwissen wird er bei der Entscheidung, ob er die Tätigkeit übernehmen wird, einfließen lassen.

ff) Zurückhaltung bei Formulierung Mandatsablehnung

Regelmäßig muß der Notar beachten, daß er den Ansuchenden nicht auf eine diesem bislang unbekannte Tatsache aufmerksam macht, wenn er die Ablehnung seiner Tätigkeit mit einer näheren Erklärung seiner Pflicht zur Unparteilichkeit begründet. Er darf „keine schlafenden Hunde wecken“ und Informationen, die ihm anvertraut

²⁹¹ Begriffe nach Rossak S. 346 ff, 348.

wurden, entgegen seiner notariellen Amtspflicht zur Verschwiegenheit versehentlich weitergeben.

gg) Subjektive Relativierung der Unparteilichkeit durch Vermutung

Ein Anwaltsnotar muß sich im klaren darüber sein, ob er in seiner Eigenschaft als Anwalt oder als Notar aufgesucht wird.

Nach § 24 Abs. 2 S. 2 BNotO wird er bei einer „Rechtsberatung“ im engeren Sinne regelmäßig als Anwalt und nicht als Notar tätig. Folglich nehmen Anwaltsnotare selten eine notarielle Beratung vor. Die Widerlegung dieser Zweifelsregelung unterliegt höchsten Anforderungen, auch wenn der Wille des Mandanten, welche Berufsgruppe er anspricht, sowie die Möglichkeit, die Tätigkeit jeder Berufsgruppe zuzuordnen, zu berücksichtigen sind.

Wurde soeben von einer Vermutung für anwaltliche Tätigkeit bei der selbständigen Beratung gesprochen, so ist weiterhin zu vermuten, daß der Notar bei beurkundungsbedürftigen Geschäften regelmäßig nach Beurkundungsrecht tätig ist. Zwar ergibt sich dieses nicht

unmittelbar aus § 24 Abs. 2 S. 1 BNotO, der für das Anwaltsnotariat gilt. Indessen wird der Notar dadurch bei diesen Tätigkeiten sinnvoll geschützt und die Pflicht zur Unparteilichkeit eingegrenzt. Damit wäre unter anderem lediglich der formell Beteiligte Begünstigter der Pflicht zur Unparteilichkeit bei Rechtsgeschäften, die §§ 20-23 BNotO zuzuordnen sind und demgemäß grundsätzlich Gegenstand einer Beurkundung sind.

Beide Vertrauenselemente darf der Notar bei seiner Prognose berücksichtigen, was die Ausfüllung des Beurteilungsspielraums erheblich vereinfacht. Sie sind aber überprüfungs-fähig und damit mit Zurückhaltung einzusetzen. Die Pflicht zur Unparteilichkeit wird durch die Zweifelsregelungen und Vermutungen im erheblichen Umfange subjektiv relativiert.

c) **Überprüfbarkeit des Beurteilungsspielraumes**

Zentral ist die Frage, wie ein Verstoß gegen die Unparteilichkeit von außen festgestellt wird. Es geht um die äußerliche Überprüfung der subjektiven Prognose, was möglicherweise bei Schadenersatzprozessen und Dienstaufsichtsmaßnahmen wichtig wird.

Ausgangspunkt muß sein, daß eine richtige ex ante Prognose des Notars, keine Amtspflichtverletzung zu begehen, auch ex post berücksichtigt werden muß. Die spätere Überprüfung des Beurteilungsspielraumes muß die komplexe Situation und Fallgestaltung würdigen, weshalb nicht objektiv das ex post gewonnene Wissen der Nachbetrachtung auf die ex ante Situation des Notars gestülpt werden darf. Ansonsten wäre die Zubilligung eines Beurteilungsspielraumes sinnlos.

Die sehr Streitige und im öffentlichen Recht sehr ausführlich diskutierte Frage der Überprüfbarkeit des Beurteilungsspielraumes kann an dieser Stelle nicht umfassend dargestellt werden. Für die Beurteilung dieser Untersuchung kommt es nur auf die nachfolgend genannten Grundsätze an, weil der Notar insoweit stets den sicheren und damit engeren Weg zu beschreiten hat.

aa) Ansichten in der Literatur

Die Literatur vertritt mit unterschiedlicher Begründung im Ergebnis eine nur beschränkte gerichtliche Überprüfbarkeit der unbestimmten Rechtsbegriffe. Übertragen auf das Notariat bedeutet dies, daß Gericht und die Dienstaufsicht

nur eingeschränkt überprüfen können, ob die Beurteilung des Notars, nicht gegen die Unparteilichkeit verstoßen zu haben, richtig war.

Dieses Ergebnis wird einerseits dergestalt begründet, daß die Beurteilung und Prognose des Notars eine eigene Wertung und Entscheidung beinhaltet, die nur auf die Einhaltung gewisser Grenzen hin beurteilt werden darf. Andererseits wird zur Begründung vorgeschlagen, daß alles das, was noch bei einer sachgerechten Abwägung rechtlich vertretbar war, einer gerichtlichen Entscheidung vorzuenthalten ist²⁹². Schließlich könnte man von einer Einschätzungsprärogative des Notars ausgehen²⁹³.

Alle diese Ansätze gehen davon aus, daß der Notar einen eigenverantwortlichen Bereich deshalb haben müsse, weil die „Neutralität“ unterschiedliche Wertungen in Abhängigkeit vom jeweiligen Fall habe und weil der Notar die größere Sachkunde und Erfahrung als Gericht und Dienstaufsicht besitze. Ferner stehe er den konkreten Problemen näher und einige seiner Entscheidungen seien wegen ihrer ex ante Betrachtung unwiederholbar oder nur

²⁹² Dieses meint auch Arndt/Lerch/Sandkühler - Sandkühler § 19 Rn. 22.

²⁹³ Diese Zusammenfassung nach Maurer § 7 Rn. 31 m.w.N. zu den einzelnen Ansätzen.

inzwischen anders vertretbar. Schließlich muß dem Notar als Beliehenen ein eigener Verantwortungsbereich zugestanden werden²⁹⁴.

bb) Ansicht der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung lehnt diese Lehre vom Beurteilungsspielraum ab²⁹⁵. Die Entscheidung der zuständigen Stelle, hier des Notars, müsse sachlich und rechtlich überprüfbar bleiben.

Ein begrenzter Entscheidungsfreiraum komme aber dann in Betracht, wenn der unbestimmte Rechtsbegriff wegen der hohen Komplexität und der besonderen Dynamik der Materie so vage und seine Konkretisierung in Nachvollzug der Verwaltungsentscheidung, hier der notariellen Prognose, so schwierig sei, daß die gerichtliche Kontrolle an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung stößt²⁹⁶. Grundsätzlich wurde ein Beurteilungsspielraum bei beamtenrechtlichen Entscheidungen anerkannt. Gleiches gilt

²⁹⁴ Maurer § 7 Rn. 32, in den folgenden Rn. näher zu der Lehre vom Beurteilungsspielraum m.w.N.

²⁹⁵ BVerwGE 94, 307; 81, 12, 17; 24, 60, 63; 15, 207, 208; Maurer a.a.O. Rn. 35 ff m.w.N.

²⁹⁶ Nach BVerfGE 84, 34, 50.

für (wirtschaftliche) Prognoseentscheidungen und Risikobewertungen. Weitere Zugeständnisse berühren den vorliegenden Problemkreis nicht.

cc) **Auswertung**

Wie erläutert, ist die Problematik des Beurteilungsspielraumes und folglich auch seiner Überprüfbarkeit auf das Unparteilichkeitsgebot zu übertragen.

Rechtsprechung und Literatur gewähren eine eingeschränkte Überprüfung bei Prognoseentscheidungen, auch wenn die von der Rechtsprechung gebildeten Fallgruppen nicht vollständig passen. Die Komplexität des Neutralitätsbegriffes muß der Notar aber in einer Prognose auflösen, die überprüfbar bleiben muß. Wenn der Notar hier die Grenzen des Beurteilungsspielraums überschreitet, von sachfremden Erwägungen ausgeht²⁹⁷, überhaupt keine Prognose anstellt oder den zugrundeliegenden Sachverhalt

²⁹⁷ „Unsachlichkeit“ ist der Hauptanknüpfungspunkt von Rossak S. 334 ff mit begrifflicher Erläuterung; insoweit aber zu eng; ähnlich auch Krekler NJW 1981, 1633 ff zur richterlichen Befangenheit.

nicht richtig ermittelt²⁹⁸, muß er hierzu zur Verantwortung gezogen werden. Diese Aufzählung hat eine auch rechtliche Nähe zu den überprüfbaren Ermessensfehlern (Ermessennichtgebrauch, Ermessensfehlgebrauch und Ermessenüberschreitung²⁹⁹), auf deren Grundsätze zurückgegriffen werden kann, weil es sich hier nicht um einen klassischen unbestimmten Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum geht.

dd) Vermutung von Unparteilichkeit

Wenn die Überprüfung in diesen engen Grenzen nur möglich ist, muß man konsequenterweise der notariellen Amtsausübung von außen ex post eine gewisse Vermutung für Unparteilichkeit entgegenbringen³⁰⁰.

