

XXIV. KONGRESS DES LATEINISCHEN NOTARIATS

BERICHT DER DEUTSCHEN DELEGATION

THEMA I

**DIE UNPARTEILICHKEIT DES NOTARS:
EINE GARANTIE DES VERTRAGSRECHTS**

15. Dezember 2003

DR. ROLF GAUPP
RECHTSANWALT UND NOTAR
UHLANDSTRASSE 21
D-74072 HEILBRONN

INHALT

| | Seite |
|---|--------------|
| Einleitung | 1 |
| A. Die Unparteilichkeit des Notars als wesentliche statusbildende Berufsgrundlage Ausgangsdefinitionen; wesentliche Rechtsgrundlagen; daraus folgende grundlegende Berufsabgrenzungen | |
| I. Ausgangspunkte | 2 |
| II. Rechtsgrundlage der Unparteilichkeit: Gesetzliche und standesrechtliche Vorschriften. | 3 |
| III. Unparteilichkeit, „Neutralität“ des Notars als tragendes Strukturprinzip des Notariats | 4 |
| B. Sicherungen: Normen verschiedener Rechtsstufen sichern die Unparteilichkeit des Notars | |
| I. Persönlichkeitsbezogene und verhaltenssteuernde Normen | 9 |
| II. Sicherung der Unparteilichkeit des Notars in besonderen berufsrechtlichen Konstellationen und in sonstigen besonderen Situationen | 14 |
| C. Vertragsrecht Notartätigkeit in Deutschland ist vor allem Anwendung materiellen Vertragsrechts; Grundaspekte | |
| I. Gesetzliche Regelung, Ausgangspunkte | 21 |
| II. Grenzen der Vertragsfreiheit | 22 |
| III. Lösungswege | 23 |
| D. Der Notar als Garant des Vertragsrechts - praktische Durchführung; „Mehrwert“ der notariellen Vertragsurkunde | |
| I. Kompetenz-Zuweisung an den Notar | 26 |
| II. Unparteiliche notarielle Vertragsbeurkundung wirkt als Garantie des Vertragsrechts | 27 |
| III. Wertung der notariellen Beurkundung, sonstige Aspekte | 32 |
| IV. Fazit, Perspektiven | 35 |
| Zusammenfassung | 40 |

EINLEITUNG

Das III. Thema des XVI. Internationalen Kongresses des Lateinischen Notariats in Lima/Peru 1982 lautete: „Die soziale Aufgabe unparteilicher Abfassung von Verträgen“. Den deutschen Bericht hatte FESSLER verfaßt. Der XXIV. Kongreß 2004 in Mexiko befaßt sich erneut mit der Unparteilichkeit des Notars bei der Gestaltung von Verträgen. Zu Recht leitet der Internationale Berichterstatter für das Thema daraus die Vorgabe ab, vor allem auch neue Entwicklungen, innerhalb des Notariats wie auch außerhalb des Berufsstands darzustellen.

Neue Entwicklungen gibt es seitdem viele. Internationalisierung und Globalisierung sind nicht nur Schlagworte, sondern Realität. Sie haben auch auf den Berufsstand des Notars wesentliche Auswirkungen und veranlassen dringende aktuelle Fragen.

Auf europäischer Ebene und in Deutschland haben sich erhebliche Änderungen in den rechtsberatenden Berufen vollzogen. Die Unparteilichkeit des Notars (Teil A) ist dessen ungeachtet nach wie vor wichtigste institutionelle Berufsgrundlage. Fortschreitende Liberalisierung, auch europa- und verfassungsrechtlich initiiert, insbesondere der Sozietätsmöglichkeiten des deutschen Anwaltsnotars, hat eine große Zahl neuer gesetzlicher und standesrechtlicher Regeln zur Folge gehabt, die Unparteilichkeit auch unter veränderten Verhältnissen - und unter zunehmendem wirtschaftlichen Druck - zu sichern (Teil B). Im europäischen Vertragsrecht hat sich der Aspekt der Vertragsgerechtigkeit, vor allem des Verbraucherschutzes entscheidend verstärkt; einschneidende Gesetzesänderungen sind festzustellen, die „Vertragsgerechtigkeit“ anstreben, flankiert von gerichtlicher Inhaltskontrolle von Verträgen (Teil C). Das rechtliche Konzept, den „richtigen Vertrag“ durch die beratende Mitwirkung des unparteilichen Notars in der Form der notariellen Beurkundung zu erreichen, bleibt demgegenüber aktuell und hat Zukunft (Teil D).

A.

Die Unparteilichkeit des Notars als wesentliche statusbildende Berufsgrundlage

**Ausgangsdefinitionen; wesentliche Rechtsgrundlagen;
daraus folgende grundlegende Berufsabgrenzungen**

I. Ausgangspunkte

1. „Der Notar hat sein Amt getreu seinem Eide zu verwalten. Er ist nicht Vertreter einer Partei, sondern unabhängiger und unparteiischer Betreuer der Beteiligten.“ Dies bestimmt § 14 Abs. 1 der Bundesnotarordnung (BNotO).¹ Übereinstimmend damit leistet der deutsche Notar nach Aushändigung der Bestallungsurkunde den Eid, „... die Pflichten eines Notars gewissenhaft und unparteiisch zu erfüllen ...“; § 13 Abs. 1 BNotO.

Diese grundlegende Amtspflicht ist bestimmend für die gesamte Amtsausübung des Notars und prinzipielles Wesens- und Unterscheidungsmerkmal des Notar-amts.² Die praktische und theoretische Bedeutung der Unparteilichkeit des Notars im deutschen Notarrecht ist schlechthin dominant. Die gesetzliche Pflicht zu kompromißloser Unparteilichkeit ist prägendes Wesensmerkmal des Notar-amts.³

2. „Unparteilichkeit“ entspricht dem Begriff „Neutralität“.⁴ Neutralität mag hierbei als der „modernere“, heutigem gesellschaftlichen und kommunikativen Verständnis geläufigere Begriff gelten, der sich auch benachbarten Disziplinen wie vor allem der Psychologie besser erschließt. Beispielsweise wird als maßgebliches Kriterium das „Fehlen einer auf Benachteiligung oder Bevorzugung gerichteten inneren Einstellung“ angesehen.⁵

Das Vertrauen der Beteiligten in die Neutralität des Notars ist unerläßliche Basis der notariellen Tätigkeit. Auch die Dienstaufsicht über die Notare und die sie unterstützende Tätigkeit der Notarkammern dienen nichts anderem als der Sicherung dieser Vertrauensposition des Notars.⁶

¹ Bundesnotarordnung (BNotO) in der Fassung vom 19.12.1998; BGBl. I, 3836.

² SEYBOLD/SCHIPPEL, Kommentar zur Bundesnotarordnung, 7. Aufl., 2000, Rd.-Nr. 35 zu § 14; BERNHARD, in Beck'sches Notar-Handbuch, 3. Aufl., 2000, F, Rd.-Nr. 45.

³ BOHRER, Das Berufsrecht der Notare, 1991, Rd.-Nr. 95.

⁴ „Neutralität meint unparteiliche Haltung“; WALZ, und andere, Verhandlungstechnik für Notare, 2003, 157 m. Fußn. 85 unter Hinweis auf DUDEN, Fremdwörterbuch.

