

**Professur für Bürgerliches
Recht, Zivilverfahrensrecht
und Handelsrecht**

Prof. Dr. Nicola Preuß

Düsseldorf, 04.05.2012

Vorläufige Stellungnahme

**zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Übertragung von
Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit
auf Notare (BT-Drs. 17/1469)**

**sowie zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung
des Grundgesetzes (BT-Drs. 17/1468)**

I. Vorbemerkung

Der Entwurf eines Gesetzes zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare zielt auf eine Entlastung der Justiz durch „Effektivierung“ bestimmter Verfahren und durch Beschränkung der Justiz auf ihre „Kernaufgaben“.

Im Zentrum steht die Aufgabenübertragung auf dem Gebiete des Nachlasswesens, wobei neben der Möglichkeit der vollumfänglichen Übertragung der Aufgaben des Nachlassgerichts 1. Instanz auf Notare („große Lösung“) eine verbindliche Mitwirkung des Notars im Erbscheinsverfahren („kleine Lösung“), wie sie dem Änderungsvorschlag des Bundesjustizministeriums (Stand 11.4.2012) entspricht, Gegenstand der Beratung ist.

Meine Stellungnahme beschränkt sich auf einige verfahrensrechtliche und organisationsrechtliche Aspekte. Sie orientiert sich an der nachfolgenden systematischen Unterteilung der Regelungsvorschläge:

- Umfassende Übertragung nachlassgerichtlicher Aufgaben auf den Notar
- Erbscheinsaufnahme durch den Notar, Zuständigkeitskonzentration auf den Notar in Fällen alternativer Zuständigkeiten
- Erweiterung der Kompetenz zur Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen
- Erweiterung des Katalogs zulässiger Notarbescheinigungen
- Einsicht in das maschinell geführte Grundbuch

II. Verfassungsrechtliche Grenzen der vollumfänglichen Übertragung nachlassgerichtlicher Aufgaben auf den Notar

1. Art. 33 Abs. 4 GG

Mit der vollumfänglichen Übertragung nachlassgerichtlicher Aufgaben auf den Notar würde eine ständige Rechtspflegeaufgabe auf einen Funktionsträger übertragen, der anders als Richter und Rechtspfleger nicht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis steht. Notare können zwar funktional als ein Teil der Ziviljustiz im weiteren Sinne betrachtet werden; organisationsrechtlich gehören sie jedoch nicht zum eigentlichen Justizapparat.

Gute Gründe sprechen m.E. aber dafür, angesichts der besonderen Ausgestaltung des Notaramts die Außerdienstlichkeit des Amtes nicht schon per se als den entscheidenden Faktor anzusehen, um den Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 4 GG zu eröffnen.¹ Dazu ist auf die Strukturen hinzuweisen, die das Notariat als eine staatliche Rechtspflegeeinrichtung (außerhalb des eigentlichen Justizapparats) ausweisen, insbesondere auf die Regelungen über die Einrichtung und Besetzung von Notarstellen sowie die Notaraufsicht als Teil der Justizaufsicht. Einer in dieser spezifischen Art und Weise ausgestalteten „Außenstelle der Justiz“ können weitere öffentlich-rechtliche Befugnisse übertragen werden.

Wird jedoch – entgegen dieser Einschätzung – im Sinne der Privatisierungsdogmatik rechtssystematisch gerade an die Außerdienstlichkeit des Notaramts (Notar als „Beliehener“) angeknüpft², ergibt sich folgerichtig das Problem der Rechtfertigungspflichtigkeit anhand des Funktionsvorbehalts des

¹ Vgl. *Scholz*, Sonderheft DNotZ 2007, 26*, 34*.

² Vgl. *Burgi*, Aufgabenübertragung auf den Notar im Lichte der Allgemeinen Privatisierungsdogmatik, in Preuß (Hrsg.), Aufgabenübertragung auf Notare, 2011, S. 31, 36 ff.