Rechtlich wirkt sich dieses vor allem bei der Beweislast aus. Durch diesen Vorschub werden die zuvor gefundenen Ergebnisse einer objektiv fast unbegrenzten Amtspflicht mit subjektivem Schwerpunkt nicht konterkariert. Vielmehr

²⁹⁸ Vgl. die Überprüfungsmaßstäbe nach Maurer § 7 Rn. 43.

²⁹⁹ Maurer § 7 Rn. 20 ff.

³⁰⁰ So auch für die richterliche Unparteilichkeit BGHSt 22, 289, 295; Krekeler NJW 1981, 1633 ff.

entspricht die Annahme der Vermutung der Unparteilichkeit dem Berufsbild des Notars.

Andererseits ist diese Vermutung kein Freifahrtschein für den Notar. Sie darf nicht überstrapaziert werden, sondern gilt ergänzend und kann eingeschränkt überprüft werden. Hat der Notar die Konfliktsituation nicht erkannt und war die Analyse des Beurteilungsspielraums, der Sachverhaltsanalyse und Prognose objektiv fehlerhaft und subjektiv vorwerfbar, dann liegt eine Amtspflichtverletzung vor, wofür der Notar voll einstehen muß. Wie erläutert, reflektieren sich die Prognose und der Beurteilungsspielraum in dem Verschuldenselement des Amtshaftungstatbestandes.

Festzuhalten ist damit folgendes: Wenn der Notar seine Prognose zum Sachverhalt hinsichtlich einer Konfliktrichtigkeit und Unparteilichkeit gewissenhaft und sorgfältig stellt, dann ist seine Entscheidung, die Betreuung zu übernehmen, nicht zu beanstanden, auch wenn er objektiv ex post parteilich handelte. Hierbei wird vermutet, daß er beurkundend und unparteilich tätig ist.

2. Einzelfälle

Vielleicht etwas überspitzt ausgedrückt, hat man den so schwierigen Rechtsbegriff der Neutralität vom Regen in die Traufe des grundsätzlich auch im Dunklen liegenden Beurteilungsspielraums geschoben.

Doch das erzielte Ergebnis ist richtig: Grundsätzlich muß es an dem Notar im Einzelfall liegen, sein Amt unparteilich auszuüben. Außerdem garantiert das Einräumen eines Beurteilungsspielraumes dem Notar, daß er zwar den Sachverhalt hinsichtlich der Gefährdung einer Unparteilichkeit sorgfältig und zurückhaltend überprüfen muß, in diesem Fall in der getroffenen Prüfungsentscheidung aber grundsätzlich geschützt wird. Im folgenden soll eine Abrundung der erzielten Ergebnisse unter Betrachtung des Einzelfalls vorgenommen werden.

a) **Kompensatorische Maßnahmen**

Denkbar ist, vom Notar zu verlangen, daß er bei jeder seiner Tätigkeiten nach § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO den materiell Betroffenen in seine Tätigkeit einbindet. Dadurch könnte er versuchen, bestehende Zweifel hinsichtlich einer

Konfliktrichtigkeit des Falles zu lösen oder eine mögliche Parteilichkeit sogar zu kompensieren.

Denkbar wäre, daß er den materiell Beteiligten von dem Ansuchen informiert, ihn ebenfalls berät oder ungefragt einen verfaßten Entwurf zuschickt, jeweils natürlich unter Berücksichtigung seiner weiteren Amtspflichten wie der Verschwiegenheit. Möglicherweise nimmt er fremde Interessen in das Ansuchen mit auf. Andererseits könnte er seine Prognose absichern wollen, indem er den materiell Beteiligten um Genehmigung des Ansuchens bittet. Er könnte ferner auf eine nicht erforderliche Beurkundung dringen.

Die Vereinbarung einer Haftungsbeschränkung scheidet mit Blick auf die gesetzliche Verankerung und den hoheitlichen Charakter der Amtsausübung allerdings generell aus³⁰¹. Dies gilt auch bei der hoheitlichen Betreuungstätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO³⁰². Zudem ist es wirklichkeitsfremd anzunehmen, daß ein materiell Beteiligter auf ein Ersuchen des Notars eine solche Haftungsfreistellung vereinbaren würde; dazu hat er rechtlich und sachlich keine

³⁰¹ Eylmann/Vaasen - Frenz § 19 Rn. 4.

³⁰² Eylmann/Vaasen - Frenz § 19 Rn. 4 m.w.N.

Veranlassung. Ein Einverständnis des Ansuchenden in eine ihn parteiisch belastende Tätigkeit steht zwar nichts entgegen, weil eine entsprechende Konfliktsituation im Rahmen der Analyse der Unparteilichkeit gerade ausgeräumt wurde, allerdings dürfte der Fall jedoch in der Praxis kaum vorkommen.

Die Idee der Einbeziehung des materiell Beteiligten scheitert in vielen Fällen schon daran, daß der Notar den materiell Beteiligten nicht bei Beginn seiner Tätigkeit identifizieren kann, sondern er nur als abstrakte Person im Sachverhalt existiert. Eine einseitige Klausel zulasten zukünftiger Gesellschafter kann der Notar durch kompensierende Maßnahmen nicht entschärfen. Er müßte Adreßnachforschungen anstellen und auch sonstigen Aufwand zur Klärung des Sachverhaltes selbst – finanziell – tragen. Sodann würde sich die Problematik eines Aufwendungsersatzanspruchs des Notars gegen den materiell Beteiligten stellen³⁰³.

Im übrigen liegt es nicht im Sinne einer qualitativ guten und pflichtgemäßen Betreuung, wenn der Notar seinem Mandanten eine kompensierende Klausel ungefragt in einen

³⁰³ Dazu aber schon oben unter E III 6 a aa, Seite 193, b aa, Seite 222.

Entwurf einbauen und diesen darüber im Dunklen lassen würde. Wenn er aber den Mandanten diesbezüglich aufklärt, wird dieser die Klausel herausstreichen und den nun einseitigen Entwurf umsetzen können. Im übrigen dürfte fraglich sein, ob der Notar bei Vornahme einer ungefragte Kompensation nicht etwa dem Mandanten in unzulässigerweise seinen Willen, konkret den Willen zur Unparteilichkeit, aufdrängt.

Eine kompensatorische Betreuung ist deshalb nicht praktikabel. Zweifel oder Unwissen hinsichtlich des Sachverhalts kann der Notar als Aufforderung zur Niederlegung seines Mandates werten.

Eine Ausnahme bilden hier vielleicht die mehrseitigen, beurkundungsbedürftigen Geschäfte, z. B. also der Entwurf zu einer GmbH-Gründung. Meistens handelt es sich hier bereits um die planende Beratung im Zuge der Beurkundung, § 24 Abs. 2 BNotO. Wenn aber ausdrücklich ein Entwurf gewünscht ist, kann der Notar unter Wahrung seiner Neutralitätspflicht das Ansuchen bearbeiten, mit dem insoweit kooperativen Ansuchenden aber die Zustellung des Entwurfes an die Mitgesellschafter vereinbaren. Dadurch wird der Notar dem Gebot des sichersten Weges gerecht.

Die Weigerung des Mandanten, den Entwurf an den materiell Beteiligte aus kompensatorischen Gründen senden zu dürfen, ist dann bereits ein Indiz für die Konfliktrichtigkeit des Sachverhalts.

Gegenüber formell Beteiligten kann der Notar bei der Beratungstätigkeit wie bei der Beurkundung durch Aufklärung und Belehrung nach dem Gedanken des § 17 BeurkG seine Pflicht zur Unparteilichkeit wahren. In diesem Sinne bietet es sich an, auf eine Beurkundung hinzuwirken, auch wenn zunächst um eine selbständige Beratung oder Entwurfstätigkeit ersucht wurde.