⁵ ROSSAK, Die Unabhängigkeit und Neutralität des Notars, Diss., Augsburg 1986, 334 ff.; zitiert bei WALZ, aaO, Fußn. 88, und passim.

⁶ WALZ-SORGE, aaO, 38.

II. Rechtsgrundlage der Unparteilichkeit: Gesetzliche und standesrechtliche Vorschriften

1. Der Notar ist unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes; § 1 BNotO. Amtseid und allgemeine Amtspflichten des Notars enthalten ausdrücklich und an zentraler Stelle das Gebot der Unparteilichkeit; § 13 Abs. 1, § 14 Abs. 1 BNotO. Der Notar hat durch geeignete Vorkehrungen zu allererst die Wahrung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit seiner Amtsführung sicherzustellen; § 28 BNotO.

Es finden sich weiter eine Reihe von Rechtsvorschriften, die den Gefahren von Verletzungen der Neutralitätspflicht vorbeugen. Die Vorschriften schützen die „innere“ Neutralität des Notars; der Notar hat „an sich selbst den Anspruch zu stellen und für sich in Anspruch zu nehmen, neutral zu sein“. Geschützt wird weiter die „äußere“ Neutralität; dies betrifft die Sichtweise der Beteiligten und Dritter.⁷ Diese Gesetzesbestimmungen, welche die Neutralität, die Unparteilichkeit des Notars allgemein und in besonderen Konstellationen sichern, werden im folgenden Kapitel erörtert.

2. Die gesetzlichen Vorschriften werden durch solche des notariellen Standesrechts ergänzt und präzisiert.

Die deutsche Bundesnotarkammer hat am 29.01.1999 gem. § 78 Abs. 1 BNotO Richtlinien-Empfehlungen für die standesrechtlichen Richtlinien beschlossen, welche die Notarkammern gemäß § 67 Abs. 2 BNotO als Satzungen zu beschließen haben. Die Richtlinien-Empfehlungen wurden in der Vertreterversammlung der Bundesnotarkammer einstimmig beschlossen. Die Satzungen der Notarkammern stimmen im wesentlichen mit den Empfehlungen der Bundesnotarkammer und untereinander überein.⁸

Ziff. I, 1.1 der Richtlinien-Empfehlungen stellt die Wahrung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars an den Beginn: „Der Notar ist unparteiischer Rechtsberater und Betreuer sämtlicher Beteiligten.“⁹

Die Richtlinien der Landesnotarkammern haben diesen Satz allesamt wörtlich übernommen.¹⁰ Wie ein „roter Faden“ zieht sich nach diesem einleitenden Fundamentalsatz auch im übrigen der Grundsatz der Unparteilichkeit durch die gesamten Richtlinienexte.

⁷ Zur Unterscheidung zwischen innerer und äußerer Neutralität WALZ-SORGE, aaO, 36.

⁸ SEYBOLD/SCHIPPEL, BNotO, Teil 3, Vorbem. Rd.-Nrn. 1 ff.

⁹ Die Richtlinien-Empfehlungen der Bundesnotarkammer (RLE/BNotK) sind veröffentlicht in der Deutschen Notarzeitschrift (DNotZ) 1999, 258 ff.; weiter bei SEYBOLD/SCHIPPEL, BNotO, Teil 3, jeweils mit Kommentierungshinweisen zu den einzelnen Bestimmungen; Änderungsbeschuß der Bundesnotarkammer vom 04.04.2003, DNotZ, 2003, 393; umfassende Übersicht – soeben erschienen – bei WEINGÄRTNER/WÖSTMANN, Richtlinienempfehlungen der BNotK – Richtlinien der Notarkammern, 2004, Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer, 5 ff.

¹⁰ WEINGÄRTNER/WÖSTMANN, aaO, 11 (Bayern), 18 (Berlin), 24 (Brandenburg), 32 (Braunschweig), 38 (Bremen), 43 (Celle), 49 (Frankfurt), 55 (Hamburg), 60 (Hamm), 66 (Kassel), 73 (Koblenz), 82 (Mecklenburg-Vorpommern), 89 (Oldenburg), 95 (Pfalz), 101 (Rheinische Notarkammer), 107 (Saarländische Notarkammer), 115 (Sachsen), 122 (Sachsen-Anhalt), 129 (Schleswig-Holstein), 135 (Stuttgart), 141 (Thüringen).

3. Internationale Aspekte betreffen zunehmend und wesentlich auch das Notariat. Dies gilt vor allem auf europäischer Ebene.¹¹ Es ist nicht zuviel gesagt, daß die Entscheidung über die Zukunft des Notariats beispielsweise in Deutschland nicht in Deutschland selbst, sondern, durch internationale Tendenzen vorgegeben, in hohem Maß in Brüssel gefällt wird.

Die Konferenz der Notariate der Europäischen Gemeinschaft¹² hat am 04.02.1995 in Neapel den Europäischen Kodex des notariellen Standesrechts verabschiedet.¹³ Die Konferenz hat diesen Europäischen Kodex am 09.11.2002 in München durch Beschluß ihrer Versammlung neu gefaßt. Die Änderungen wurden vom deutschen Notariat am 04.04.2003 ratifiziert. Inhaltlich wurde der Kodex hauptsächlich um Bestimmungen zur Verwendung moderner Informations- und Kommunikationstechnologie durch die Notare Europas ergänzt. Hierzu wird vor allem klargestellt, daß die berufsrechtlichen Regeln auch auf diesen Bereich Anwendung finden.¹⁴

Ziff. 1.2.2 Abs. 1 des Kodex bestimmt, inhaltlich gegenüber der früheren Fassung unverändert, die Pflicht des Notars, „in vollständiger Unparteilichkeit und Unabhängigkeit zu beraten und zu beurkunden“. Diese Pflicht ist Gemeingut des Notarrechts aller Mitgliedstaaten.¹⁵

III. Unparteilichkeit, „Neutralität“ des Notars als tragendes Strukturprinzip des Notariats

1. Der Notar ist Träger eines vom Staat verliehenen öffentlichen Amtes; § 1 BNotO. Seine Integrität wird durch gesetzliche Amtsprinzipien gesichert. Unparteilichkeit und Unabhängigkeit haben dabei höchsten Rang.¹⁶

Auf der Grundlage der geltenden Amtsprinzipien ist der Beruf des deutschen Notars weder „Freier Beruf“ noch „staatlich gebundener Beruf“, sondern steht

¹¹ Vgl.- statt aller - die durch internationale Erfahrung geprägten Hinweise von HELLGE, Vorsitzender des Internationalen Ausschusses der Bundesnotarkammer, bei der Diskussion im Plenum zu den Vorträgen „Zukunftsperspektiven des Notariats – öffentliches Amt und freiberufliche Strukturen“ (Berichterstatter EULE und HECKSCHEN) beim 25. Deutschen Notartag in Münster 1998, Sonderheft der DNotZ, 340.

