

59. 1. Setzt § 12 Abs. 1 Satz 1 der preussischen Gebührenordnung für Notare vom 28. Oktober 1922 (G. S. S. 404) voraus, daß der Notar in der Absicht in Anspruch genommen ist, ein bestimmtes Geschäft durch ihn beurkunden zu lassen?

2. Zur Auslegung von § 12 Abs. 1 Satz 2 und § 16 daselbst.

III. Zivilsenat. Urt. v. 24. Mai 1932 i. S. M. (Kl.) w. Th. (Bekl.).
III 292/31.

I. Landgericht Duisburg.

II. Oberlandesgericht Düsseldorf.

Der Kläger hat mit dem verstorbenen Justizrat S. und dem Justizrat Sch. in D. die Berufstätigkeit als Rechtsanwalt und Notar gemeinsam ausgeübt. Auf Grund von Abtretungserklärungen der Witwe S. und des Justizrats Sch. macht der Kläger im gegenwärtigen Rechtsstreit einen Gebührenanspruch geltend, der durch die Tätigkeit des Justizrats S. als Notar entstanden sein soll.

Notar S., der bereits im Jahre 1907 ein von ihm amtlich verwahrtes Testament des Beklagten beurkundet hatte, regte am 17. April 1926 in einem nicht mehr vorhandenen Brief bei dem Beklagten an, das nach seiner Ansicht veraltete Testament durch ein neues zu ersetzen. Mit Schreiben vom 19. April 1926 antwortete der Beklagte, er habe in der Testamentsangelegenheit Herrn Dr. H., den er zum Testamentvollstrecker bestimmt habe, gebeten, mit dem Notar Rücksprache zu nehmen. Der Kläger sieht in diesem Brief eine Bevollmächtigung des H., der auch sonst der Bevollmächtigte des Beklagten gewesen sei, mit dem Notar zu verhandeln. Des weiteren will der Kläger dieses Schreiben dahin ausgelegt wissen, daß es die Aufforderung an den Notar enthalte, nach näherer Besprechung einen Testamentsentwurf anzufertigen. Es kam auch in der Folgezeit zu schriftlichen und mündlichen Verhandlungen zwischen Notar S. und H. Der Notar sandte mehrfach Richtlinien über das zu errichtende Testament an H. und nahm auf Grund weiterer Besprechungen Änderungen an den Vorschlägen vor, legte schließlich

auch dem Beklagten selbst einen Testamentsentwurf vor, der dessen Beifall fand. Zur Beurkundung eines Testaments kam es jedoch nicht, da keine Einigung über die Gebühren des Notars erzielt wurde.

Der Kläger verlangt die gesetzlichen Gebühren für einen auf Erfordern gefertigten Testamentsentwurf. Der Beklagte bestreitet den Klagenanspruch nach Grund und Höhe. Namentlich stellt er in Abrede, selbst oder durch H. dem Notar irgendeinen Auftrag zur Fertigung eines Testamentsentwurfs erteilt zu haben.

Das Landgericht wies die Klage ab. Die Berufung des Klägers wurde zurückgewiesen. Seine Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

Begründet erscheint die allgemeine Rüge der Verletzung des materiellen Rechts insoweit, als damit die Nichtanwendung des § 12 Abs. 1 Satz 1 Pr. NotGebD. beanstandet wird. Satz 2 das. scheidet ohne weiteres aus, nachdem der Berufungsrichter festgestellt hat, daß die Voraussetzungen des § 9 das. nicht gegeben sind, weil weder der ursprüngliche Auftrag auf die Fertigung eines Testamentsentwurfs gegangen war, noch die schließlich erfolgte Fertigung eines dem § 9 genügenden Testamentsentwurfs auf Erfordern des Beklagten oder seines Bevollmächtigten stattgefunden hat. Es mag nun dahinstehen, ob der im Schrifttum bestrittenen, aber überwiegend behaupteten Annahme beizutreten ist, daß § 52 des preußischen Gerichtskostengesetzes vom 28. Oktober 1922 (RG. S. 363) auch auf die Notare Anwendung zu finden hat. Denn darüber herrscht kein Streit, daß § 52 nur da einschlägt, wo es sich um die Beurkundung einer rechtsgeschäftlichen Erklärung handelt, und wo eine solche Beurkundung beantragt war. Das war aber nach den vorliegend getroffenen Feststellungen nicht der Fall. Das Berufungsurteil stellt im Gegenteil fest, der Brief vom 19. April 1926 habe in keiner Weise erkennen lassen, welche Absichten der Beklagte verfolgte, und ob er sich auf Grund der vom Notar noch zu machenden Vorschläge überhaupt dazu entschließen werde, ein Testament zu errichten, sondern gerade auch die Frage habe auf Grund der Anregung des Notars besprochen werden sollen, ob es sich für den Beklagten empfehle, das alte Testament durch Errichtung eines neuen zu ändern oder aufzuheben. Wenn aber weiter der Berufungsrichter aus § 12 Abs. 1 Satz 1 Pr. NotGebD. als Voraussetzung seiner Anwendbarkeit folgern will,