Schließlich ist fraglich, ob der Notar Maßnahmen ergreifen muß, wenn er den Verstoß gegen seine Pflicht zur Unparteilichkeit zwar zu Beginn seiner Tätigkeit nicht erkennen konnte, sie nachträglich aber feststellt. Jedenfalls muß er seine weitere Tätigkeit dann abbrechen, das ergibt sich direkt aus § 14 Abs. 1 BNotO. Darüber hinaus muß er auch einen Schaden, der aufgrund seiner Beratung entsteht, schon deshalb verhindern, weil er dadurch seine eigene bereits grundsätzlich begründete Haftung mildern kann. Auch bei nachträglicher Kenntniserlangung von der Unredlichkeit seiner Tätigkeit muß der Notar

kompensierende Maßnahmen ergreifen³⁰⁴. Der Neutralitätspflicht trägt es nicht Rechnung, daß der Notar die Realisierung seines Amtspflichtverstoßes wissentlich geschehen und sich vertiefen läßt. Es gibt auch eine Amtspflicht, als unzulässig erkannte Maßnahmen rückgängig zu machen³⁰⁵, wobei aber zweifelhaft ist, ob zur Rückgängigmachung mehr als das Aufheben und die Rücknahme der Maßnahme erforderlich ist. Denn dem Notar sind auch hier keine weiteren Aufklärungspflichten wie oben beschrieben zuzumuten. Vor allem ist der Notar dem formell Beteiligten gegenüber zur Verschwiegenheit verpflichtet, von der die Pflicht zur Unparteilichkeit nicht entbindet, § 18 BNotO. Ferner darf er nicht den Mandanten, der den parteiischen Entwurf schon hat, täuschen, indem er ihm eine angebliche Fehlerhaftigkeit seines Entwurfs mitteilt und dadurch die Umsetzung dieses Entwurfs zu verhindern sucht. Soweit ihm aber eine Kompensation möglich ist, muß und sollte der Notar sie in eigenem Interesse vornehmen. Auch hier gilt aber, daß der Notar in Zweifelsfällen Zurückhaltung übt und den Beteiligten die Wahrung ihrer Rechte selbst überlassen muß.

³⁰⁴ Arndt/Lerch/Sandkühler - Sandkühler § 14 Rn. 92; Schippel -

b) Einseitige Rücknahme des Ansuchens durch eine Partei

Fraglich ist, wie der Notar zu verfahren hat, wenn er ursprünglich für mehrere formelle Beteiligte tätig war und einer von ihnen seinen Betreuungsauftrag gekündigt hat.

In diesem Fall weiß der Notar regelmäßig, daß dieser Zurückgetretene als materiell Beteiligter in Frage kommt, und daß eine rechtliche Konfliktsituation wahrscheinlich ist, anderenfalls hätte der frühere formell Beteiligte sein Ansuchen nicht widerrufen. Ungeachtet möglicher sachlicher Beweggründe, ist dieser nur noch materiell Beteiligte jedenfalls mit der weiteren Tätigkeit des Notars nicht einverstanden. Selbst wenn im Ergebnis hier stets der Einzelfall und auch die Begründung des Ansuchens maßgeblich sind, schafft grundsätzlich die Beendigung durch einzelne formell Beteiligte den Anschein, daß der Notar in Zukunft bei Weiterführung seiner Tätigkeit parteilich für die übrigen Beteiligten handelt. Insofern sprechen diese Fälle grundsätzlich für die Niederlegung der Tätigkeit.

Schippel § 14 Rn. 21.
³⁰⁵ Tremml/Karger Rn. 106.

Dieser Grundsatz gilt nur im Rahmen einer Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO. Soweit dieser Sachverhalt dieser Rechtsmittelfälle im Rahmen des § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO betrifft, besteht eine Ausnahme von der Pflicht zur Unparteilichkeit, wie oben festgestellt, weil der materiell und ursprünglich formell Beteiligte nicht die weitere Verfolgung des ursprünglich gemeinsamen Interesses und Ansuchens soll blockieren können.

c) Aufklärung über Existenz materiell Beteiligter

Eine Aufklärungspflicht des Notars gegenüber seinem Mandanten, daß es einen materiell Beteiligten geben könnte, besteht nicht. Wie erläutert, darf der Notar bei der Ablehnung oder Niederlegung des Mandats „keine schlafenden Hunde wecken“ und seine Verschwiegenheitspflicht verletzen.

d) Allgemeine Rechtsbetreuung und Rechtsberatung

Mit dem weiten Verständnis der Pflicht zur Unparteilichkeit wird die Beratungstätigkeit des Notars eng eingegrenzt. Somit wurde bewußt als Prämisse festgelegt, daß jeder

Konfliktfall grundsätzlich zum Beruf des Rechtsanwalts gehört und nicht der „sonstigen Betreuung der Beteiligten“ durch den Notar zuzuordnen ist.

Damit sind in einer Vielzahl von praktischen Fällen Rechtsauskünfte durch den Notar keine zulässige Betreuung mehr. Dies gilt vor allem auch für Konfliktfälle des täglichen und wirtschaftlichen Lebens. Beispielsweise befragt ein Mandant den Notar zu einer völlig eindeutigen gesetzlichen Lage in Bezug auf das Vorliegen eines Mangels einer gekauften Sache. Der Notar zitiert die einschlägigen Rechtsvorschriften mit der unbestrittenen höchstrichterlichen Rechtsprechung und weist nun darauf hin, daß (gesetzlicher) Rücktritt, Minderung, vielleicht auch Schadenersatz möglich sind. Alles andere müsse aber der Anwalt machen. Oder ein Mandant will wissen, ob ein Wechsel in Ordnung ist.

Mit beiden, scheinbar objektiven und gutachterlichen, rein juristischen Auskünften, kann der Notar die Rechtsposition des erkannten materiell Beteiligten verkürzen. Dafür reicht nämlich aus, daß der Mandant die notarielle Auskunft in Worte faßt und dem Gegner unter Ausübung des vom Notar beschriebenen Gestaltungsrechts zusendet.

Diese Rechtslage folgt aus dem hier vertretenen weiten, in objektiver Hinsicht nahezu unbegrenzten Beteiligtenbegriff. Sie entspricht dem Interesse des Mandanten, von Anfang an auf den Rechtsanwalt verwiesen zu werden, der ihn durchgängig einseitig betreut. Nuancen ergeben sich aber, wenn man die Frage des Überparteilichkeitsgebots bei Tätigkeiten nach § 24 Abs. 1 BNotO subjektiv beleuchtet. Es wurden subjektive Relativierungen des Überparteilichkeitsgebots durch Vermutungen zunächst des *en detail* anwendbaren Berufsrechts sowie der Beurteilung des Handelns als unparteiisch ausgesprochen. Es wurde ferner darauf hingewiesen, daß die Erkennbarkeit eines Konflikts Voraussetzungen dafür ist, daß überhaupt parteiisch gehandelt werden kann. Der Notar wird bei Rechtsfragen aufgrund Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO bei seiner Prognose die Frage zu beantworten haben, ob der materiell Beteiligte der Rechtsberatung positiv, negativ oder gleichgültig gegenübersteht. Es wurde angedeutet, daß eine ausgewogene Rechtsberatung, welche dem Mandanten lediglich eine Handlungsalternative aufzeigt, noch unparteiliche Tätigkeit ist.

e) **Betreuung bei beurkundungsbedürftigen**

Rechtsgeschäften

Wiederholt standen beurkundungsbedürftige Rechtsgeschäfte im Zentrum der Betrachtung³⁰⁶. Es war problematisch, daß der Notar bei derselben Tätigkeit unterschiedlich parteiisch beraten müßte, weil es sich um eine unselbständige Beratung im Rahmen einer Beurkundung oder um eine selbständige Beratung im Rahmen einer Betreuung handelt.

Die Zulässigkeit der notariellen Tätigkeit beurteilt sich zunächst nach den engen objektiven Grenzen der Pflicht zur Unparteilichkeit. Wesentlich ist im weiteren dann aber die subjektive Eingrenzung dieser Amtspflicht. Dazu gehört zunächst, daß bei diesen Tätigkeiten vermutet wird, daß der Notar Rahmen einer Beurkundung tätig werden soll. Diese Vermutung findet bei der Prognose des Notars Einfluß.

Bei beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäften spricht die Lebenserfahrung dafür, daß der Mandant sich an den Notar wendet, um eine öffentliche Urkunde errichten zu lassen und nicht nur einen selbständigen notariellen Entwurf erwartet, um diesen dann selbst privatschriftlich zu

verfassen. Allerdings ist dieser Punkt wiederum Teil einer sorgfältigen Prognose, um welche Tätigkeit der Mandant ansucht und welches Ziel er verfolgt. Beurteilungsfehler hier sind eingeschränkt überprüfbar, so daß ein Notar, der Indizien übersieht oder sich darüber hinwegsetzt, mit Konsequenzen rechnen muß. Folglich besteht der „sichere Weg“ des Notars auch darin, die Beurkundung zu empfehlen. Vielfach bedeutet das für den Notar, den Mandanten vor die Wahl zu stellen, entweder zu beurkunden oder die Betreuungstätigkeit nicht (weiter) übernehmen zu können.

II. Konsequenz eines Verstoßes gegen die Pflicht zur Unparteilichkeit

Schließlich stellt sich die Frage, welche Konsequenzen ein objektiv und subjektiv vorwerfbarer Verstoß gegen die Neutralitätspflicht nach sich zieht.

³⁰⁶ Insbesondere bei E III 6 a bb, Seite 198 und b cc, Seite 234 ff.

1. Nichtigkeit des Betreuungsverhältnisses gemäß § 134 BGB

Denkbar zunächst ist, daß das Betreuungsverhältnis zwischen Notar und Ansuchendem nichtig ist, weshalb der Notar keine Gebühren beanspruchen könnte.

Gegen die Nichtigkeit des Betreuungsverhältnisses spricht aber bereits, daß es sich hier nicht um einen Vertrag, sondern um das Ansuchen um eine öffentlich-rechtliche Amtstätigkeit handelt³⁰⁷, in deren Rahmen der Rechtsgedanke des § 134 BGB nicht anwendbar ist, zumal der Gesetzesverstoß eine dem Notar allein obliegende Amtspflicht, nämlich die Neutralitätspflicht gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO betrifft.

Wegen des Strafcharakters von § 8 des Rechtsberatungsgesetzes, könnte das Betreuungsverhältnis hiernach nichtig sein. Dafür spricht, daß ein über die Vertragswirksamkeit befindendes Gericht den notariellen Verstoß gegen die Amtspflicht der Neutralität indirekt billigen würde. Es wäre dann auch konsequent, daß dementsprechend eine Beschwerde, die der Notar gemäß

³⁰⁷ Siehe oben B X 3; Seite 55.

§ 24 Abs. 1 S. 2 BNotO in pflichtwidriger Weise einlegt, nichtig wäre³⁰⁸.

Gegen eine Nichtigkeit spricht, daß damit dem Ansuchenden das Ergebnis der notariellen Tätigkeit, zum Beispiel die (fristgebundene) Einlegung eine Beschwerde, abhanden kommen, er also die Möglichkeit des Rechtsmittels verlieren würde. Damit droht dem Mandanten ein Rechtsverlust, obwohl sich die Pflicht zur Unparteilichkeit nicht an ihn, sondern ausschließlich an den beauftragten Notar als Amtsträger und Adressaten richtet. Er selbst kann gegen sie also gar nicht verstoßen, weil sie allein in der Sphäre des Notars liegt. Das Rechtsstaatsprinzip verbietet, daß dem Beteiligten die Folgen dieser notariellen Pflichtverletzung auferlegt werden und er lediglich auf ungewisse Schadenersatzansprüche verwiesen wird. Die Sanktionierung des Verstoßes gegen Amtspflichten und Standespflichten erfolgt im Disziplinarwege, dies reicht zur Erhaltung einer geordneten Rechtspflege aus. Aus diesen Gründen wird heute allgemein angenommen, daß eine Tätigkeit des Notars, die gegen die Neutralitätspflicht verstößt, nicht zur Nichtigkeit des notariellen Handelns

³⁰⁸ OLG Stuttgart NJW 1964, 1034.

führt³⁰⁹. Verfahrensrechtlich und materiell-rechtlich bleibt die Tätigkeit des Notars also wirksam.

2. Amtshaftung gemäß § 19 Abs. 1 BNotO

Wenn die Verletzung der Neutralitätspflicht den Amtshaftungstatbestand gemäß § 19 Abs. 1 BNotO erfüllt, ist der Notar zum Schadensersatz verpflichtet. Grundsätzlich hat er kraft Gesetzes hierfür eine Haftpflichtversicherung abzuschließen, vgl. § 19a BNotO. § 19 Abs. 1 BNotO ist bei einer Verletzung von Amtspflichten bei Tätigkeiten nach § 24 Abs. 1 BNotO gemäß § 19 Abs. 1 S. 2 BNotO anwendbar.

a) Schaden

Der objektive Tatbestand des § 19 Abs. 1 BNotO ist ungeachtet anderer Voraussetzung jedenfalls dann nicht erfüllt, wenn derjenige, der den Anspruch geltend macht, keinen Schaden hat und auch ein Dritter nicht den Schaden

³⁰⁹ BGHZ 54, 275, 281; Arndt/Lerch/Sandkühler - Sandkühler § 24 Rn. 56 m.w.N.; Habscheid NJW 1964, 1504, 1506 genauer zur Entscheidung des OLG Stuttgart a.a.O; inzwischen unstreitig.

des Geschädigten liquidiert (Drittsschadensliquidation)³¹⁰. Erforderlich ist jeweils ein adäquat-kausaler Schaden, der sich aus der Pflichtverletzung ergeben muß. Im Einzelfall muß der Geschädigte deshalb einen Schaden gerade durch die Verletzung der Neutralitätspflicht erlangt haben. Regelmäßig dürfte der Geschädigte der Beteiligte sein, zu dessen Lasten die Betreuung erfolgte.

Darüber hinaus ist problematisch, ob alleine durch die Beratung schon ein Schaden entstehen kann, da der Ansuchende den parteiischen Rat erst noch umsetzen muß. Die reine Beratung, die aber im Ergebnis ins Leere lief, begründet also keinen Schaden, für den der Notar haften müßte.

b) Schadenskausalität

Problematisch bleibt die Schadenskausalität³¹¹, d.h. ob der konkrete Verstoß gegen die Neutralitätspflicht zum Schaden führte. Insoweit ist nämlich denkbar, daß der Geschädigte seinerseits hätte Rechtsrat einholen müssen.

³¹⁰ Zum „Schaden“: Arndt/Lerch/Sandkühler - Sandkühler § 19 Rn. 110.

³¹¹ Zur Kausalität/Zurechnungszusammenhang: Arndt/Lerch/Sandkühler - Sandkühler § 19 Rn. 124 ff, 153 ff.

Grundsätzlich ist auch dem materiell Beteiligten, zumutbar bei für ihn unklarer Rechtslage einen rechtlichen Rat einholt. Deshalb beruhen die Benachteiligung und schließlich der Schaden nicht zwingend allein auf dem parteiischen Rat durch den Notar und damit auch nicht allein auf der Amtspflichtverletzung, sondern auch auf dem nicht ausreichenden (rechtlichen) Informationsstand des Geschädigten.

Letztlich kommt es in diesen Fällen auf die Einzelheiten der tatsächlichen Umstände an. Zum Beispiel gibt es Situationen, in denen der Geschädigte keinen Anlaß sehen mußte, Rechtsrat einzuholen. Dieses sind vor allem die Fälle der Entwurfstätigkeit, wo gerade durch den Notar als Autor Vertrauen beim Vertragspartner, der vielleicht Mitgesellschafter einer GbR werden soll, geschaffen wird.

Ungeachtet der Verpflichtung, die dem Beteiligten obliegt, Rechtsrat einzuholen, und auch ungeachtet der dogmatischen Einordnung dieser Frage als Kausalitätsproblem oder als Problematik des Mitverschuldens aus dem Gedanken des § 254 BGB, wird dieses Tatbestandsmerkmal in der Praxis selten eine große Rolle spielen. Meistens wird es ausreichen, daß der Schaden

zu der notariellen Pflichtverletzung kausal zurückverfolgt werden kann und den materiell Beteiligten kein überwiegendes Mitverschulden treffen muß. Dem Berufsbild des Notars entspricht es nicht, wenn seine Amtspflicht zur Unparteilichkeit eingegrenzt wird durch die Annahme, der Geschädigte müsse seinen Schaden selbst verantworten, wenn er es etwa unterläßt, einen notariellen Entwurf von „seinem“ Rechtsanwalt überprüfen zu lassen.

c) **Amtspflichtverletzung**

Ein weiteres Problem bei der Geltendmachung eines Amtshaftungsanspruchs liegt darin, die Pflichtverletzung präzise zu benennen. Bei einem Verstoß gegen die Unparteilichkeit verletzt der Notar gleich mehrere Amtspflichten³¹².

Zum einen handelt er unrechtmäßig, indem er gegen seine Amtspflichten verstößt. Daneben könnte man vertreten, daß er als Unzuständiger handelt, da die Tätigkeit für ihn unzulässig ist. Damit einher geht die Amtspflicht, als unzulässig erkannte Maßnahmen rückgängig zu machen,

³¹² Siehe bereits oben unter E III 5 a, Seite 187 ff.

was vielleicht eine kompensatorische Information des Benachteiligten über die parteiische Tätigkeit des Notars fordern könnte. Ferner gibt es eine, auch aus dem Verwaltungsrecht (§ 24 Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes) bekannte Pflicht zur sachgemäßen Sachverhaltsermittlung, welche sowohl als Amtspflicht³¹³ als auch aus Gründen der im Interesse der Beteiligten zu beachtenden Sorgfalt auf Amtshaftungsansprüche gegen den Notar gemäß § 19 BNotO übertragen werden kann. Letztlich besteht eine Amtspflicht zur fehlerfreien Ermessensausübung, was entsprechend für einen eingeräumten Beurteilungsspielraum, der vom Notar wie dargelegt zu beachten ist, gilt³¹⁴. Schließlich kommt die Pflicht zur Unparteilichkeit selbst ebenfalls als haftungsrelevante Amtspflicht in Betracht³¹⁵.

d) Schutzwirkung der Amtspflicht

Tatbestandsmerkmal eines Amtshaftungsanspruchs ist nicht nur, daß Amtspflichten grundsätzlich in der Lage sind,

³¹³ Vgl. dazu Tremml/Karger Rn. 93.

³¹⁴ Maurer § 25 Rn. 18.

³¹⁵ Zur Herleitung und Begründung sogleich.

drittschützende Wirkung zu entfalten³¹⁶, sondern vor allem, daß die konkrete Amtspflicht auch Schutzwirkung gegenüber dem Geschädigten entfaltet. Diese Drittbezogenheit der Amtspflicht ist damit wichtiges haftungsbegrenzendes Merkmal³¹⁷.

Ob eine Amtspflicht eine solche Schutzwirkung hat, ist eine kaum zu systematisierende und kasuistische Frage³¹⁸. Im folgenden ist dies für die Pflicht zur Unparteilichkeit mit Blick auf den materiell Beteiligten zu erörtern. Dabei sollen alle anderen Tatbestandsmerkmale des § 19 Abs. 1 BNotO, insbesondere damit auch der Verschuldensvorwurf, als gegeben vorausgesetzt werden.

aa) Kriterien für Drittgerichtetheit der Amtspflicht in Literatur und Rechtsprechung

Die in der Rechtsprechung und in der Literatur entwickelten Theorien zur Drittgerichtetheit der Amtspflicht beziehen sich vor allem auf den Fall der Beurkundung.

³¹⁶ Siehe dazu oben unter E III 5 b, Seite 188 ff.

³¹⁷ Tremml/Karger Rn. 108; allg. und näher: Ossenbühl S. 57 ff; 60.

³¹⁸ Vgl. z.B. Tremml/Karger Rn. 110 ff.

(1) Urkunde als Anknüpfungspunkt

Die sogenannte Vertrauens-*theorie* des Reichsgerichtes³¹⁹, die als geschützte Dritte nur diejenigen bezeichnet, die auf das beurkundete Rechtsgeschäft vertrauten und deshalb im Rechtsverkehr tätig wurden, paßt auf die Situation einer sonstigen Betreuung mangels Urkunde nicht. Gleiches gilt für die Bezeugungstheorie, die an der Urkunde mit ihrer Außenwirkung („Kundbarmachung“) gegenüber Dritten anknüpft³²⁰.

(2) Zwecktheorie des BGH

Der BGH³²¹ vertritt die inzwischen anerkannte Funktions- oder Zwecktheorie.

Danach entscheidet der Zweck, dem die Amtspflicht dient, über ihren Schutzcharakter gegenüber Dritten. Geschützter Dritter sei nur derjenige, dessen Interessen nach der besonderen Natur des Amtsgeschäfts gerade durch die statuierte Amtspflicht gegen Beeinträchtigungen geschützt werden sollen. Erfasst sei auch derjenige, der durch die

³¹⁹ RGZ 78, 241, 246.

³²⁰ Reithmann/Albrecht/Basty Rn. 179 ff, 185, 188.

Amtshandlung nur mittelbar und unbeabsichtigt betroffen wird, weshalb anspruchsberechtigt nicht allein der Erschienene ist. Daß die Amtspflicht ausschließlich den Schutz des Geschädigten bezweckt, sei nicht erforderlich³²².

Als geschützte Personen kommen bei der Beurkundung danach in Betracht³²³: die unmittelbar an dem Amtsgeschäft Beteiligten, hier also die formell Beteiligten. Ferner seien

„die mittelbar Beteiligten, d.h. diejenigen, die mit dem Notar in Verbindung treten und ihm anlässlich eines Amtsgeschäfts eigene Belange anvertrauen“

erfaßt. Auf die unterschiedliche Ausprägung des Begriffes vom Beteiligten wurde bei seiner Definition bereits hingewiesen. Der Unterschied ist aber nicht von Relevanz, da nach Auffassung des BGH auch

„Dritte, deren Interesse nach der Natur des Amtsgeschäfts geschützt werden sollen“,

einbezogen sind. Dritter in diesem Sinne, der hier als materiell Beteiligter bezeichnet wurde, sei der als Erbe oder Vermächtnisnehmer in Aussicht Genommene³²⁴.

³²¹ BGH DNotZ 1960, 157; bspw. in der Literatur: Zugehör ZNotP 1997, 43.

³²² Näher zur Ansicht des BGH vor allem Haug Rn. 40 ff m.w.N.

³²³ Aufstellung nach Arndt/Lerch/Sandkühler - Sandkühler § 19 Rn. 89.

Dieses ist nach Beurteilung des BGH auch auf die Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich der Amtspflichten bei der betreuenden Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO übertragbar. In der Regel seien die Amtspflichten bei dieser Tätigkeit zwar auf die Belange des Auftraggebers beschränkt. Indessen könnten mit der notariellen Betreuung ausnahmsweise auch Amtspflichten gegenüber Dritten verbunden sein. Das hat der BGH angenommen, wenn der Notar sich an potentielle Anleger mit einer solchen Erklärung wendet, welche den Anlegern als Grundlage für bedeutsame Vermögensentscheidungen dienen soll³²⁵. Dieser Fall setzte aber nach wie vor einen positiven Kontakt zwischen materiell Beteiligtem und Notar voraus, auch wenn die Initiative hierzu beim Notar lag. Insofern bestand auch hier ein Vertrauensverhältnis zum Notar.

Indessen ist der BGH von diesem Kriterium abgerückt. Inzwischen geht er davon aus, daß überhaupt kein Kontakt zwischen dem Notar und dem materiell Beteiligtem mehr erforderlich ist, um den Schutzzweck der Amtspflicht zu begründen. Vielmehr bestimmen der Zweck und die Natur

³²⁴ Vgl. dazu BGH DNotZ 1997, 791, 792; weitere Beispiele aus der Beurkundung bei Arndt/Lerch/Sandkühler - Sandkühler § 19 Rn. 91; Haug Rn. 45 ff, 48 m.w.N auch zur Rechtsprechung.

des Ansuchens und der daraus hervorgehenden Amtspflicht den Kreis der von der notariellen Tätigkeit geschützten Beteiligten³²⁶.

Die einzelnen betroffenen Amtspflichten werden in den jeweiligen Entscheidungen nach ihrem jeweiligen Zweck untersucht. Keine Entscheidung befaßt sich aber mit der Frage, ob die Neutralitätspflicht den materiell Beteiligten bei einer Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO im haftungsrechtlichen Sinne schützt. Das hängt mit der Auffassung des BGH zum Beteiligtenbegriff als Benefiziar bei § 24 Abs. 1 BNotO und offenbar der Abstraktion der Neutralitätspflicht zusammen. Die getroffenen Entscheidungen zur Sorgfaltspflicht, Beratungspflicht, Pflicht gemäß § 53 BeurkG und Verpflichtung zur Überprüfung eines Erbscheines ob seiner Richtigkeit passen zu der abstrakten Pflicht zur Unparteilichkeit nicht. Allein der Gedanke, daß man die Pflicht gegenüber jedermann ausweiten müsse, wenn der Notar die Grundpflicht des § 14

³²⁵ BGHZ 134, 100, 112 = NJW 1997, 661.

³²⁶ BGH NJW 1999, 2183, 2184; DNotZ 1988, 372, 374; 1983, 509, 512; Arndt/Lerch/Sandkühler - Sandkühler § 19 Rn. 94, 136; Haug Rn. 52, 52a; Reithmann DNotZ 1970, 5 ff, 17.

Abs. 2 BNotO verletzt³²⁷, ist auf die Neutralitätspflicht übertragbar, weil es sich bei beiden um prägende Amtspflichten handelt. Schließlich ist der materiell Beteiligte „Begünstigter“ oder „Benefiziar“ des Überparteilichkeitsgebots, weshalb es nur konsequent ist, diese Begünstigung ebenfalls als haftungsbegründende Schutzpflicht zu erkennen.

Auf diese Weise läßt sich festhalten, daß Amtspflichten bei der notariellen Betreuung nach § 24 Abs. 1 BNotO³²⁸ grundsätzlich Schutzpflichten gegenüber formell und materiell Beteiligten sind.

bb) Schutz des materiell Beteiligten durch die Pflicht zur Unparteilichkeit

Es stellt sich somit die Frage, ob die Pflicht zur Unparteilichkeit den Zweck hat, materiell Beteiligte vor einem Verstoß des Notars gegen diese Pflicht zu schützen.

³²⁷ BGH DNotZ 1988, 372, 374; im übrigen umstritten: vgl. Haug Rn. 52 m.w.N.

³²⁸ Ausdrücklich BGH DNotZ 1988, 372, 374.

(1) Grundgedanken der Pflicht zur Unparteilichkeit

Dazu soll zunächst auf die Grundsätze, den Inhalt und die Bedeutung dieser Amtspflicht erinnert sein. Sie ist eine Grundpflicht, die das Amt und die Würde des Notars beschreibt. Sie ist gleichzeitig eine Verhaltenspflicht und schwebt nicht nur abstrakt über der konkreten Tätigkeit. Wegen dieser Bedeutung muß sie sich gerade dort bewähren, wo jemand in besonderer Weise deshalb schutzwürdig ist, weil er typischerweise betroffen und benachteiligt ist. Diese Person ist der materiell Beteiligte. Der formell Beteiligte ist unproblematisch erst recht erfaßt. Die Pflicht zur Unparteilichkeit schützt das *status quo* in möglichen rechtlichen Konfliktsituationen und -positionen. Sie schützt die Integrität einer anderen, rechtlich möglichen Auffassung.

(2) Sanktionierung von Parteilichkeit

Mit dieser Bedeutung der Pflicht zur Unparteilichkeit wäre es nicht zu vereinbaren, wenn sie nach außen hin sanktionslos bliebe gerade gegenüber demjenigen, der sich in besonderer Weise hierauf verläßt. Ungeachtet einer möglichen dienstaufsichtsrechtlichen Maßnahme, die sich

auf den Beteiligten nicht auswirkt, kommt es dem Benachteiligten gerade darauf an, seinen Schaden zu liquidieren. Die Sanktion des möglichen Schadensersatzanspruches ist ein geeignetes und mahnendes Mittel für den Notar zur Pflichterfüllung neben der Dienstaufsichtsmaßnahme, weil der Notar bei Schadenersatzleistungen nach den Versicherungsverträgen einen Selbstbehalt ausgleichen muß und sich inzwischen auch Schadensfälle auf die Höhe seiner Versicherungssumme nachteilig auswirken.

Zwar ist der Notar grundsätzlich gehalten, seine Amtspflichten auch ohne drohende Sanktionen zu wahren. Insofern ist derjenige, der nicht bereit ist, die Erfüllung seiner Amtspflichten gewissenhaft zu kontrollieren, tatsächlich für den Notarberuf ungeeignet³²⁹. Eine Neutralitätspflicht ohne Haftungsfolgen wäre aber trotzdem ein stumpfes Schwert. Die in Rechtsprechung und Literatur vorgenommene Idealisierung der notariellen Unparteilichkeit wirkt angesichts des gleichermaßen vertretenen weiten Beteiligtenbegriffs und der Haftungsgrundsätze zu § 24 Abs. 1 BNotO inkonsistent. Der

³²⁹ So schon Schippel FS Bengl S. 405, 418.

Neutralitätspflicht wird in der Praxis vielfältig nicht mehr ausreichend Rechnung getragen, wodurch die Abgrenzung zwischen Anwaltstätigkeit und Notartätigkeit beim Anwaltsnotar zu verschwimmen droht³³⁰. Hier ist eine durchgreifende und umfassende Haftung des in seiner Tätigkeit begrenzten Berufsträgers, also des Notars, geeignet, eine das Berufsbild von demjenigen des Anwalts scharf trennende und damit ordnende Wirkung zu entfalten.

Nicht jeder Rat begründet für den Notar ein unbegrenztes Haftungsrisiko. Denn es kommt auf seine Prognose und seine Beurteilung der Situation hinsichtlich einer möglichen Benachteiligung eines weiteren Beteiligten an. Diesbezüglich mutet ihm die Haftungspflicht nach § 19 Abs. 1 BNotO eine sorgfältige Ausübung zu, mehr nicht, zumal dem Notar ein Beurteilungsspielraum verbleibt. Festzuhalten bleibt, daß die Pflicht zur Unparteilichkeit eine haftungsbegründende Schutzpflicht für materiell beteiligte Geschädigte ist.

³³⁰ Jungk AnwBl. 1999, 343, 346.

e) **Keine Subsidiarität der Haftung gemäß § 19 Abs. 1 S. 2 BNotO**

Gemäß § 19 Abs. 1 S. 2 BNotO haftet der Notar bei einer fahrlässigen Amtspflichtverletzung nur subsidiär, wenn es sich nicht um eine Amtstätigkeit nach §§ 23, 24 BNotO handelt³³¹. Wird er also nach § 24 Abs. 1 BNotO tätig und verstößt er in gerichtlich überprüfbarer Weise gegen seine Pflicht zur Unparteilichkeit, dann haftet er gegenüber dem „Auftraggeber“, § 19 Abs. 1 S. 2 am Ende BNotO, unmittelbar.

(1) **Haftung gegenüber dem „Auftraggeber“**

Der zivilrechtliche Begriff „Auftraggeber“ ist hier unglücklich und ungenau, weil es sich bei dem notariellen Ansuchen nicht um einen echten Auftrag handelt. „Auftraggeber“ ist jedenfalls der formell beteiligte Ansuchende einer notariellen Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO³³². Möglicherweise rechtfertigt es der ungenaue Begriff, sich über den Wortlaut des § 19 Abs. 1 S. 2 BNotO

³³¹ Zur Subsidiarität etwa: Ganter WM 2000, 641, 653.

³³² BGHZ 134, 100, 112; vgl. auch die Entscheidungen vorstehend unter aa, bb.

hinwegzusetzen und auch den materiellen Beteiligten als „Auftraggeber“ im Sinne des Haftungsrechts anzusehen. Auch diesem gegenüber würde der Notar dann unmittelbar und nicht nur subsidiär haften. Hierauf wurde bereits bei der Erörterung des Beteiligtenbegriffes kurz eingegangen³³³.

(2) Haftung gegenüber dem „Nicht-Auftraggeber“ laut BGH

Der BGH bejaht, daß ein Auftraggeber auch der „mittelbar Beteiligte“ sein kann, wenn der Notar ihm gegenüber ausdrücklich selbst Amtspflichten übernommen hat³³⁴.

Dieser Fall aus dem Kreis der Anlageerklärung wurde schon beim Drittbezug der Amtspflicht bei einer Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO angesprochen. Die meisten Entscheidungen zum Drittbezug spielen, da sie regelmäßig Amtshaftungsansprüche zum Inhalt haben, auch bei der Frage des „Auftraggebers“ im Rahmen einer Subsidiaritätshaftung eine Rolle. Mit der Öffnung des Schadensersatzanspruchs für materiell Beteiligte hängt

³³³ Siehe oben unter E III 6 a bb und b bb, Seite 198 und 234.

³³⁴ BGH NJW 1997, 661 = ZNotP 1997, 247, 249.

zusammen, den Begriff „Auftraggeber“ nicht mehr in seiner engsten Bedeutung zu verstehen.

Entsprechend spricht sich der BGH, wenn auch in einem *obiter dictum*, für eine Erweiterung des „Auftraggebers“ auf materielle Dritte aus, die nicht Ansuchende sind oder anderweitig positiv Kontakt mit dem Notar in dieser Sache hatten³³⁵. Er verweist dazu zunächst auf die Ungenauigkeit und Fehlerhaftigkeit des Begriffs „Auftraggeber“ mit Bezug auf die fehlende gesetzliche Regelung vor Einführung der RNotO. Damals war die notarielle Betreuung ein privatrechtlicher Vertrag. Ferner stützt sich die Entscheidung auf den Rechtsgedanken des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Auch hier gibt es einen Dritten, der am Betreuungsverhältnis beispielsweise mit einem Rechtsanwalt beteiligt ist³³⁶, und der anspruchsberechtigt ist. Freilich hinkt der Vergleich, da auch dort die Haftung zunächst subsidiär ist³³⁷. Außerdem ist beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter eine sogenannte Gläubigernähe erforderlich, die sich darin ausdrückt, daß der Gläubiger ein schutzwürdiges Interesse

³³⁵ BGH NJW 1999, 2183, 2184 - 2186 = WM 1999, 1330.

³³⁶ Zur Haftung des Rechtsanwalts: Borgmann/Haug § 32 und § 33.

³³⁷ BGHZ 133, 168, 173; 70, 327, 329; einhellige Ansicht.

an der Einbeziehung des Dritten in die Haftung aufweisen kann. Bei dem Mandanten, der zulasten dieses Dritten einen Rat vom Notar einholen will, dürfte dieses Interesse schwerlich anzunehmen sein. Insofern kann man die Kernpunkte des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter als wesentlicher Ansatzpunkt einer Beraterhaftung gegenüber Nichtmandanten auf die Notarhaftung wegen parteilichen Handelns zulasten materiell Beteiligter nicht vollkommen übertragen. Die notarielle Haftung gegenüber nicht formell Beteiligten geht insofern deutlich weiter³³⁸.

Der BGH sieht den Zweck der Ausnahme von der Subsidiaritätsregelung darin, daß der Notar schon bei der Übernahme der Tätigkeit grundsätzlich frei entscheiden kann, ob er die Tätigkeit übernimmt oder nicht; die einmal übernommene Tätigkeit muß er dann aber sorgfältig und konsequent im Rahmen seiner Amtspflichten ausführen³³⁹. Deshalb sei ihm die volle Haftung bei allen Tätigkeiten auch § 24 Abs. 1 BNotO im Gegensatz zur subsidiären Haftung bei Pflichtaufgaben zuzumuten³⁴⁰. Das unmittelbare

³³⁸ Jungk AnwBl. 1999, 404, 405.

³³⁹ Arndt/Lerch/Sandkühler - Sandkühler § 19 Rn. 190 m.w.N. in Fn. 426.

³⁴⁰ In diesem Sinne auch Arndt/Lerch/Sandkühler - Sandkühler § 19 Rn. 196.

Haftungsrisiko steht gewissermaßen zu seiner eigenen Disposition. Insgesamt ist die Erweiterung des Begriffs „Auftraggeber“ auch auf materiell Beteiligte in Literatur und Rechtsprechung noch in der Diskussion und nicht abgeschlossen³⁴¹.

(3) Haftung gegenüber dem materiell Beteiligten bei Parteilichkeit

Die Klarstellung und Erweiterung des Auftraggeberbegriffs auch auf den materiell Beteiligten sind für die Haftungsfolge bei einem Verstoß gegen die Neutralitätspflicht von besonderer Bedeutung.

Es ist in der Sache widersprüchlich, daß diejenigen schlechter behandelt werden, denen gegenüber die Neutralitätspflicht als Schutzpflicht von besonderer Bedeutung ist, nämlich die materiell Beteiligten, als die „Auftraggeber“ im engeren Sinne, nämlich die formell Beteiligten. Oft stellt sich in der Praxis die Frage eines anderweitigen Schadensersatzanspruchs überhaupt nicht, wenn nämlich materiell Beteiligte geschädigt wurden, die

³⁴¹ Vgl. dazu Zugehör ZNotP 2000, 250, 251 mit Darstellung der Argumente.

einen Nachteil aufgrund ihres Vertrauens in die Unparteilichkeit des Notars erlitten haben. Wenn der Notar zum Beispiel einen Entwurf eines Gesellschaftsvertrages zu einer GbR fertigt und sich dieser Entwurf realisiert, dann ist der vom Notar beratene Mitgesellschafter kaum schadensersatzpflichtig, weil er eine für ihn günstige vertragliche Regelung erzielen konnte. Auch kann der wirksam von der Erbfolge Ausgeschlossene keine Ansprüche gegen den Erblasser geltend machen.

Regelmäßig bleibt in diesen Fällen nur der Notar als Haftender übrig. Angesichts der Gleichbehandlung aller Personen, ob materiell oder formell Beteiligte, ist mindestens bei der Pflicht zur Unparteilichkeit eine unmittelbare Haftung des Notars auch gegenüber materiell Beteiligten mit der Tendenz des BGH gerechtfertigt und ohne Alternative. Im übrigen haftet der Notar aber nicht gegenüber denjenigen, die unbeteiligte Dritte sind oder die der Notar bei sorgfältiger, ex ante gestellter Prognose als solche gewertet hat.

f) Ergebnis

Der Notar haftet gegenüber allen Personen, denen gegenüber sich seine Amtspflichtverletzung auswirkt, gemäß § 19 Abs. 1 S. 2 am Ende BNotO unmittelbar, soweit diese persönlich von der Pflicht zur Unparteilichkeit geschützt wurden. Er muß gemäß § 19a BNotO auch insoweit eine Haftpflichtversicherung unterhalten. Bei der Frage, ob er die Neutralitätspflicht tatsächlich verletzt hat, ist ihm ein Beurteilungsspielraum einzuräumen, der hinsichtlich seiner sorgfältigen und gewissenhaften Ausnutzung nach den üblichen Kriterien gerichtlich überprüfbar ist.

Dieses Ergebnis ist mit einer zeitlichen und sachlichen Unübersehbarkeit der Haftung des Notars gegenüber materiell Beteiligten, die möglicherweise durch die notarielle Handlung Nachteile erleiden, verbunden. Die fehlende Einschränkung der Neutralitätspflicht in ihrer inhaltlichen Beschreibung wie auch in der Haftungsfolge führt dazu, daß die Rechtsbetreuung im Sinne von § 24 Abs. 1 BNotO für die Notare erheblich eingeschränkt ist und

von dem „vorsichtigen Notar ausbleibt“³⁴². Doch müssen die Notare nur hinsichtlich der korrekten Wahrnehmung des eingeräumten Beurteilungsspielraums „Vorsicht“, d.h. „Sorgfalt“, walten lassen. Übermäßige Vorsicht aufgrund von Angst vor jeglicher eigenen Haftung für Tätigkeiten im Sinne des § 24 Abs. 1 BNotO ist unangebrachte Selbstverweigerung zur Wahrnehmung der Betreuungstätigkeit und hätte ihre Ursache in fehlendem Selbstvertrauen zur sorgfältigen Ausübung der Beurteilung sowie ihrer Amtspflicht. Der Beurteilungsspielraum wirkt haftungsbeschränkend, so daß eine Haftung für Dritte nur theoretisch zeitlich und sachlich unbegrenzt ist. Die Haftung für materiell Beteiligte ist angesichts des Instituts des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte auch kein typisch notarielles Problem.

3. Dienstrechtliche Folgen

Abschließend seien die dienstaufsichtsrechtlichen Folgen einer Amtspflichtverletzung kurz dargestellt. Für die Annahme eines Dienstvergehens ist nicht erforderlich, daß

³⁴² Dieses formuliert und befürchtet so Bernhard DNotZ 1988, 375, 378 am Ende.

ein Schaden eingetreten ist. Insofern haben Amtshaftpflicht und Disziplinarrecht unterschiedliche Voraussetzungen und selbständige Funktionen. Weil die Pflicht zur Unparteilichkeit eine allgemeine, wenn auch besonders hervorgehobene Amtspflicht ist, gelten grundsätzlich die allgemeinen Regeln zur Ahndung eines diesbezüglichen Vergehens. Konsequenterweise muß dem Notar auch hier ein Beurteilungsspielraum eingeräumt werden. Seine Überprüfbarkeit richtet sich nach den gleichen Regeln wie bei der Amtshaftung.

Wenn der Notar demnach seine Pflicht zur Unparteilichkeit verletzt, hat er ein Dienstvergehen nach § 95 BNotO begangen. Ein sich daraus ergebendes Disziplinarverfahren richtet sich nach den Vorschriften der §§ 96 bis 110 BNotO. Als Maßnahmen sind in § 97 BNotO der Verweis, die Geldbuße und die Entfernung aus dem Amt vorgesehen. § 110 Abs. 1 S. 2 BNotO greift die zweifelhafte Abgrenzung zwischen der anwaltlichen und notariellen Tätigkeit eines Notars im Sinne des § 24 Abs. 2 BNotO auf, indem er Dienstvergehen, die beiden Berufsrechten zuwider laufen, grundsätzlich der anwaltlichen Dienstaufsicht zuordnet.

Sollte es sich nur um eine leichtere Verletzung handeln, was aber angesichts der Gewichtigkeit der Neutralitätspflicht regelmäßig einer genauen Untersuchung bedarf, kann die Aufsichtsbehörde dem Notar eine Mißbilligung nach § 94 BNotO oder die Notarkammer eine Ermahnung nach § 75 BNotO erteilen.

G. Zusammenfassung

Thesenförmig ergibt sich alles in allem folgendes:

1. Die Pflicht zur Unparteilichkeit des Notars ist dem Notariat wesensimmanente Pflicht mit konkretem Verhaltensgebot.
2. Sie gilt uneingeschränkt auch bei der notariellen Tätigkeit nach § 24 Abs. 1 BNotO.
3. Sie ist grundsätzlich unbegrenzt. Vor allem richtet sie sich nicht an bestimmte Begünstigte (Benefiziere), sondern gilt gegenüber allen Personen, die an dem Sachverhalt, der dem Ansuchen zugrunde liegt, sachlich und materiell beteiligt sind.
4. Aus § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO folgt, daß der Notar nicht an die strenge Pflicht zur Unparteilichkeit gebunden

ist, wenn er Beteiligte vor Gerichten und Verwaltungsbehörden vertritt. Im Rahmen dieser übernommenen Vertretung und in den Rechtsmittelfällen darf der Notar gegenüber materiell beteiligten Privatpersonen, die nicht ausdrücklich auftreten und ihre Rechte geltend machen, ebenfalls betreuen und vertreten, d.h. insoweit parteilich handeln.

5. Es besteht eine Vermutung dafür, daß der Anwaltsnotar anwaltlich beraten, der Notar bei beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäften nach Beurkundungsrecht tätig werden soll.
6. In Zweifelsfällen ist dem Notar ein Beurteilungsspielraum eingeräumt, wieweit seine Pflicht zur Unparteilichkeit reicht. Seine Entscheidung ist im gerichtlichen und dienstaufsichtsrechtlichen Überprüfungsverfahren eingeschränkt überprüfbar.
7. Bei der Überprüfung des Beurteilungsspielraums wird widerlegbar vermutet, daß der Notar unparteiisch tätig wurde.
8. Verletzt der Notar seiner Pflicht zur Unparteilichkeit, haftet er auch gegenüber materiell Beteiligten

unbeschränkt und nicht subsidiär für alle Nachteile, die ihnen aufgrund des Vertrauens in seine Unparteilichkeit entstanden sind.

H. Ausblick

Diese Ergebnisse liegen auf einer recht „harten“ Linie, verbauen sie dem Notar doch weite Teile des Beratungsmarktes. Angesichts der Veränderung im Markt der Rechtsberatung durch Bildung von nationalen und internationale Großkanzleien und die Zunahme in der Zahl der Anwälte über den möglichen Bedarf hinaus ist dies vielleicht bedenklich, weil die notarielle Kerntätigkeit der Beurkundung durch Rückgang des Urkundenaufkommens³⁴³ gleichsam an den Rand gedrängt wird und als dauerhaft zukunftssträchtige Grundlage in Frage gestellt ist. Eine besondere Gefahr für die Entwicklung des notariellen Berufsstands zeichnet sich durch die Veränderung des Privatrechts infolge der Europäisierung der deutschen Rechtsordnung ab. Einerseits wird die Funktion des Notars im Rahmen des Verbraucherschutzes nicht ausreichend gewürdigt, führt insbesondere nicht zu einer Ausdehnung

seiner Zuständigkeit etwa durch Übertragung zusätzlicher Beurkundungsaufgaben. Andererseits ist die Tendenz unverkennbar, bisherige traditionelle Kernbereiche notarieller Tätigkeit abzuschmelzen, indem zum Beispiel die Beurkundung von Abtretungen von GmbH-Anteilen oder sogar Kaufverträgen in Frage gestellt wird. Dies würde zu einer existenzgefährdenden Einschränkung der Zuständigkeit der Notare führen.

Aus diesem Grunde ist verständlich, daß einzelne Stimmen diese Entwicklung negativ einschränken und einer Aufweichung der Amtspflichten des Notars das Wort reden im Sinne einer Veränderung des Berufsbildes hin zu einem alleinigen Dienstleister, der weitgehend mit der Tätigkeit eines Rechtsanwalts gleichzusetzen ist³⁴⁴.

Selbst die Zukunftsaussichten rechtfertigen aber nicht diese Verwässerung des deutschen Notariats, indem die notarielle Tätigkeit zur anwaltlichen Interessenwahrnehmung der Auftraggeber verbogen wird. Schon gar nicht zu rechtfertigen ist es, daß man den Notar wider „nur dogmatisch begründeter Bedenken“ zum „Helfer“ und

³⁴³ Vgl. etwa Wagner AnwBl. 2002, 387, 388.

³⁴⁴ Für eine Lockerung und weitgehende Dienstleistung offenbar, im genaueren aber unklar, Brieske notar eins '99, 7 ff.

„Retter“ der Beteiligten erklärt, der nach seinem Gutdünken nicht den Amtspflichten unterliegt³⁴⁵. Vielmehr wird in der Zukunft, bei der die Schnelligkeit von Datenaustausch und Geschäftsverkehr zunimmt, das Bedürfnis, den Rechtsverkehr sicher zu gestalten, nicht abnehmen. Die Sicherheit und objektiv neutrale, nicht einseitige Betreuung der Auftraggeber ist als Leitbild des Notariats nicht überholt, sondern gewinnt gerade vor dem Hintergrund des bedeutender werdenden Verbraucherschutzes und der komplexer werdenden Rechtsordnung an Einfluß. Ohne strikte Beachtung der speziellen notariellen Amtspflichten wäre der Notar ein privatrechtlicher Dienstleistender, dessen besondere Stellung neben anderen Rechtsberatern, insbesondere der Rechtsanwaltschaft, nicht mehr begründbar ist.

Die Dienstleistung, die jeder Notar erbringen darf und auch erbringen will, ist durch die Grenzen des Berufsrechts, insbesondere die Neutralitätspflicht, begrenzt. Sie wird sich nicht in Parteilichkeit äußern, sondern ist durch qualitativ hochwertige, aber streng und absolut neutrale

³⁴⁵ So Lichtenberger FS Schippel 729, 737, 740 dagegen aber auch Reithmann MittBayNot 1999, 159, 160; vgl. auch oben unter B X 1, Seite 50 ff.

Rechtsberatung im Interesse des Mandanten geprägt³⁴⁶. Eine solche an der Rechtsordnung und der Neutralität orientierte Beratung und Betreuung in rechtlichen Angelegenheiten hat neben der Rechtsberatung auf der Grundlage des Rechtsberatungsgesetzes, erst recht aber im Falle einer diskutierten Aufhebung dieses Gesetzes eine eigenständige Funktion, wie auch auf anderer Ebene Behörden und sonstige staatliche Einrichtungen bemüht sind, ihre Leistungen neutral und bürgerfreundlich anzubieten.

Insofern kann der Notar seine Neutralität als Qualitätsprodukt verkaufen und damit, untechnisch gesprochen, werben³⁴⁷. Seine diesbezügliche Amtspflicht zu begrenzen, rechtfertigt sich nicht aus dogmatischen Erwägungen und ist erst recht nicht aus praktischen Erwägungen oder der Angst vor der zukünftigen Entwicklung zu begründen. Die ausgleichende Beratung durch einen Notar wird wegen der dem Notar ohne Einschränkung zuerkannten Neutralität vom Bürger mit mehr Vertrauen angenommen, als wenn ein Rechtsanwalt sich bemüht, eine gleiche Tätigkeit der Vermittlung und parteiischen Stellung zu übernehmen. Mit dem Berufsbild

³⁴⁶ Ähnlich Limmer notar eins '99, 9 ff, 11.

des Rechtsanwalts ist eine andere Erwartungshaltung und eine andere Einstellung als gegenüber dem Notar in der Öffentlichkeit verbunden. Die Unparteilichkeit des Notars ist allgemein bekannt und sozusagen sein Markenzeichen³⁴⁸.

Gerade die ausgleichende Beratung in Form der Mediation wird für den Notar in der Zukunft ein wichtiges zusätzliches Aufgabengebiet sein. Im übrigen schwindet das Vertrauen in die oft langwierige staatliche Gerichtsbarkeit³⁴⁹, weshalb sich eine Tätigkeit in dem Feld der Schiedsgerichtsbarkeit auch für den Notar mit seiner besonderen Rechtskenntnis und Lebenserfahrung anbietet. Das kann ebenfalls für die Steuerberatung, die auch dem betreuenden Notar erlaubt ist, angenommen werden, wodurch ein in der Praxis stark wachsendes Gebiet in der gesellschaftsrechtlichen und familienrechtlichen Rechtsberatung erschlossen wird. Außerdem wird der Notar seinen Schwerpunkt bei der Betreuung auf Vollzugstätigkeiten und Bestätigungen setzen, Dienstleistungen, die in der Praxis wichtig sind und kompetent umgesetzt werden müssen. Schließlich ist es aber nach wie vor die Urkunde, die das Notariat prägt. Sie kann

³⁴⁷ Limmer notar eins '99, 9 ff, 11; Wagner notar eins '99, 17 ff, 19, 21.

³⁴⁸ So auch Sorge MittBayNot 2001, 50, 51.

³⁴⁹ Wagner AnwBl. 2002, 387, 388.

zunehmend für Vertragsparteien auch ohne Beurkundungspflicht eine Rolle spielen.

Über diese Aufgaben, für die der Notar schon jetzt zuständig ist, hinaus, könnte der Gesetzgeber auch weitere Aufgabenfelder für den Notar schaffen, bei denen es gerade auf die Neutralität ankommt. Möglicherweise könnte ihm die Erhebung oder Einziehung von Steuern, beispielsweise der Grunderwerbsteuer, übertragen werden. Möglicherweise könnte der Notar bundeseinheitlich nachlaßgerichtliche Aufgaben wahrnehmen oder auch Scheidungen durchführen. Diese zusätzlichen Aufgaben würden die hoheitliche Stellung des Notars stärken und sich nicht mit einer Aufweichung des Neutralitätsgebots vertragen.

Alles in allem beschränkt seine Pflicht zur Unparteilichkeit deshalb nicht das Spektrum seiner Aufgaben, sondern sie bietet dem Notar auch in der Zukunft neue Chancen und Möglichkeiten, ohne eine Neuorientierung oder wesentliche Veränderung im Rechtssystem weiterhin die ihm übertragenen Amtstätigkeiten auf hohem fachlichen Niveau und wirtschaftlich auskömmlich zu erfüllen.