¹² Conférence des Notariats de l'Union Européenne (C.N.U.E.), errichtet am 17.05.1976 in Paris als Ständige Konferenz der Präsidenten der Notariate der Europäischen Gemeinschaft. Der Konferenz gehören die Spitzenorganisationen der Notariate der Staaten der Europäischen Union an, die Mitglied der Internationalen Union des Lateinischen Notariats (U.I.N.L.) sind.

¹³ Der Text des Europäischen Kodex ist veröffentlicht u. a. in Beck'sches Notar-Handbuch, aaO, Anh. 5, 1327 ff. Im übrigen grundlegend SCHIPPEL, Der Europäische Kodex des notariellen Standesrechts, DNotZ 1995, 334, mit allen wesentlichen weiteren Nachweisen.

¹⁴ Neufassung des Europäischen Kodex des notariellen Standesrechts, Übersetzung aus der französischen Sprache mit Erläuterung der Motive und terminologischen Präzisierungen DNotZ 2003, 721ff.

¹⁵ SEYBOLD/ SCHIPPEL, BNotO, 339.

¹⁶ Zu den Amtsprinzipien des deutschen Notariats umfassend BAUMANN, Das deutsche Notariat: Öffentliches Amt und soziale Funktion. Berichte der deutschen Delegation beim XXI. Internationalen Kongreß des Lateinischen Notariats, Berlin 28.05. – 03.06.1995, 3 (21 ff.) – GAUPP, Die Bedeutung des notariellen Standesrechts für Klienten, Kollegen und Staat. Berichte der deutschen Delegation beim XXII. Internationalen Kongreß des Lateinischen Notariats, Buenos Aires 27.09. – 02.10.1998, 119.

soziologisch zwischen Beamtenschaft und freien Berufen.¹⁷ Zu den freien Berufen läßt sich der Notarberuf trotz seiner gesetzlich institutionalisierten Unabhängigkeit nicht zählen; es gibt in Deutschland neben den Beamten keinen anderen Beruf, der durch gesetzliche Bestimmungen so reguliert ist wie der des Notars. Seine Rechtfertigung findet dies in der Zuweisung hoheitlicher Funktionen auf einen (im übrigen unabhängigen) Amtsträger.¹⁸

2. In Deutschland gibt es verschiedene Ausübungsformen des Notarberufs. Diese Verschiedenheiten sind im internationalen Vergleich besonderes Kennzeichen der deutschen Notariatsverfassung, als Ergebnis historischer Entwicklungen in einem staatsrechtlich föderativ strukturierten Land. Vor allem das deutsche Anwaltsnotariat ist nahezu europäische Singularität. Unter dem Aspekt der Unparteilichkeit ist diese Notarform von besonderem Interesse (und schließt an die ausdrückliche Fragestellung des Internationalen Koordinators in seinem Exposé an).

In Deutschland existieren drei Notariatsformen.¹⁹

- a) Das hauptberufliche Notariat besteht im geographisch überwiegenden Teil Deutschlands, nämlich in Bayern, Hamburg, Rheinland-Pfalz, Saarland, Nordrhein-Westfalen (dort mit historisch bedingten Ausnahmen), Brandenburg, Thüringen, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Mecklenburg-Vorpommern. Das deutsche Notariat in dieser Ausübungsform folgt damit der Regelform des Notariats innerhalb der U.I.N.L. in Kontinental-Europa wie auch in Mittel- und Südamerika.
- b) Das Anwaltsnotariat besteht in Berlin, Bremen, Hessen, Niedersachsen, Schleswig-Holstein, Teilen von Nordrhein-Westfalen und Teilen von Baden-Württemberg (OLG-Bezirk Stuttgart). Nach der gesetzlichen Definition in § 3 Abs. 2 BNotO ist Anwaltsnotar ein Rechtsanwalt, der gleichzeitig als Notar neben dem Beruf des Rechtsanwalts bestellt wird. Er hat somit einen Doppel-Beruf. Für den Anwaltsnotar gelten – kumulativ – sowohl das Berufsrecht der Rechtsanwälte als auch das (strengere) Berufsrecht der Notare.²⁰
- c) In Baden-Württemberg sind staatliche Notariate eingerichtet, im Bezirk des Oberlandesgerichts Stuttgart zusätzlich auch Anwaltsnotare bestellt.²¹

Im Jahr 2003 waren in Deutschland 1.654 Nurnotare und 8370 Anwaltsnotare (bei 121.420 Rechtsanwälten insgesamt) bestellt. Der notarielle Geschäftsumfang der Anwaltsnotariate ist im Durchschnitt um ein Mehrfaches geringer als

¹⁷ BAUMANN, aaO, 19 f.; vgl. hierzu weiter, auch rechtstatsächlich, ZUCK, Der Notar zwischen Amt und Freiem Beruf, Festschrift für Helmut SCHIPPEL, 1996, 817. - Zur Annäherung der freien Berufe an gewerbliche Tätigkeitsformen, die in bedenklicher Weise zunehmend festzustellen ist, Pressenotiz aus der Süddeutschen Zeitung in Deutsches Anwaltsblatt, 2003, 558.

¹⁸ BAUMANN, aaO.

¹⁹ Übersicht bei STARKE, Beck'sches Notar-Handbuch, K I, Rd.-Nr. 17.

²⁰ Übersicht bei SANDKÜHLER, Beck'sches Notar-Handbuch, K II, Rd.-Nrn. 1 ff.

²¹ Überlegungen, das Notar-System in Baden-Württemberg zu reformieren – Einführung des freiberuflichen Notariats – bestehen; zum Stand Staatsanzeiger Baden-Württemberg Nr. 48 vom 08.12.2003, 3.

derjenige der Nurnotariate. Der Geschäftsumfang der Nurnotariate in Deutschland überwiegt daher im Ganzen.

Zwischen hauptberuflichen Notaren und Anwaltsnotaren bestehen nach herrschender Auffassung grundsätzlich keine notar-berufsrechtlichen Unterschiede.²² Zuständigkeit, Verfahrensbestimmungen, institutionelle Grundsätze und berufliche Anforderungen sind für hauptberufliche wie Anwaltsnotare prinzipiell identisch. Sie üben das gleiche Amt aus. Besonderheiten können sich lediglich daraus ergeben, daß der Anwaltsnotar zugleich den Beruf des Rechtsanwalts und möglicherweise weitere eigenständige Berufe (§ 8 Abs. 2, Satz 2 BNotO: Patentanwalt, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Vereidigter Buchprüfer) ausübt. Das Berufsrecht trägt dem durch Sonderregelungen Rechnung. Diese Sonderregelungen dienen vor allem dem Schutz der Unabhängigkeit und der Unparteilichkeit. Teil B dieses Berichts befaßt sich hiermit im Einzelnen.

3. Die Unparteilichkeit als wesentliche, herausragende statusbildende Norm für das Notariat hat grundsätzliche Abgrenzungsfunktion gegenüber anderen rechts- und wirtschaftsberatenden Berufen.
 - a) Die Unparteilichkeit des Notars ist wesentliches Unterscheidungs- und Abgrenzungsprinzip vor allem gegenüber dem Rechtsanwalt. Der Rechtsanwalt übt einen freien Beruf aus, was staatliche Kontrolle prinzipiell ausschließt; § 2 Abs. 1 der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO). Der Rechtsanwalt ist der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten; § 3 Abs. 1 BRAO. Seine Kernaufgabe ist die parteiliche Interessenwahrnehmung; § 43 a) Abs. 4 BRAO enthält als Grundpflicht des Rechtsanwalts das Gebot, keine widerstreitenden Interessen zu vertreten.

Ungeachtet dessen sind auch die Rechte und Pflichten des Anwalts in Deutschland – wie auch im romanischen Rechtskreis; nicht vorhanden oder nur schwach ausgeprägt ist diese Komponente dagegen im anglo-amerikanischen Bereich – institutionell, berufsrechtlich begründet. Gemäß § 1 der deutschen BRAO ist der Rechtsanwalt „unabhängiges Organ der Rechtspflege“ mit der klar definierten Pflicht zur Einhaltung berufsethischer Grundsätze, insbesondere des Grundsatzes der Unabhängigkeit. Wie weit dieses rechtliche Postulat in einer Zeit internationaler Wirtschaftskanzleien noch der Wirklichkeit entspricht, ist Gegenstand der Diskussion im Berufsrecht und im Selbstverständnis der deutschen Anwaltschaft.²³

²² Zum Berufsbild vgl. EYLMANN/VAASEN-SCHMITZ-VALCKENBERG, Komm. z. BNotO u. BeurkG, 2000, Rd.-Nrn. 4 ff. zu § 3 BNotO. STARKE, aaO, Rd.-Nr. 18; SANDKÜHLER, aaO, Rd.-Nr. 3.

²³ Umfassend und repräsentativ DE LOUSANOFF (Sozietät HENGELER MUELLER WEITZEL WIRTZ, Büro Frankfurt/Main), Der europäische Rechtsanwalt zwischen Rechtspflege und Dienstleistung, Vortrag auf der Tagung der Vereinigung der Zivilprozeßrechtslehrer in Zürich am 21.03.2002, ZJP 2002, 357. Dort Hinweis (Fn. 2) auf die Jahrestagung der International Bar Association, November 2001 in Mexico: „The future of the law firm“. – Vgl. auch Renate JAEGER, Richterin am Bundesverfassungsgericht, Die Entwicklung des notariellen Berufsrechts, Jahresarbeits-tagung des deutschen Notariats vom 18. – 20.09.2003 in Würzburg, 20.09.2003, veröffentlichter Vortrag, 10 ff.: Die Rechtsanwälte seien „in ihren Aufgaben als unabhängige Organe der Rechtspflege

- b) Der Steuerberater ist freier, betont mandantenbezogener Beruf. Aufgabe des Steuerberaters ist die Hilfeleistung in Steuersachen, im weitesten Sinn, für den Auftraggeber; § 3 Steuerberatergesetz.
- c) Besonders interessant ist ein Blick auf den Wirtschaftsprüfer. Beim Wirtschaftsprüfer ist, ausgelöst durch spektakuläre Vorgänge in den USA – „Aufstieg und Fall“ der internationalen, weltweit agierenden Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Arthur Andersen gingen durch die Weltpresse –, die Berufsmaxime der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit in den Vordergrund des Interesses und der Kritik gerückt.

Ebenso wie Rechtsanwalt und Steuerberater übt der Wirtschaftsprüfer einen freien Beruf aus; § 1 Abs. 2 Satz 1 der Deutschen Wirtschaftsprüferordnung (WPO). Bei der Erstellung von Prüfberichten und Gutachten ist der Wirtschaftsprüfer zur Unparteilichkeit verpflichtet, § 17 Abs. 1 WPO bestimmt dies ausdrücklich als beruflichen Leitsatz; ähnlich wie beim Notar. Dieser Berufsgrundsatz des Wirtschaftsprüfers ist derzeit Gegenstand umfangreicher Erörterung, zumal dem Wirtschaftsprüfer nach der Vorstellung des deutschen Gesetzgebers eine zentrale Rolle bei der „Corporate Governance“ zufällt (Grundsätze für eine korrekte und ethischen Maßstäben gerecht werdende Unternehmensführung). Es geht bei den Wirtschaftsprüfern derzeit um Ausschlußkriterien, Stärkung der Unabhängigkeit des Berufsstands, die Sorge um die Reputation und die eigene Existenzberechtigung eines „exklusiven“ freien Berufs. Parallelen zum „Sorgenkatalog“ des Notars sind unverkennbar.²⁴

- 4. Richter und Notar – hier ergibt sich ein differenzierteres Bild.²⁵ Vergleich und Abgrenzung betreffen dabei nicht die streitige Gerichtsbarkeit; deren andersartige Strukturen sind evident, Berührungspunkte ergeben sich allenfalls im Bereich der Mitwirkung des Notars, Streit zu schlichten. Es geht hier um die Angelegenheiten der vorsorgenden, Streit vermeidenden Rechtspflege. Dies ist das Metier des Notars. Es sind die Angelegenheiten, die in Deutschland „freiwillige Gerichtsbarkeit“ genannt werden. Der Notar ist gewissermaßen „Richter im Vorfeld“.

Der deutsche Notar nimmt auf diesem Feld neben seinen Beurkundungs- und Betreuungsaufgaben auch eine Reihe originär richterlicher Funktionen wahr.

und als berufene Berater und Vertreter der Rechtssuchenden vom Amt des Notars nicht so weit entfernt, wie dies im Nur-Notariat vielfach empfunden wird...“ (10).

²⁴ „Wirtschaftsprüfer auf Vertrauensuche“, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 20.10.2003, Nr. 243, 21, Bericht über den deutschen Wirtschaftsprüfer-Kongreß in Hamburg, veranstaltet vom Deutschen Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW). Vgl. im übrigen BAUMBACH/HOPT/MERKT, HGB, 31. Aufl., 2003, Einl. Rd.-Nr. 3 zur Wirtschaftsprüferordnung (Anh. 2 c)], unter Hinweis auf einschlägige Beschlüsse des Deutschen Juristentags 2002, Abteilung Wirtschaftsrecht; managermagazin Dezember 2003, 28: „Wirtschaftsprüfer im Dauertief“; Hinweise auf den US-amerikanischen Sarbanes-Oxley-Act, Verbot gleichzeitiger Prüfung und Beratung; BACKHAUS, Selbst- und Fremdbild der Wirtschaftsprüfer – Empirische Befunde zur Positionierung des Wirtschaftsprüfers in der Öffentlichkeit. Die Wirtschaftsprüfung 2003, 625.

²⁵ ODEFSKY, seinerzeit Präsident des deutschen Bundesgerichtshofes, 28 „Gerichte und Notariat“, Ansprache anlässlich der Eröffnung des Deutschen Notarinstituts am 13.10.1993 in Würzburg, DNotZ 1994, 7. Vgl. auch STÜRNER, Unabhängigkeit der Richter aus der Sicht der Wissenschaft; Mitteilungen der Bundesrechtsanwaltskammer, 5/2003 v. 15.10.2003, 214 ff.

Dies betrifft vor allem die – seit 01.01.1999 erheblich erweiterte – Befugnis, durch vollstreckbare Urkunde einen staatlichen Vollstreckungstitel zu schaffen; § 794 Abs. 1 Nr. 5 der Zivilprozeßordnung (ZPO). Zu nennen sind weiter die Aufnahme eidesstattlicher Versicherungen und die Abnahme von Eiden in bestimmten Fällen (§ 22 BNotO), die Beurkundung von Erbscheinsanträgen (§ 2356 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs [BGB]), die Vermittlung von Vermögensauseinandersetzungen im Nachlaßverfahren aufgrund landesrechtlicher Bestimmungen (§ 20 Abs. 5 BNotO, 86 FGG), die Vollstreckbarerklärung von Schiedssprüchen sowie von Anwaltsvergleichen (§§ 1053 Abs. 4, 796 c] ZPO).²⁶

Richter und Notar sind hierbei in gleichem Maß der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit verpflichtet; sie sind im gleichen Sinn unparteiische Organe der Rechtspflege.²⁷ Im übrigen ist Voraussetzung für beide Berufe das gleiche juristische Studium und der gleiche praktische juristische Vorbereitungsdienst mit dem abschließenden Prüfungsnachweis der „Befähigung zum Richteramt“ (was im übrigen ebenso für den deutschen Rechtsanwalt gilt).

Gegenstand aktueller rechtspolitischer Diskussion in Deutschland ist, weitere gerichtliche Funktionen den deutschen Notaren zu übertragen, so beispielsweise das Erbscheinserteilungsverfahren, die Verwahrung von Testamenten, und ähnliches. Diese „Entlastung der Rechtspflege durch notarielle Tätigkeit“²⁸ ist derzeit verstärkt im Gespräch. Die Konferenz der deutschen Justizministerinnen und Justizminister hat in allerjüngster Zeit den Beschluß gefaßt, „die Bundesministerin der Justiz möge gemeinsam mit den Ländern prüfen, welche Aufgaben der Zivilgerichte im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit dem Ziel einer Effektivierung des Verfahrens und der Entlastung der Justiz auf Notare übertragen werden können“; den Vorsitz dieses Gremiums soll das Deutsche Bundesministerium der Justiz übernehmen.²⁹ Die Berufsorganisationen des deutschen Notariats, an der Spitze die Bundesnotarkammer, unterstützen diese Bestrebungen. Sie basieren ausschlaggebend auf dem wichtigsten „Aktivposten“ des deutschen Notars, seiner Unabhängigkeit und Unparteilichkeit.

²⁶ Vgl. im übrigen die Zusammenstellung bei STARKE, Beck'sches Notar-Handbuch, K I, Rd.-Nr. 7.

²⁷ ODERSKY, aaO, 8.

²⁸ Eröffnungsvortrag des 25. Deutschen Notartags in Münster, 10.-13.06.1998; Bericht WAGNER, Sonderheft der Deutschen Notarzeitschrift zum 25. Deutschen Notartag, 34 ff.; JERSCHKE, Podiumsdiskussion zu diesem Bericht, aaO, 147. Zur Rechtspflegeentlastung vgl. im übrigen die Vorschläge der Bundesnotarkammer in ihrem Tätigkeitsbericht 1997, DNotZ, 1998, 514 ff., 525 f., 530 f.

²⁹ Beschluß TOP C. II.4, Herbst-Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister am 6. November 2002 in Berlin, veröffentlicht in NJW-Dokumentation, Heft 48 vom 24.11.2003, XXXV.

B .

Sicherungen:

Normen verschiedener Rechtsstufen sichern die Unparteilichkeit des Notars

I. Persönlichkeitsbezogene und verhaltenssteuernde Normen

1. Gesetzesvorschriften des deutschen Notarrechts begründen und konkretisieren die Pflicht des Notars zur Unparteilichkeit. Es werden im Folgenden besonders markante Beispiele genannt, ohne Anspruch auf Vollständigkeit.

a) „Nur solche Bewerber sind zu Notaren zu bestellen, die nach ihrer Persönlichkeit und ihren Leistungen für das Amt des Notars geeignet sind.“ Dies bestimmt § 1 Abs. 1 Satz BNotO als Grundsatznorm,³⁰ heute aktueller denn je: Seine Unabhängigkeit und Unparteilichkeit zu wahren, stellt in heutiger Zeit besondere Anforderungen an die Persönlichkeit des Notars. Es wird darauf noch näher eingegangen.

b) § 17 Abs. 1 Satz 1 BNotO; § 140 Satz 2 der für die deutschen Notargebühren maßgeblichen Kostenordnung (KostO) bestimmen: Der Notar ist verpflichtet, für seine Tätigkeit die gesetzlich vorgeschriebenen Gebühren zu erheben.

Die Amtspflicht aller Notare, die gesetzlich bestimmten Kosten gleichermaßen und ausnahmslos für ihre gesamte Amtstätigkeit zu erheben, ist eine wesentliche Grundlage für die unabhängige, unparteiliche und unbefangene Amtsführung des Notars und für das allgemeine Vertrauen in eine solche Amtsführung; die freie Wahl des Notars soll lediglich vom Vertrauen der Beteiligten gesteuert werden, nicht von der Rücksicht auf einen „billigen Preis“.³¹ Dem Notaramt fremde Wettbewerbselemente werden durch diese Regelung ausgeschlossen.³² Vereinbarungen über Notarkosten sind hiernach unwirksam, gleichviel, ob die Vereinbarung sich auf den Kostenanfall als solchen, den Gebührensatz oder den Geschäftswert bezieht oder ob höhere oder geringere Kosten vereinbart werden.³³

c) § 16 BNotO, §§ 3 ff. des Beurkundungsgesetzes (BeurkG) sichern die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars im Beurkundungsverfahren. Das Gesetz unterwirft den Notar Tätigkeitsbeschränkungen. Diese sind angelehnt an die insoweit für Richter bestehenden Regelungen in der Zivil- und Strafprozeßordnung.³⁴

³⁰ SEYBOLD/SCHIPPEL, aaO, Rd.-Nrn. 4 ff. zu § 6 BNotO.

³¹ SEYBOLD/SCHIPPEL/VETTER, aaO, Rd.-Nr. 5 zu § 17 BNotO.

³² SEYBOLD/SCHIPPEL/VETTER, aaO.

³³ SEYBOLD/SCHIPPEL/VETTER, aaO.

³⁴ Im einzelnen:

KEITEL/WINKLER, BeurkG, aaO, Rd.-Nr. 5 zu § 3.

§§ 6, 7 BeurkG enthalten absolute Ausschließungsgründe. Die Beurkundung von Willenserklärungen ist unwirksam, wenn der Notar selbst, sein Ehegatte oder eine Person, die mit ihm in gerader Linie verwandt ist, unmittelbar an der Beurkundung formell beteiligt sind.

Die Regelung wird ergänzt durch Mitwirkungsverbote in § 3 Abs. 1 BeurkG. Hiernach soll ein Notar an einer Beurkundung dann nicht mitwirken, wenn es sich um eigene Angelegenheiten handelt, Angelegenheiten seines Ehegatten, Angelegenheiten eines mit dem Notar in gerader Linie Verwandten; auch Angelegenheiten einer Gesellschaft, an welcher der Notar mit mehr als fünf vom Hundert beteiligt ist. Die Bestimmung enthält eine Soll-Vorschrift, die zwar auf die Wirksamkeit der Beurkundung keinen Einfluß hat, jedoch eine unbedingte Amtspflicht des Notars begründet.³⁵

- d) § 16 Abs. 2 BNotO begründet Recht und Pflicht des Notars, sich der Ausübung des Amtes wegen Befangenheit zu enthalten. Der Grund einer solchen „Selbstablehnung“ kann beispielsweise in persönlichen, oder auch in wirtschaftlichen Beziehungen zu Beteiligten oder in sonstigen Vorbehalten liegen, die der Notar hinsichtlich seiner Unabhängigkeit hat.³⁶
- e) § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO; der Notar hat jedes Verhalten zu vermeiden, das den Anschein eines Verstoßes gegen die ihm gesetzlich auferlegten Pflichten erzeugt, insbesondere den Anschein der Abhängigkeit oder Parteilichkeit.
- f) § 14 Abs. 4, Abs. 5 BNotO untersagt es dem Notar, „eigene Geschäfte“ unter dem Mantel seines Notaramts zu machen. Ausdrücklich erwähnt ist, neben anderem, das Verbot, Grundstücksgeschäfte zu vermitteln oder mit dem Amt unvereinbare Gesellschaftsbeteiligungen einzugehen. Das Gesetz nimmt dies vor allem für Gesellschaften an, die Bauträger-Tätigkeiten (§ 34 c] der deutschen Gewerbeordnung) ausüben.³⁷
- g) § 8 BNotO verbietet dem Notar, andere Berufe neben seinem Notaramt auszuüben, oder macht solche Nebentätigkeiten von einer Genehmigung der Aufsichtsbehörde abhängig.

Ausgeschlossen sind reguläre Beamtenverhältnisse jeglicher Art. Gestattet sind Ehrenämter sowie die Übernahme eines (politischen) Mandats im Bundestag, Landtag, Kreistag oder Gemeinderat. Es besteht hierzu eine reichhaltige Kasuistik.³⁸ Diese Fragen sind von größter aktueller Bedeutung für den deutschen Notarberuf. Der Bundesgerichtshof, höchstes deutsches Gericht in Zivilsachen, und das Bundesverfassungsgericht hatten in letzter Zeit zu entscheiden, ob die Mitgliedschaft eines Notars im Aufsichtsrat einer Bank genehmigt werden kann, deren

³⁵ KEITEL/WINKLER, aaO, Rd.-Nr. 10 zu § 3.

³⁶ KEITEL/WINKLER, aaO, Rd.-Nr. 9 zu § 3.

³⁷ SEYBOLD/SCHIPPEL, aaO, Rd.-Nr. 68 zu § 14.

³⁸ STARKE, in Beck'sches Notar-Handbuch, K I, Rd.-Nrn. 24 ff.

statutarischer Zweck auch Grundstücksgeschäfte sind. Der Bundesgerichtshof hat die Genehmigung abgelehnt; das Bundesverfassungsgericht hat die Sache auf die Verfassungsbeschwerde des Notars zurückverwiesen; weitere Gesichtspunkte seien zu prüfen, vor allem auch, ob ein „milderes Mittel“ – etwa ein Verbot, in Angelegenheiten der betreffenden Bank notariell tätig zu werden – ausreichend sei. Es geht hier letztlich um die Gefährdung des Vertrauens in die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars und um den möglicherweise entstehenden „bösen Schein“, also um hier interessierende zentrale Aspekte des Notarberufs. Die Entscheidung³⁹ wird unterschiedlich beurteilt; auch wird die damit entstandene unsichere Rechtslage beanstandet.⁴⁰

- h) § 29 Abs. 1 BNotO normiert für den Notar das Verbot einer dem öffentlichen Amt widersprechenden Werbung. Auch dieses Werbeverbot löst Fragen und Probleme aus, teilweise auch grundsätzlicher Art.⁴¹ Die Fragen reichen von grundsätzlicher Infragestellung des Verbots⁴² bis zu zahlreichen Einzelfragen, die sich im Zusammenhang mit notariellem Werbeverhalten in der Praxis häufig stellen: Angabe von Tätigkeits- oder Interessenschwerpunkten zulässig? Anzeigen ohne besonderen Anlaß statthaft?⁴³, und vieles mehr. Für den Anwaltsnotar besteht das weitere Problem des Gegensatzes zwischen dem liberalisierten anwaltlichen Werberecht und dem grundsätzlichen notariellen Werbeverbot; darüber wird noch näher berichtet.

2. Standesrechtliche Regeln ergänzen die gesetzlichen Bestimmungen.

- a) Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer.⁴⁴ Einige Beispiele hieraus:

Ziff. I 1.2. Der Notar hat 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 jeglicher Art, insbesondere in Grundbuch- und Registersachen sowie Erbscheinsverfahren.

Ziff. I 2. Weitere berufliche Tätigkeiten des Notars sowie Nebentätigkeiten dürfen seine Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nicht gefährden.

³⁹ BVerfG vom 23.09.2002, DNotZ 2003, 65.

⁴⁰ Vgl. – statt vieler – JAEGER, aaO, 19 f.; BNotKIntern, Ausgabe 5/2003, 5 f.

⁴¹ Übersicht bei STARKE, in Beck'sches Notar-Handbuch, K I, Rd.-Nrn. 129 ff.

⁴² KLEINE-COSACK, „Werbefreiheit für Notare – Vom Amtsmythos zum Grundgesetz“, Anwaltsblatt, Nachrichten für die Mitglieder des Deutschen Anwaltvereins e.V., 2003, 601. Der Notar sei der „unfreiheitlichste selbständige rechtsberatende Beruf“ in Deutschland; informative Werbung müsse in breitem, bisherigen Grundsätzen widersprechenden Umfang erlaubt sein; nur so könne das deutsche Notariat in einem „verschärften Wettbewerb in einem Dienstleistungsmarkt ohne nationale Grenzen“ bestehen (aaO, 601, 606).

⁴³ STARKE, aaO, Rd.-Nrn. 134, 140.

⁴⁴ Nachweise oben Fußn. 8 f.

Ziff. VI 1.2, 2. Praktische Umsetzung; Vorkehrungen zur Vermeidung des Verstoßes gegen Mitwirkungsverbote.

Ziff. VI 3.1, 3.2. Nähere Bestimmungen zur Pflicht, Gebühren zu erheben und zum Verbot, auf Gebühren zu verzichten.

Ziff. VII, passim, insbesondere 1.2. Werbung ist dem Notar insoweit verboten, als sie Zweifel an der Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit zu wecken geeignet oder aus anderen Gründen mit seiner Stellung in der vorsorgenden Rechtspflege als Träger eines öffentlichen Amtes nicht vereinbar ist.

- b) Die Richtlinien der regionalen deutschen Notarkammern ergänzen und präzisieren weiter. Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars zu wahren ist auch hier die wichtigste Leitlinie.⁴⁵
- c) International ergänzt der Europäische Kodex des notariellen Standesrechts⁴⁶ die nationalstaatlichen Standesregeln.

Ziff. 1.2.5 verbietet „individuelle“ Werbung und verweist auf die „kollektive“ Werbung durch die Berufsorganisationen des Notariats, die den „Verbrauchern und Unternehmen eine leicht zugängliche Informationsquelle“ biete.

Ziff. 2 des Kodex enthält eine interessante Regelung, nämlich der Bedingungen und Modalitäten des Tätigwerdens des Notars im internationalen Rechtsverkehr. Ziff. 2.1 des Kodex weist auf das Recht der Beteiligten hin, um die Assistenz des „territorial zuständigen Notars“ zu bitten. Der Notar des Herkunftslandes, der den Klienten ins Ausland begleitet, verständigt davon seinen territorial zuständigen Kollegen und stimmt mit diesem die Modalitäten der Zusammenarbeit ab. Beurkunden darf, dieser Grundsatz bleibt unangetastet, nur der territorial zuständige Notar.

Der deutsche Gesetzgeber hat – ein weiteres markantes Beispiel des Einflusses internationaler Regelungen auf das nationale Notarrecht - dem folgend § 11 a) in die BNotO aufgenommen:⁴⁷ „Der Notar ist befugt, einen im Ausland bestellten Notar auf dessen Ersuchen bei seinen Amtsgeschäften zu unterstützen und sich zu diesem Zweck ins Ausland zu begeben ... Er hat hierbei die ihm nach deutschem Recht obliegenden Pflichten zu beachten.“

Festzustellen ist damit ein Novum: In über die Grenze greifenden Fällen erlaubt das deutsche Recht jetzt die Mitwirkung zweier Notare in derselben Sache. Nach traditionellem deutschen Verständnis des Grundsatzes der Unparteilichkeit – der Notar ist neutraler, allein verantwort-

⁴⁵ Umfassende Übersicht bei WEINGÄRTNER/WÖSTMANN, aaO, 11 ff.

⁴⁶ Nachweise oben Fußn. 13 f.

⁴⁷ Gesetz vom 31.08.1998, BGBl. I, 2585.

licher Mittler der Beteiligten – ist die Mitwirkung mehrerer Notare an derselben Beurkundung ansonsten rechtsgrundsätzlich ausgeschlossen.⁴⁸

Der deutsche Gesetzgeber hat hier anerkannt, und pragmatisch entschieden, daß bei Rechtsgeschäften „über die Grenze“ die Mitwirkung mehrerer Notare handgreifliche Vorteile bietet,⁴⁹ nämlich: größere Rechtssicherheit; Aufrechterhaltung der Beziehung des Klienten zu „seinem“ Notar; besseres Gleichgewicht bei der rechtlichen Sachkenntnis, und deshalb in diesem Rahmen zulässig ist.

3. Der deutsche Notar ist unabhängiger, unparteiischer Betreuer der Beteiligten. Er hat die Pflicht, schon den Anschein der Parteilichkeit zu vermeiden. Diese Standespflicht kann auch verletzt sein, wenn Verfahren der Beurkundung gewählt werden, die von der Regel abweichen und dadurch einer Partei irgendwelche Vorteile einräumen. Es ist hier also das interessante rechtliche Phänomen festzustellen, daß notarielles Standesrecht letztlich auch die Gestaltung zu beurkundender Verträge beeinflusst. Die Unparteilichkeit des Notars wird auf diesem Weg zur konkreten Garantie des Vertragsrechts.

Der Notar hat das Beurkundungsverfahren so zu gestalten, daß die vom Gesetz mit dem Beurkundungserfordernis verfolgten Zwecke erreicht werden, insbesondere die Schutz- und Belehrungsfunktion der Beurkundung gewahrt und der Anschein der Abhängigkeit oder Parteilichkeit vermieden wird. Demgemäß ist in der Regel unzulässig die systematische Beurkundung mit Vertretern; die systematische Aufspaltung von Verträgen in Angebot und Annahme, wobei dann, wenn die Aufspaltung aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist, das Angebot vom belehrungsbedürftigeren Vertragsteil ausgehen soll; die gleichzeitige Beurkundung von mehr als fünf Niederschriften bei verschiedenen Beteiligten; die mißbräuchliche Auslagerung geschäftswesentlicher Vereinbarungen in andere notarielle Urkunden.⁵⁰

In den letzten Jahren in das Beurkundungsgesetz eingefügte Bestimmungen unterstreichen diesen Grundsatz. § 17 Abs. 2 a) BeurkG⁵¹ bestimmt, daß belehrungsbedürftige Beteiligte von der Beurkundung nicht ausgeschlossen werden dürfen. Ausdrücklich verlangt wird weiter, daß den Beteiligten ausreichend Gelegenheit eingeräumt wird, sich mit dem Gegenstand der Beurkundung (vorher) auseinanderzusetzen. Diese in den Berufsausübungsrichtlinien der Notarkammern bereits enthaltene Pflicht wurde im Jahr 2002 in das Beurkundungsgesetz übertragen. Gemäß § 17 Abs. 2 a) Ziff. 2 BeurkG, neue

⁴⁸ Vgl. - statt aller - BAUMANN, aaO, 45; interessant im europäischen Vergleich DECKERS, La Profession Notariale, sa Déontologie et ses Structures, herausgegeben von der U.I.N.L., Commission des Affaires Européennes et de la Méditerranée (C.A.E.M.), Académie Notariale, Amsterdam 2000, 73, und passim, unter ausdrücklicher Bezeichnung des deutschen Notariats als in dieser Beziehung („Niemals mehrere Notare in einer Sache!“) repräsentativ und vorbildlich. Vgl. aber jetzt auch DECKERS/VAN VELTEN, „Le Notariat et le Marché juridique: Monodisciplinarité ou Multidisciplinarité?“, Notarius International 3-4/2003, 105 ff.; teilweise anderer Meinung.

⁴⁹ DECKERS/VAN VELTEN, aaO.

⁵⁰ Vgl. beispielsweise die Richtlinie der (für den Berichterstatter zuständigen) NOTARKAMMER STUTTGART vom 18.06.1999, Ziff. II, abgedruckt bei WEINGÄRTNER/WÖSTMANN, aaO, 135; im übrigen KEIDEL/WINKLER, aaO, Rd.-Nrn. 17 ff. zu § 17 BeurkG.

⁵¹ Eingefügt in das Gesetz im Rahmen der Berufsrechtsnovelle vom 31.08.1998, BGBl. I, 2585.

Fassung,⁵² soll außerdem bei „Verbraucherverträgen“ ein Vertragsentwurf zwei Wochen vor der Beurkundung zugegangen sein. Auf die Einhaltung dieser Frist zu achten, ist Amtspflicht des Notars. Die Vorschrift bezieht sich vor allem auf Kaufverträge im Bauträgergeschäft und hat daher erhebliche Auswirkung auf die notarielle Praxis. Die in der Bestimmung enthaltene starre Zwei-Wochen-Frist wurde teilweise heftig kritisiert. Letztlich begrüßt das deutsche Notariat eine Regelung dieser Art jedenfalls in der Beziehung, als sie die „verbraucher-schützende“, unparteiliche Stellung des Notars im Gesetz unterstreicht.⁵³

II. Sicherung der Unparteilichkeit des Notars in besonderen berufsrechtlichen Konstellationen und in sonstigen besonderen Situationen

Die Unparteilichkeit des Notars zu gewährleisten, führt bei gleichzeitiger Verbindung des Notarberufs mit anderen beruflichen Tätigkeiten zu besonderen Problemen. Solche Kombinationsmöglichkeiten sind teilweise historisch tradiert, teilweise Ergebnis neuer Entwicklungen in den rechtsberatenden Berufen. In diesen Berufen haben im übrigen Wettbewerb und wirtschaftliche Pressionen, die wichtige Mandanten auszuüben versuchen, eindeutig zugenommen.