Art. 33 Abs. 4 GG.³ Ob der Funktionsvorbehalt der Übertragung bestimmter Aufgaben auf den Notar als Träger eines außerdienstlichen Amtes entgegensteht, ist, soweit ersichtlich, eine in dieser thematischen Zuspitzung in der öffentlich-rechtlichen Literatur bislang nicht abschließend geklärte Frage. *Burgi* deutet an, dass bei der Übertragung hoheitsrechtlicher Befugnisse auf „Angehörige des Notariats“ (Notariat im Sinne der kompetenziellen Regelung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) unter erleichterten Voraussetzungen eine „Ausnahme“ gegenüber der Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse durch staatliche Beamte anzunehmen sein *könnte*. Vor einer abschließenden Beantwortung dieser Frage stehe allerdings die Notwendigkeit weitergehender Prüfung.⁴

Sollte die Aufgabenübertragung auf Notare am Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG gemessen werden (Problem 1) und kommt eine Ausnahme nicht unter erleichterten Voraussetzungen in Betracht (Problem 2), dann bedarf es einer sachlichen Rechtfertigung der bereichsspezifischen Ausnahme (Problem 3). Der vorliegende Gesetzesentwurf wählt den Weg der flankierenden Verfassungsänderung. Vor dem Hintergrund der beschriebenen Problematik ist von einer vollständigen Übertragung nachlassgerichtlicher Aufgaben auf den Notar ohne eine entsprechende Verfassungsänderung in der Tat abzuraten.

2. Art. 92 GG

In welchem Umfang gerichtliche Aufgaben auf ein nichtrichterliches Organ übertragen werden können, ist bereits im Zuge der Aufgabenübertragung auf den Rechtspfleger grundlegend diskutiert worden.⁵

Das Notariat ist als Institution in einer Weise ausgestaltet, dass Notare im weiteren Sinne als Funktionsträger der Justiz („externe Rechtspflegeeinrichtung“) angesehen werden können. Die organisatorischen Grundlagen des Notariats rechtfertigen es, einzelne Rechtspflegeaufgaben, die *de lege lata* von Funktionsträgern erledigt werden, die dienstrechtlich in den Justizapparat eingebunden sind, auf die „externe Rechtspflegeeinrichtung“ Notariat zu übertragen, soweit die Grenze des Richtervorbehalts des Art. 92 GG nicht überschritten wird. Aufgaben, die nach geltendem Recht in verfassungskonformer Weise der funktionellen Zuständigkeit des Rechtspflegers zugewie-

³ A.a.O. S. 39.

⁴ A.a.O. S. 41.

⁵ Vgl. hierzu die gutachterlichen Ausführungen von *M. Wolf*, ZZP 99, 361 ff.

sen sind, können *gemessen an Art. 92 GG* in den gleichen Grenzen auch von Notaren erledigt werden.

Um den Einklang mit dem Richtervorbehalt herzustellen, ist in Art. 98a GG-E der Zusatz aufgenommen, dass Art. 92 GG unberührt bleibe. Den Notaren soll nur ein Teil der Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit übertragen werden, der nicht in den Bereich der rechtsprechenden Gewalt übergreift (Drs. 17/1468, S. 7). Eine einfachgesetzliche Ausformung des Gebots ist nicht vorgesehen. Die Neuordnung der sachlichen Zuständigkeit im Sinne des erweiterten § 23a GVG-E (Länderöffnungsklausel) enthält weder selbst eine entsprechende Feinabstimmung noch schreibt sie dem Landesgesetzgeber, der ergänzende Zuständigkeitsregeln soll treffen können, eine solche vor. Ein möglicher Verstoß gegen Art. 92 GG ist bei einer vollumfänglichen Übertragung der nachlassgerichtlichen Aufgaben 1. Instanz auf den Notar jedoch nicht schon *prima facie* auszuschließen. Insbesondere kann die vorgesehene Übertragung der gesamten Aufgaben der Nachlassgerichte auf Notare sich nicht schon an entsprechende Rechtspflegerzuständigkeiten anlehnen, da die Nachlass- und Teilungssachen gerade nicht in vollem Umfang auf den Rechtspfleger übertragen sind, sondern vielmehr nach Maßgabe des § 16 RpfLG dem Richter vorbehalten bleiben. Auch eine landesrechtliche Aufhebung von Richtervorhalten nach § 19 Abs. 1 S. 1 RpfLG ist nicht für sämtliche Geschäfte in Nachlass- und Teilungssachen eröffnet. Zudem müssen die landesrechtlichen Regelungen für bestimmte Geschäfte vorschreiben, dass der Rechtspfleger dem Richter das Verfahren zur weiteren Bearbeitung vorlegt, wenn gegen den Erlass der beantragten Entscheidung Einwände erhoben werden (§ 19 Abs. 2 RpfLG). Die Zuständigkeit des Rechtspflegers in Nachlasssachen ist damit auf die „nicht streitigen“ Fälle beschränkt, um den Rechtsprechungsvorbehalt des Art. 92 GG zu wahren.⁶ Die Lösung einer vollumfänglichen Übertragung nachlassgerichtlicher Aufgaben auf der Grundlage des § 23a GVG-E ist demgegenüber nicht so ausgestaltet, dass eine Kollision mit Art. 92 GG von vornherein ausgeschlossen werden könnte.