„daß der Notar als Urkundsperson in der Absicht in Anspruch genommen wird, ein bestimmtes Geschäft beurkunden zu lassen“, so kann dem nicht beigetreten werden. Mit dieser einschränkenden Auslegung trägt der Berufsrichter etwas in das Gesetz hinein, was nicht darin liegt. Bereits in einer früheren Entscheidung (RWrt. vom 3. Juni 1930 III 319/29, teiltw. abgedr. JW. 1930 S. 3307 Nr. 4, WarnRspr. 1931 Nr. 14 und HöchstRspr. 1930 Nr. 1669) hat der Senat ausgesprochen, die bloße Absicht, den später abzuschließenden Vertrag zuletzt vom Notar beurkunden zu lassen, schließe nicht aus, daß die Beteiligten zunächst einen bloßen Vertragsentwurf vom Notar anfertigen ließen, möglicherweise z. B. um sich erst an der Hand des Entwurfs über den endgültigen Abschluß einig zu werden. In jenem Rechtsstreit sollte nach der Annahme des Berufungsgerichts der Umstand, daß von vornherein eine Beurkundungsabsicht bestand, der Entstehung eines Gebührenanspruchs nach § 12 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 9 Pr. NotGebD. hindernd im Wege stehen. Im vorliegenden Fall will das Berufungsgericht eine Gebühr aus § 12 Abs. 1 Satz 1 gerade um deswillen verfahren, weil keine Beurkundungsabsicht bestanden habe. Die eine wie die andere Ansicht erscheint rechtlich gleich verfehlt. Von einer Absicht, ein bestimmtes Geschäft irgendwelcher Art zu beurkunden, ist in § 12 Abs. 1 Satz 1 mit keinem Wort die Rede; die Gesetzesbestimmung spricht nur von „allen Fällen, in welchen seine (des Notars) Tätigkeit in Anspruch genommen ist und stattgefunden hat, ohne daß das bezweckte Geschäft durch ihn vollzogen ist.“ Diese Fassung ist so allgemein, daß sie mit Ausnahme der Beurkundung rechtsgeschäftlicher Erklärungen und der Fertigung eines Entwurfs zu solchen alle anderen Geschäfte in sich begreift, die zur Berufstätigkeit des Notars gehören. Damit stimmt auch das Schrifttum überein.

Auf § 16 Pr. NotGebD. hat der Kläger nach der Feststellung des Berufungsgerichts den Klagenanspruch nicht gestützt. Der Berufsrichter gibt jedoch vorsorglich eine Begründung für die Nichtanwendbarkeit dieser Gesetzesbestimmung, die gleichfalls von Rechtsirrtum beeinflusst ist, und auf die daher eingegangen werden muß. Er sagt, § 16 a. a. D. setze ein selbständiges Geschäft voraus, für das eine Gebühr nicht bestimmt sei; auf eine bloß vorbereitende Tätigkeit, die nur dazu dienen solle, ein vom Notar selbst angeregtes Geschäft zu ermöglichen, und die mit diesem in notwendigem Zusammenhang

stehe, könne sie nicht angewendet werden. Hierbei wird die vom Berufungsgericht selbst getroffene Feststellung übersehen, daß der Beklagte mit dem Brief vom 19. April 1926 gerade eine Besprechung der Frage bezweckte, ob sich die Änderung oder Ergänzung des älteren Testaments oder seine Aufhebung durch ein neues empfehle. Diese Feststellung legte die Annahme nahe, daß es sich für den Beklagten zunächst lediglich um Besprechungen gehandelt hat, um eine Ratserteilung durch Notar S., die sehr wohl ein selbständiges Geschäft, ein jog. Hauptgeschäft, sein kann, namentlich dann, wenn weder die Beurkundung einer letztwilligen Verfügung noch auch die Fertigung eines Entwurfs zu einer solchen bereits ins Auge gefaßt ist. Nur wenn eine dahingehende Absicht bereits besteht, kann die Ratserteilung als eine bloß vorbereitende Tätigkeit zu einem anderen gebührenpflichtigen Hauptgeschäft angesehen werden, während sie ohne das Vorhandensein einer solchen Absicht selbst ein Hauptgeschäft sein kann. Einer solchen Prüfung, die auch für die Anwendung und Auslegung des § 12 Abs. 1 Satz 1 Pr. NotGehD. von Bedeutung ist, hat sich das Berufungsgericht bisher nicht unterzogen. Auch dieser Mangel muß zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen.