



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

NotZ(Brfg) 3/21

vom

15. November 2021

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BNotO § 18 Abs. 2 Halbs. 2; VwGO § 43 Abs. 1, § 124 Abs. 2, § 124a Abs. 4, 5  
VwGO

Zur Befreiung eines Notars von der Pflicht zur Verschwiegenheit durch die Aufsichtsbehörde an Stelle eines verstorbenen Beteiligten gemäß § 18 Abs. 2 Halbs. 2 BNotO.

BGH, Beschluss vom 15. November 2021 - NotZ(Brfg) 3/21 - OLG Jena

Der Senat für Notarsachen des Bundesgerichtshofs hat am 15. November 2021 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Herrmann, den Richter Offenloch, die Richterin Dr. Roloff, den Notar Dr. Hahn und die Notarin Kuske

beschlossen:

Der Antrag auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil des Senats für Notarsachen des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena 21. Mai 2021 wird abgelehnt.

Der Kläger trägt die Kosten des Zulassungsverfahrens.

Der Streitwert wird auf 5.000 € festgesetzt.

Gründe:

A.

- 1 Die Parteien streiten über die Nichtigkeit einer dem Kläger vom Beklagten erteilten Befreiung von der Pflicht zur Verschwiegenheit.
- 2 Der Kläger ist Notar in Thüringen. Im April 2009 beurkundete er einen Kaufvertrag über ein Tankstellengrundstück, der eine Vertragsstrafenregelung enthielt. Eine der Vertragsparteien, die O[...] GmbH, wurde bei der Beurkundung von ihrem - im Jahr 2015 verstorbenen - Geschäftsführer R. J. vertreten. In der Folgezeit kam es zwischen den Vertragsparteien zu einem die Vertragsstrafenregelung betreffenden Rechtsstreit vor dem Landgericht. Im Rahmen dieses

Rechtsstreits soll der Kläger zu den Umständen des Zustandekommens der Vertragsstrafenregelung als Zeuge vernommen werden. Nachdem er für sich ein Zeugnisverweigerungsrecht in Anspruch genommen hatte, das sich - so seine Auffassung - aus seiner Eigenschaft als beurkundender Notar ergebe, entschied das Landgericht im März 2016 durch Zwischenurteil, dass ihm ein solches Recht nicht zustehe. Das Oberlandesgericht hob dieses Urteil im Juni 2016 mit der Begründung auf, der (hiesige) Kläger sei von seiner Pflicht zur Verschwiegenheit nicht wirksam befreit worden.

- 3           Hierauf stellte die Prozessbevollmächtigte der O[...] GmbH im Juni 2017 beim Beklagten den Antrag, den Kläger von der notariellen Verschwiegenheitspflicht zu befreien, weil der verstorbene R. J. die Befreiung nicht mehr erteilen könne. Mit Bescheid vom 21. August 2017 befreite der Beklagte den Kläger gemäß § 18 Abs. 2 Halbs. 2 BNotO an Stelle des verstorbenen R. J. von der Pflicht zur Verschwiegenheit hinsichtlich der Umstände über das Zustandekommen der Vertragsstrafenregelung. Da sich der Kläger weiterhin auf ein ihm seiner Auffassung nach zustehendes Zeugnisverweigerungsrecht berief, erging im November 2017 im Rechtsstreit vor dem Landgericht ein weiteres, ein Zeugnisverweigerungsrecht des Klägers verneinendes Zwischenurteil, das vom Oberlandesgericht auf die Beschwerde des Klägers aber wiederum aufgehoben wurde, weil der Kläger - so die Begründung des Oberlandesgerichts - am Zwischenstreit nicht als Partei beteiligt worden und ihm rechtliches Gehör nicht gewährt worden sei. Am 7. Januar 2019 erging daraufhin ein neuerliches Zwischenurteil, das ein Zeugnisverweigerungsrecht des Klägers verneinte; die vom Kläger hiergegen eingelegte sofortige Beschwerde wies das Oberlandesgericht mit Beschluss vom 30. Oktober 2019 zurück.

4 Mit seiner im Juni 2020 erhobenen Klage wendet sich der Kläger nunmehr gegen den Bescheid des Beklagten vom 21. August 2017 und beantragt festzustellen, dass die dort enthaltene Entscheidung des Beklagten nichtig ist. Der Senat für Notarsachen des Oberlandesgerichts hat die Klage abgewiesen. Die Berufung hat er nicht zugelassen. Hiergegen wendet sich der Kläger mit seinem Antrag auf Zulassung der Berufung.

B.

5 Der zulässige Antrag auf Zulassung der Berufung ist unbegründet.

I.

6 Das Oberlandesgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt, die Klage sei bereits unzulässig. Ihr fehle das gemäß § 43 Abs. 1 VwGO, § 111b Abs. 1 Satz 1 BNotO erforderliche Feststellungsinteresse. Zwar habe ein Notar an der Feststellung der Nichtigkeit eines Bescheides betreffend die Aufhebung der Verschwiegenheitspflicht grundsätzlich ein berechtigtes Interesse, wenn davon seine Pflicht zur Aussage über an sich der Verschwiegenheit unterliegende Sachverhalte abhängt. Diese Abhängigkeit bestehe im Streitfall aber gerade nicht, weil aufgrund des rechtskräftigen Zwischenurteils des Landgerichts vom 7. Januar 2019 feststehe, dass der Kläger sich im genannten Zivilrechtsstreit nicht auf ein Aussageverweigerungsrecht wegen bestehender Verschwiegenheitspflicht berufen könne. Dem Anliegen des Klägers, Klarheit über seine Pflicht zur Aussage zu erhalten, sei damit bereits Genüge getan.

II.

7           Dem Kläger gelingt es nicht, hiergegen einen durchgreifenden Grund für die Zulassung der Berufung darzulegen (vgl. § 124a Abs. 5 Satz 2 VwGO, § 111d Satz 2 BNotO).

8           1.     In der Sache beruft sich der Kläger (auch) auf den Zulassungsgrund der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils im Sinne von § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO, § 111d Satz 2 BNotO. Dieser Zulassungsgrund setzt voraus, dass der Antragsteller einen einzelnen tragenden Rechtssatz oder eine erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage stellt, wobei die Zweifel auch die Richtigkeit des Ergebnisses erfassen müssen (vgl. nur Senatsbeschluss vom 19. Juli 2021 - NotZ (Brfg) 11/20, juris Rn. 14, mwN). Diese Voraussetzungen sind im Streitfall nicht erfüllt.

9           a) Der Kläger ist insoweit zunächst der Auffassung, das Oberlandesgericht habe, indem es das Feststellungsinteresse im Hinblick auf das rechtskräftige Zwischenurteil vom 7. Januar 2019 verneint habe, verkannt, dass die Rechtskraft nichts mit dem Feststellungsinteresse zu tun habe, sondern die fehlende Rechtskraft eine eigene Prozessvoraussetzung darstelle. Vorliegend könne nicht davon ausgegangen werden, dass durch das Zwischenurteil über den mit der vorliegenden Klage erhobenen Anspruch rechtskräftig entschieden worden sei. Denn zum einen sei der (hiesige) Beklagte am Zwischenrechtsstreit über die Zeugnisverweigerung im Zivilprozess überhaupt nicht beteiligt gewesen, so dass an den beiden Prozessen nicht die gleichen Parteien beteiligt gewesen seien. Zum anderen sei die Frage, ob der streitgegenständliche Bescheid wirksam sei, im Zwischenrechtsstreit nur eine Vorfrage gewesen; Entscheidungen über Vorfragen erwachsen aber nicht in Rechtskraft.

- 10            Diese Ausführungen stellen die Argumentation des Oberlandesgerichts schon im Ausgangspunkt nicht in Frage. Der Kläger verkennt, dass das Oberlandesgericht die Zulässigkeit der Feststellungsklage nicht daran hat scheitern lassen, dass über den Streitgegenstand dieses Verfahrens bereits anderweitig, nämlich durch das Zwischenurteil vom 7. Januar 2019, rechtskräftig entschieden worden wäre. Entscheidend für das Oberlandesgericht war vielmehr, dass der Kläger nur dann ein Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit der Befreiung von der Verschwiegenheitsverpflichtung hätte, wenn eine solche Feststellung Auswirkungen auf seine Verpflichtung zur Aussage im Zivilverfahren hätte, was angesichts des rechtskräftigen Zwischenurteils aber nicht (mehr) der Fall sein könne. Diese, das angefochtene Urteil allein tragende Erwägung stellt der Kläger schon nicht schlüssig in Frage.
- 11            b) Soweit der Kläger auch das - vom Oberlandesgericht in dem Zivilrechtsstreit durch Beschluss vom 30. Oktober 2019 bestätigte - Zwischenurteil des Landgerichts für nichtig hält, zeigt er schon nicht schlüssig auf, warum die von ihm angenommene Fehlerhaftigkeit des Urteils zu dessen Nichtigkeit führen sollte. Unabhängig davon erschließt sich dem erkennenden Senat auch nicht, warum der Kläger durch das Zwischenurteil - wie er meint - zu "evident strafbare[m] Verhalten" gezwungen werden soll. Jedenfalls aufgrund des rechtskräftigen Zwischenurteils stellt eine Aussage des Klägers keine "unbefugte" Offenbarung eines Privatgeheimnisses im Sinne des § 203 Abs. 1 StGB dar.
- 12            2.        Ohne Erfolg beruft sich der Kläger weiter auf den Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung im Sinne des § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO, § 111d Satz 2 BNotO.

- 13 Eine Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung, wenn es im konkreten Fall auf eine Tatsachen- oder Rechtsfrage ankommt, die über den von der ersten Instanz entschiedenen Fall hinausgeht und an deren Klärung daher im Interesse der Einheit oder der Fortbildung des Rechts auch für vergleichbare Fälle ein Interesse besteht (vgl. nur Senatsbeschlüsse vom 19. Juli 2021 - NotZ (Brg) 11/20 juris, Rn. 35; vom 22. März 2021 - NotSt (Brg) 4/20, NJW-RR 2021, 782 Rn. 4, mwN). Auf die vom Kläger vorliegend für grundsätzlich gehaltene Rechtsfrage, ob "auch der Antrag nach § 18 Absatz 2 BNotO höchstpersönlich gestellt werden" müsse, kommt es im Streitfall nicht entscheidungserheblich an, weil das Oberlandesgericht die Klage - wie gezeigt - davon unabhängig mit der Erwägung für unzulässig gehalten hat, angesichts des im Zivilverfahren ergangenen, inzwischen rechtskräftigen Zwischenurteils vom 7. Januar 2019 sei die Klage bereits unzulässig, ohne dass insoweit ein Grund zur Zulassung der Berufung vorläge.
- 14 Unabhängig davon kann die dargestellte - soweit ersichtlich bislang von niemandem sonst als vom Kläger aufgeworfene - Frage ohne Weiteres dahingehend beantwortet werden, dass der Antrag gegenüber der Aufsichtsbehörde, den Notar gemäß § 18 Abs. 2 Halbs. 2 BNotO an der Stelle eines verstorbenen Beteiligten von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit zu befreien, nicht "höchstpersönlich" gestellt werden muss. Auch wenn man das dahingehende Antragsrecht nicht jedermann (so aber Frenz/Miermeister/Bremkamp, 5. Aufl., BNotO § 18 Rn. 50), sondern nur bestimmten Personen zubilligen will (vgl. Senatsbeschluss vom 10. März 2003 - NotZ 23/02, DNotZ 2003, 780, 781; ferner Schipfel/Görk/Sander, 10. Aufl., BNotO § 18 Rn. 152), ist kein Grund ersichtlich, warum das Antragsrecht von diesen Personen nur höchstpersönlich ausgeübt werden können soll. Aus dem Umstand, dass die Befreiung des Notars von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats ein höchstpersönliches Recht des jeweiligen Beteiligten darstellt, so dass

eine Vertretung im Willen hier unzulässig ist (Senatsbeschluss vom 20. April 2009 - NotZ 23/08, NJW-RR 2009, 991 Rn. 7), folgt nichts Anderes. Denn die (höchstpersönliche) Befreiungserklärung eines verstorbenen Beteiligten kann dieser naturgemäß nicht selbst abgeben. Sie wird deshalb nach der Regelung des § 18 Abs. 2 Satz 2 BNotO durch die Entscheidung der Aufsichtsbehörde ersetzt, nicht aber schon durch den darauf gerichteten Antrag einer anderen Person, deren Persönlichkeitsrechte von der durch die Aufsichtsbehörde anstelle des Verstorbenen getroffenen Befreiungsentscheidung gerade nicht unmittelbar berührt werden.

- 15      3.      Soweit der Kläger schließlich rügt, an der angefochtenen Entscheidung habe Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Dr. S. mitgewirkt, der nach § 41 Nr. 6 ZPO ausgeschlossen gewesen sei, begehrt er in der Sache die Zulassung der Berufung wegen eines der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegenden Verfahrensmangels, auf dem die Entscheidung beruhen kann (§ 124 Abs. 2 Nr. 6 VwGO, § 111d Satz 2 BNotO). Auch damit vermag er aber nicht durchzudringen. Das Oberlandesgericht hat das entsprechende Ablehnungsgesuch des Klägers in der Vorinstanz mit Beschluss vom 9. April 2021 zurückgewiesen. Gemäß § 146 Abs. 2 VwGO, § 111b Abs. 1 Satz 1 BNotO ist dieser Beschluss nicht anfechtbar. Damit unterliegt er gemäß § 512 ZPO, § 173 VwGO, § 111d Satz 2 BNotO auch

nicht der Beurteilung des Berufungsgerichts. Ein darauf gestützter Antrag auf Zulassung der Berufung scheidet damit aus (vgl. Kopp/Schenke/W.-R. Schenke, VwGO, 27. Aufl., § 54 Rn. 22, mwN).

Herrmann

Offenloch

Roloff

Hahn

Kuske

Vorinstanz:

OLG Jena, Entscheidung vom 21.05.2021 - 1 Not 1/21 -