⁶ H. Roth in Bassenge/Roth, FamFG, RpfLG, Kommentar, 12. Aufl. 2009, § 19 RpfLG Rdn. 3.

III. Erbscheinsaufnahme durch den Notar, Zuständigkeitskonzentration in Fällen alternativer Zuständigkeiten

1. Das Modell der „Kooperation“ von Gerichten und Notaren auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit

In der Begründung des Gesetzesvorhabens werden Aspekte angesprochen, die es lohnenswert erscheinen lassen, den Gedanken einer stärkeren Einbeziehung der Notare im Nachlasswesen jenseits einer vollumfänglichen Aufgabenübertragung weiter zu verfolgen. Zum einen ist von einer „Effektivierung des Verfahrens“ die Rede, zum anderen wird darauf hingewiesen, dass es sich bei dem Notar um eine Rechtspflegeeinrichtung mit charakteristischer Bürgernähe handelt.

Wird eine Entlastung der Justiz durch Effektivierung der Verfahren angestrebt, liegt es m.E. nahe, auf bewährte Vollzugsmodelle aus anderen Bereichen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zurückzugreifen, in denen Gericht und Notar in spezifischer Weise kooperieren (4-Augen-Prinzip). Solche Vollzugsmodelle finden sich etwa im Grundbuchverfahren und im Handelsregisterverfahren. Die Antragstellung wird durch den Notar vorbereitet. Der Notar kann als Bote oder als Vertreter des Antragstellers eingesetzt werden, wobei Vertreterhandeln des Notars schon aufgrund der gesetzlichen Vollmachtsvermutungen (§ 378 Abs. 2 FamFG, § 15 Abs. 2 GBO) möglich ist.

Die rechtlichen Anknüpfungspunkte, um zu den Vollzugstätigkeiten des Notars zu gelangen, finden sich de lege lata in Formvorschriften und in gewissem Rahmen in der Urkundenvollzugspflicht gemäß § 53 BeurkG, die in praxi durch weitere Betreuungstätigkeiten des Notars (Herbeiführung der Vollzugsreife, Vollzugsüberwachung) ergänzt wird. Die Anordnung notarieller Mitwirkung beschränkt sich also nicht etwa auf die Verwirklichung der Formzwecke, sondern zielt auch auf die Eröffnung der notariellen Vollzugstätigkeiten.

Die Vollzugstätigkeit des Notars, also die Aufbereitung und Übermittlung des Antrags für die weitere Bearbeitung bei Gericht, bewirkt eine Effektivierung des Verfahrens und eine Erleichterung für den Antragsteller. Das gilt insbesondere im elektronischen Rechtsverkehr, wenn der Notar, wie im Handelsregisterverfahren, zur Übermittlung strukturierter Daten verpflichtet wird. Sehr pointiert hat der Richter Rainer Heneweer die Funktion des Notars in diesen Registerverfahren beschrieben:

„Nach dieser historisch gewachsenen Konzeption ist das Registerverfahren ein einheitliches, die Beglaubigung der Anmeldung umfassendes Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in dem der Staat die rechtlichen Voraussetzungen der Eintragung umfassend prüft. Die öffentlich beglaubigte Anmeldung ist daher nicht nur Formerfordernis, sondern zugleich eine normierte Schnittstelle zwischen den Zuständigkeiten von Notar und Registergericht in diesem Prozess. (...). Bei dieser Zuständigkeitsverteilung handelt es sich um ein Grundprinzip des Registerrechts, dem alle Rechtsträgerregister und das Grundbuch sowie verwandte Register (Schiffsregister, Luftfahrzeugregister) unterliegen.“⁷

Im Weiteren beschreibt Heneweer die Aufgabenverteilung zwischen Gericht und Notar zutreffend dahin, dass der Notar „gewissermaßen als externe Rechtsantragsstelle des Gerichts die Kommunikation mit den Anmeldenden wahrnimmt und diese gefiltert und gebündelt an das Registergericht weitergibt.“⁸

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass in diesen Bereichen der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Aufgabenverteilung zwischen Notar und Gericht stattfindet, die das charakteristische Profil der jeweiligen Institution nutzt, um im Ergebnis eine hohe Richtigkeitsgewähr – Stichwort „Vier-Augen-Prinzip“ – zu erzielen, ohne eine Institution übermäßig zu belasten. Systemkonform liegt der Einsatz des Notars als „externe Rechtsantragsstelle des Gerichts“ immer dann nahe, wenn ein Verfahren auf die Registereintragung oder auf die Errichtung einer Urkunde mit öffentlichem Glauben abzielt. Systematisch erfasst würden hierdurch das Grundbuchverfahren und die Registerverfahren, aber durchaus auch das Erbscheinsverfahren.

2. Ausbau notarieller Aufgaben im Nachlasswesen

Ein Ausbau notarieller Zuständigkeiten im Nachlasswesen kommt zum einen dort in Betracht, wo schon nach geltendem Recht Alternativzuständigkeiten des Notars begründet sind oder zumindest vergleichbare Zuständigkeiten des Notars bestehen. Zum anderen sind die im Bereich des Registerwesens vorgefundenen Strukturen ausbaufähig und können grob als Modell dienen, um auch in anderen Bereichen der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch das verbindliche Zusammenwirken von Gerichten und Notaren eine Effekti-

⁷ Heneweer, FGPrax 2004, 259, 260.

⁸ Heneweer, FGPrax 2004, 259, 260.

vierung des Verfahrens und auf diesem Wege eine Entlastung der Justiz zu erreichen.

a) Erbscheinsverfahren

Wird ein Entlastungseffekt durch Effektivierung des Verfahrens in dem oben beschriebenen Sinne angestrebt (z.B. im Hinblick auf den verstärkten Einsatz des elektronischen Rechtsverkehrs in der Justiz), wäre der Notar im Ergebnis im Erbscheinsverfahren als „Rechtsantragsstelle“ einzusetzen, damit im weiteren gerichtlichen Verfahren mit dem durch den Notar vorbereiteten Erbscheinsantrag gearbeitet werden kann. Es müsste mit anderen Worten die notarielle Vollzugstätigkeit eröffnet werden. Zugleich kann die Zuständigkeit für die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung nach § 2356 Abs. 2 BGB auf den Notar konzentriert werden. Die verfahrenstechnische Lösung, mit der die Sicherstellung der notariellen Mitwirkung im Erbscheinsverfahren erreicht wird, muss eine Grundlage für den reibungslosen Ablauf des Erbscheinverfahrens bieten, und zwar auch in den Fällen, in denen die weitere Behandlung nicht antragsgemäß erfolgt. Das Ziel sollte deshalb sein: So viel Änderung wie nötig, um die notarielle Mitwirkung zu sichern, aber so wenig Änderung wie möglich, um Anpassungsprobleme zu vermeiden.

Wer heute einen Erbschein beantragen möchte, kann zwar im Einzelfall den so nicht zutreffenden Hinweis erhalten, ein Erbschein könne „nur über einen Notar oder zu Protokoll des Nachlassgerichts bzw. Amtsgerichts beantragt werden und die einfache Schriftform sei nicht ausreichend“.⁹ De lege lata muss jedoch nicht der Erbscheinsantrag, sondern nur die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung von einem Gericht oder Notar protokolliert werden. Der formlose Antrag wird lediglich „aufgenommen“. Der Änderungsvorschlag des Bundesjustizministeriums vom 11.4.2012 beinhaltet demgegenüber eine Beurkundungsbedürftigkeit des Erbscheinsantrags verbunden mit der Alleinzuständigkeit des Notars für die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung. In der Tat ist die Anbindung an eine beurkundungsbedürftige Erklärung der rechtstechnisch einfachste Weg, um die notarielle Belehrung sicherzustellen und um notarielle Vollzugstätigkeiten auszulösen. Es ist jedoch zu beachten, dass es sich bei dem Erbscheinsantrag um einen verfahrenseinleitenden Antrag handelt. Der Inhalt der Erklärung macht es für sich

⁹ Vgl. OLG Köln, FGPrax 2009, 287 zu einem gleichlautenden Hinweis schreiben des Nachlassgerichts.

genommen nicht erforderlich, die Erfüllung der typischen Formzwecke der Beurkundung zu verlangen. Im Vordergrund steht vielmehr die Funktion des beurkundeten Antrags, die „richtige“ Antragstellung mit den erforderlichen Unterlagen für die weitere Prüfung durch das Nachlassgericht zu befördern. Die Beurkundungsbedürftigkeit als Wirksamkeitserfordernis für den Erbscheinsantrag dürfte aber nicht umgekehrt zu der Konsequenz führen, den Ablauf des Verfahrens zu behindern, wenn das Gericht im Wege der „Zwischenverfügung“ Hinweise auf behebbare Mängel des Antrags oder auf fehlende Unterlagen erteilt (§ 28 Abs. 2 FamFG) und dem Antragsteller die Möglichkeit zur Anpassung seines Antrags einräumt.¹⁰

Es wird deshalb angeregt, entweder zu klären, in welchem Verhältnis das Formerfordernis und die Möglichkeit der Antragsanpassung im Erbscheinsverfahren zueinander stehen sollen, oder die notarielle Einbindung verfahrenstechnisch auf anderem Wege sicherzustellen.

b) Maßnahmen der Nachlasssicherung, Nachlassinventar gem. § 2003 BGB

Bereits nach geltendem Recht kann das Nachlassgericht gem. § 2003 Abs. 1 BGB die Aufnahme des Nachlassinventars auf einen Notar übertragen, so dass es sich inhaltlich um eine Aufgabe handelt, die (auch) in den notariellen Zuständigkeitsbereich fällt. § 20 BNotO enthält eine differenzierende Zuständigkeitsregelung: § 20 Abs. 1 S. 2 BNotO eröffnet die allgemeine Zuständigkeit des Notars für die Aufnahme von Vermögensverzeichnissen und die Anlegung und Abnahme von Siegeln. § 20 Abs. 5 BNotO verweist dagegen hinsichtlich der Zuständigkeit auf dem Gebiet der Nachlasssicherung (Nachlassverzeichnis, Nachlassinventar, Anlegung und Abnahme von Siegeln im Rahmen eines Nachlasssicherungsverfahrens) auf die landesrechtlichen Vorschriften. Diese Aufgaben sind also ihrem Gegenstand nach (auch) genuine Notartätigkeit, werden in ihrer konkreten Funktion im Bereich der Nachlasssicherung aber aus der allgemeinen Kompetenzzuweisung des § 20 Abs. 1 S. 2 BNotO ausgenommen. Durch diese Differenzierung konnten vorhandene unterschiedliche Organisationsstrukturen und Zuständigkeiten gewahrt werden (vgl. auch Art. 148 EGBGB¹¹). Gegen eine nunmehr bun-

¹⁰ Zur Möglichkeit der „Zwischenverfügung“ im Erbscheinsverfahren vgl. etwa MünchKomm-ZPO/J. Mayer, Band 4, 3. Aufl. 2010, § 352 FamFG Rdn. 20; Keidel/Zimmermann, FamFG, 17. Aufl. 2011, § 352 FamFG Rdn. 134.

¹¹ Zum Zweck der Regelung: Staudinger/J. Mayer (2005), Art. 148 EGBGB Rdn. 1; MünchKomm-BGB/Säcker, Band 11, 5. Aufl. 2010, Art. 148 EGBGB Rdn. 1.

deseinheitliche Übertragung dieser Tätigkeiten auf den Notar bestehen keine inhaltlichen Bedenken, zumal es sich der Sache nach nicht um eine Aufgabenerweiterung, sondern um eine Aufgabenkonzentration auf den Notar handelt.

c) Vermittlung von Nachlass- und Gesamtgutsauseinandersetzungen

Mit der notariellen Zuständigkeit zur Durchführung des Vermittlungsverfahrens findet eine Verlagerung richterlicher Geschäfte auf den Notar statt.¹² Die Tätigkeit weist allerdings eine besondere Affinität zum genuinen Aufgabenbereich des Notars auf, zumal das gerichtliche Verfahren im Wesentlichen eine vermittelnde und beurkundende Funktion hat.¹³ Es bestehen keine Bedenken, die Vermittlung von Nachlass- und Gesamtgutsauseinandersetzungen, die bereits landesrechtlich den Notaren übertragen werden kann, durch eine nunmehr bundesweit greifende Regelung in den Zuständigkeitsbereich der Notare zu überführen.

IV. Erteilung weiterer vollstreckbarer Ausfertigungen

Die Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen notarieller Urkunden ist eine Tätigkeit, die ihrem Wesen nach bereits nach geltendem Recht in den Aufgabenbereich des Notars fällt. Eine (abschlägige) Entscheidung über die Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung trifft der Notar aber nur dann, wenn die von ihm zu prüfenden sonstigen Ausfertigungsvoraussetzungen nicht vollständig erfüllt sind und *aus diesem Grund* die Erteilung einer (weiteren) vollstreckbaren Ausfertigung zu versagen ist.

Mit der vollständigen Übertragung der Erteilung weiterer vollstreckbarer Ausfertigungen müsste der Notar bei einem entsprechenden Antrag das Verfahren nach § 733 ZPO durchführen, also den Schuldner anhören und prüfen,

- ob ein berechtigtes Interesse des Gläubigers an der Erteilung der weiteren vollstreckbaren Ausfertigung vorliegt (insb. bei Verlust der ersten Ausfertigung),

¹² Vgl. zu dem diesem Vermittlungsverfahren nachgebildeten Verfahren nach den §§ 87 ff. SachRBERG Regierungsbegründung, BT-Drucks. 12/5992, S. 164 zu § 88 SachRBERG-Entwurf.

¹³ So Keidel/Zimmermann, § 363 FamFG Rdn. 17

- dem kein überwiegendes Interesse des Schuldners (konkrete Gefahr der Doppelvollstreckung) entgegensteht.

Wegen des Erfordernisses der Abwägung widerstreitender Interessen im Verfahren nach § 733 ZPO ist die geltende gesetzliche Regelung, die den Notar von dieser Entscheidung ausschließt, im Prinzip sachgerecht.¹⁴ Etwas anderes gilt dann, wenn der Schuldner mit der Erteilung der weiteren vollstreckbaren Ausfertigung einverstanden ist, so dass sich das Erfordernis einer solchen Abwägung nicht stellt. In diesem Fall spricht nichts dagegen, die weitere vollstreckbare Ausfertigung ohne den Umweg über das Gericht durch den Notar erteilen zu lassen. Ein im Voraus erteiltes Einverständnis (z.B. bei der Beurkundung der Unterwerfungserklärung und der Einräumung der Ausfertigungsberechtigung nach § 51 Abs. 2 BeurkG) genügt allerdings dann nicht für ein Verfahren nach § 733 ZPO, wenn der Zweck des Einverständnisses nicht offengelegt war.¹⁵

IV. Notarielle Vollmachtsbescheinigung

Vollmachtsbestätigungen kann der Notar bereits nach geltendem Recht erstellen, allerdings nur mit beschränkten Rechtswirkungen. Die notarielle Bescheinigung über das Bestehen der Vertretungsmacht unterscheidet sich von einer Zeugnisurkunde dadurch, dass sie in der Sache eine gutachterliche Äußerung mit einer rechtlichen Schlussfolgerung des Notars enthält. Der Schwerpunkt der Bescheinigung liegt also nicht in der Wiedergabe bestimmter Tatsachen, sondern in der Schlussfolgerung.¹⁶ Bei einer Bescheinigung kommt es nicht auf die Wahrheit, sondern auf die inhaltliche Richtigkeit an.¹⁷ Anders als ein Tatsachenzugnis des Notars entfaltet die Notarbescheinigung also keine Beweiskraft nach § 418 ZPO. „Bezeugen“ i.S.d. § 418 ZPO kann der Notar nur, dass ihm die einzelnen Vollmachtsurkunden vorgelegen haben, nicht aber den entscheidenden Schritt, die rechtliche Schlussfolgerung. Wird für ein Verfahren der Nachweis eines Tatbestandes durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden verlangt, stellt sich das

¹⁴ In diesem Sinne ist zu berücksichtigen, dass die Zuständigkeit des Notars auf der konsensualen Titelerrichtung beruht und die Annexzuständigkeit zur Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen nur die Kompetenz zur (formalisierten) Prüfung der Ausfertigungsvoraussetzungen mit sich bringt.

¹⁵ Zum im Voraus erklärten Einverständnis vgl. MünchKomm-ZPO/Wolfsteiner, Band 2, 3. Aufl. 2007, § 733 ZPO Rdn. 15.

¹⁶ Limmer, ZNotP 2002, 261, 263.

¹⁷ Sandkühler in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 6. Aufl. 2008, § 21 BNotO Rdn. 4.

Problem, dass die notarielle Vollmachtsbestätigung diese Anforderung nicht erfüllt und damit ihre Tauglichkeit als Nachweis namentlich im Grundbuchverfahren generell in Frage steht.¹⁸ Vor diesem Hintergrund ist eine Regelung der notariellen Vollmachtsbestätigung zum Nachweis der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht insbesondere im Grundbuchverfahren zu begrüßen. Auf diesem Weg ließe sich die Überprüfung von Vollmachtenketten dem Notar überantworten.

Die notarielle Vertretungsbescheinigung soll in ihrer rechtlichen Qualität und ihren Wirkungen der Vertretungsbescheinigung gem. § 21 Abs. 1 Nr. 1 BNotO entsprechen. Bei einer Vollmachtsbescheinigung würde die Aussage des Notars jedoch nicht auf der Einsichtnahme in ein öffentliches Register beruhen. Im Hinblick auf die Ermittlung der Tatsachengrundlage muss es aber genügen, wie beispielsweise im Grundbuchverfahren¹⁹ auf den Rechtsschein der Vollmachtsurkunde (§§ 170-173 BGB) zu vertrauen. Insofern bestehen keine grundsätzlichen Bedenken gegen eine der Vertretungsbescheinigung gleichgestellte notarielle Vollmachtsbescheinigung. Der Rechtsschein der Vollmachtsurkunde wird jedoch nur dann erzeugt, wenn es sich um eine echte, also um eine von der als Aussteller ausgewiesenen Person herrührende Urkunde handelt.²⁰ Um hieran anknüpfen zu können, müsste also die Vorlage öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Vollmachtsurkunden verlangt werden. § 21 Abs. 3 BNotO-E lässt dagegen auch die Vorlage einer Vollmachtsurkunde zu, deren Echtheit nicht vermutet werden kann, und ordnet lediglich die Angabe an, in welcher Form die Vollmachtsurkunde dem Notar vorgelegen hat. Nur für die Verwendung der Vollmachtsbescheinigung in Grundbuch- und Registerverfahren muss die Vollmachtsurkunde „in der für die Eintragung jeweils erforderlichen Form“ vorliegen. Diese Lösung bringt m.E. nicht hinreichend zum Ausdruck, dass es sich um Bescheinigungen auf unterschiedlicher Tatsachengrundlage handelt.

Deshalb ist zu erwägen, eine Regelung der Vollmachtsbescheinigung neben der Vertretungsbescheinigung nach § 21 Abs. 1 Nr. 1 BNotO auf Vollmachtsurkundenbescheinigungen zu beschränken, die der Notar nach Vorlage öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunden erstellt. Damit würde sich eine Sonderregel für Vollmachtsbescheinigungen, die in Registerverfahren als Nachweis der Vertretungsmacht dienen sollen, erübrigen. Vertre-

¹⁸ Vgl. Eylmann/Vaasen/Limmer, BNotO, BeurkG, 3. Aufl. 2011, § 21 BNotO Rdn. 32; ders., ZNotP 2002, 261, 269 jeweils m.w.N.

¹⁹ Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rdn. 3584.

²⁰ Palandt/Ellenberger, 71. Aufl. 2012, § 172 BGB Rdn. 2.

tungsbescheinigungen außerhalb des engen Anwendungsbereichs des § 21 BNotO könnte der Notar weiter im Rahmen der notariellen Rechtsbetreuung erstellen. Für sämtliche Vertretungsbescheinigungen außerhalb des Anwendungsbereichs des § 21 BNotO gilt dabei, dass der Notar, der jeden falschen Anschein zu vermeiden hat, die Tatsachengrundlage und die ggf. beschränkte Aussagekraft der Bescheinigung niederlegen muss.²¹

V. Einsicht in das maschinell geführte Grundbuch

Eine gesetzliche Regelung zur sog. „isolierten Grundbucheinsicht“ des Notars im automatisierten Abrufverfahren, also zu einer Grundbucheinsicht, die nicht unmittelbar im Zusammenhang mit einer Beurkundungs-, Beglaubigungs- oder Beratungstätigkeit des Notars steht, kann zwei verschiedene Ziele verfolgen, die es zu unterscheiden gilt. Die Gewährung der Grundbucheinsicht kann zum einen zu einer notariellen Pflichtaufgabe ausgestaltet werden mit dem Ziel, das herkömmliche gerichtliche Verfahren der Grundbucheinsicht zumindest zum Teil auf Notare zu verlagern. [Inwieweit die durch das Grundbuchamt gewährte Grundbucheinsicht für den Informationsbedürftigen daneben noch eine praktikable Alternative bliebe, hinge von den Einsichts- bzw. Bearbeitungszeiten der Gerichte ab.] Zum anderen kann die „isolierte Grundbucheinsicht“ durch den Notar aber auch so geregelt werden, dass sie sich für denjenigen, der aufgrund seines berechtigten Interesses Grundbucheinsicht verlangen kann (§ 12 GBO), schlicht als ein zweiter Weg darstellt, die Grundbucheinsicht gewährt zu bekommen.

Eine teilweise Verlagerung des Grundbucheinsichtverfahrens vom Gericht auf den Notar mit der Folge der Verlagerung der Beschwerdefälle von der Grundbuchbeschwerde hin zur Notarbeschwerde²² stellt sich als ein unnötiger Systembruch dar. Vorzugswürdig erscheint es, die „isolierte Grundbucheinsicht“ durch den Notar lediglich als einen weiteren Weg zur Grundbucheinsicht zu verstehen. Für den Notar handelt es sich dann nicht um eine Pflichtaufgabe i.S.d. § 20 bis 21 BNotO, sondern um eine sonstige Betreuungstätigkeit auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege i.S.v. § 24

²¹ Vgl. Eylmann/Vaasen/Limmer, § 21 BNotO Rdn. 31.

²² Auch wenn in der Fassung der Drs. 17/1468 keine Übernahme der notariellen Grundbucheinsicht in den Katalog der Urkundstätigkeiten (§ 10a BNotO) vorgesehen ist, wird doch vorausgesetzt, dass die Gewährung der Grundbucheinsicht zu den Pflichtaufgaben des Notars gehören soll, deren Vornahme erforderlichenfalls mit der Notarbeschwerde gem. § 15 Abs. 2 BNotO durchgesetzt werden kann (Drs. 17/1469, S. 20).

BNotO. Diese Zuordnung wirkt sich unmittelbar auf den Gegenstand eines etwaigen Beschwerdeverfahrens aus. Eine Pflichtaufgabe darf der Notar nicht ohne „ausreichenden Grund“ verweigern (§ 15 Abs. 1 BNotO). Die Ablehnung einer sonstigen Betreuungstätigkeit ist nur daraufhin zu überprüfen, ob sie willkürlich erfolgte.²³ Nur im ersteren Fall würde also die Prüfung des berechtigten Interesses vom Grundbuchbeschwerdeverfahren in das Notarbeschwerdeverfahren verlagert. Handelt es sich bei der isolierten Grundbucheinsicht dagegen um eine bloße Betreuungstätigkeit, kann der Notar in Fällen, in denen er das Vorliegen eines berechtigten Interesses nicht bejahen kann, auf die Grundbucheinsicht via Grundbuchamt verweisen, ohne dass es sich hierbei um eine willkürliche Verweigerung der Amtstätigkeit handelte.

Die sog. „isolierte Grundbucheinsicht“ ist kostenrechtlich in § 147 Abs. 1 KostO erfasst, aber im Übrigen bislang nicht hinreichend deutlich geregelt. Zwar sprechen gute Gründe dafür, die „isolierte Grundbucheinsicht“ schon nach geltendem Recht als eine Betreuungsaufgabe des Notars auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege (hier: des Registerwesens) i.S.v. § 24 BNotO zu verstehen.²⁴ Es fehlt aber eine eindeutige gesetzliche Grundlage, die die rechtliche Zulässigkeit sowie die Voraussetzungen der isolierten Grundbucheinsicht klarstellt und zudem ausdrücklich regelt, wie die Grundbucheinsicht durch den Notar gewährt wird. Vor diesem Hintergrund wäre eine Regelung zu begrüßen, die die Erteilung von Grundbuchabdrucken durch den Notar ausdrücklich zulässt, aber auch eine klare Grenze setzt, indem die Grundbucheinsicht im öffentlichen Interesse oder zu wissenschaftlichen Zwecken ausgenommen bleibt. Die Prüfung des berechtigten Interesses (§ 12 GBO) obliegt dem Notar. Diese Prüfungspflicht kommt dem Notar bereits nach geltendem Recht zu. Da es bei der Durchführung der Grundbucheinsicht durch den Notar keiner Darlegung des berechtigten Interesses gegenüber dem Grundbuchamt bedarf (§ 43 Abs. 2 GBV), wird die Prüfung auf den Notar verlagert, indem der Notar keine Einsicht nehmen darf, ohne dass ein berechtigtes Interesse des Auftraggebers für die Grundbucheinsicht vorliegt.

In der Sache stellte eine Regelung der isolierten Grundbucheinsicht eine Verdeutlichung und instrumentelle Weiterentwicklung (Grundbuchausdruck) der bereits geltenden Rechtslage dar. Deshalb besteht kein Grund,

²³ In diesem Sinne: *Sandkühler* in Arndt/Lerch/Sandkühler, § 15 BNotO Rdn. 8.

²⁴ So *Völzmann*, DNotZ 2011, 164, 166 zu OLG Celle, DNotZ 2011, 203 ff.

eine Regelung zur Erteilung von Grundbuchausdrucken nicht mit bundesweiter Wirkung vorzusehen.