1. Es geht bei den beruflichen Verbindungen des Notars in Deutschland im wesentlichen um die nachfolgend zusammengefaßten Bereiche.

a) Anwaltsnotariat

Der deutsche Anwaltsnotar übt als Rechtsanwalt einen freien Beruf aus und ist als Notar Träger eines öffentlichen Amtes. Diese Doppel-Stellung führt zu besonderen berufsrechtlichen Kollisionsrisiken, die in den letzten Jahren angesichts der grundlegenden Veränderungen im Anwaltsbereich⁵⁴ zunehmend sichtbar und praktisch relevant wurden.⁵⁵

Das Anwaltsnotariat in Deutschland ist Ergebnis lange zurückreichender historischer Entwicklung. Es stand früher, geographisch streng abgegrenzt durch die notariellen Amtsbereiche, zum Nurnotariat grundsätzlich nicht in einem Wettbewerbsverhältnis; „Rechtsberatung“, im weitesten Sinn, fand in aller Regel auf regionaler Ebene statt. Dies hat sich geändert. Wandlungen der äußeren Form notarieller Berufsausübung sind festzustellen. Neben dem Nurnotariat sind Anwaltsnotariate erheblichen

⁵² Enthalten im „Gesetz zur Änderung der Vertretung von Rechtsanwälten vor Oberlandesgerichten“ vom 23.07.2002, BGBl. I, 2585.

⁵³ Eröffnungansprache GÖTTE, Präsident der Bundesnotarkammer, zum 26. Deutschen Notartag in Dresden 2002, Sonderheft der Deutschen Notar-Zeitschrift, 2002, 8 f. – „Evaluierung“ zu § 17 Abs. 2 a) BeurkG: BNotKIntern 6/2003, der 14-Tages-Frist werde von den Urkundsbeteiligten vielfach mit Unverständnis begegnet; speziell der „Verbraucher“ (!) fühle sich bevormundet – so das Ergebnis einer Umfrage der Bundesnotarkammer im Bericht an das Bundesministerium der Justiz.

⁵⁴ Vgl. DE LOUSANOFF, aaO, passim.

⁵⁵ Umfassender Überblick bei KATJA MIHM, Berufsrechtliche Kollisionsprobleme beim Anwaltsnotar; Deutscher AnwaltVerlag, Band 40 der Schriftenreihe des Instituts für Anwaltsrecht an der Universität zu Köln, 2000, Dissertation an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät; Doktorvater Prof. Dr. Martin Henssler, Zweitgutachter Prof. Dr. Barbara Grunewald; begleitende Unterstützung durch Dr. Tim Starke, seinerzeit Hauptgeschäftsführer der Bundesnotarkammer.

Umfangs in überörtlichen und überregionalen Großsozietäten, aber auch in „mittelständischen“ größeren Kanzleien entstanden, die dem Trend der rechtsberatenden Berufe zu vergrößerten, oft auch international ausgerichteten Büroeinheiten folgen.⁵⁶ Diese Entwicklung, verbunden mit verschärftem Wettbewerb und Internationalisierung, verschärft das Problem, die unabhängige und unparteiliche Stellung des Notars – wesentlichstes Grundprinzip des deutschen und europäischen Notarrechts – zu gewährleisten.⁵⁷

Zudem weist die deutsche verfassungsgerichtliche Rechtsprechung in berufsrechtlichen Fragen des Anwaltsnotariats eindeutig, hier schon an Hand von Beispielen angeführte, Tendenzen zur Liberalisierung auf. Dies verschärfte die Problematik.

b) Berufsverbindungen

Die notarielle Amtsausübung als solche ist höchstpersönliche Ausübung eines vom Staat übertragenen Amtes. Berufsverbindungen von Notaren können sich daher von vornherein lediglich auf die personellen und sachlichen Faktoren, „Hilfsmittel“ zur Amtsausübung, beziehen.⁵⁸ Der Grundsatz, daß das Notariat als solches nicht „sozietätsfähig“ ist, bedeutet für Anwaltsnotare, daß sie eine Sozietät nur bezogen auf ihre anwaltliche Berufsausübung eingehen dürfen; § 59 a) Abs. 1 BRAO.

Nurnotare dürfen sich nur mit am selben Amtssitz bestellten Notaren zur gemeinsamen Berufsausübung verbinden. Hierbei ist von den deutschen Bundesländern aufgrund entsprechender gesetzlicher Ermächtigung in der Regel eine Höchstzahl von zwei Notaren für die gemeinsame Berufsausübung in einer Notar-Sozietät festgelegt.⁵⁹

Anwaltsnotare dürfen sich mit anderen Anwaltsnotaren, Rechtsanwälten, Patentanwälten, Steuerberatern, Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfern und Vereidigten Buchprüfern zur gemeinsamen Berufsausübung verbinden oder mit ihnen gemeinsame Geschäftsräume haben; § 9 Abs. 2 BNotO. Die Verbindung zwischen Anwaltsnotar und Wirtschaftsprüfer war lange Zeit umstritten. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner „Wirtschaftsprüfer“-Entscheidung aus dem Jahr 1998⁶⁰ unter Berufung auf die verfassungsrechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung (Art. 3 Grundgesetz [GG]) und der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) die Sozietät zwischen Anwaltsnotar und Wirtschaftsprüfer zugelassen. Das Novellierungsgesetz zur BNotO⁶¹ hat aufgrund dessen die Möglichkeiten der Berufsverbindung des Anwaltsnotars erheblich erweitert und auf die

⁵⁶ MIHM, aaO, 261; EUE, Notariat am Scheideweg: Rechtspflege oder Rechtsberatungsmarkt; Festschrift für Schippel, München 1996, 600 ff., 628; GAUPP, Die Bedeutung des notariellen Standesrechts, aaO, 123; ZUCK, Der Notar zwischen Amt und Freiem Beruf, Festschrift für Schippel, 818 ff., insbesondere 832.

⁵⁷ STARKE, in Beck'sches Notar-Handbuch, K I, Rd.-Nr. 39.

⁵⁸ STARKE, aaO, K I, Rd.-Nr. 35.

⁵⁹ Übersicht bei STARKE, aaO, Rd.-Nr. 36 f.

⁶⁰ DNotZ 1998, 754.

⁶¹ Vom 31.08.1998, BGBl. I, 2585.

Berufe des Patentanwalts, Wirtschaftsprüfers und Vereidigten Buchprüfers erstreckt. Der Anwaltsnotar kann jeden dieser Berufe, auch mehrere, neben dem Amt des Notars genehmigungsfrei ausüben.⁶² Kritiker stellen fest, daß damit auf dem Gebiet des Anwaltsnotariats „der multiprofessionellen Sozietät das Tor weit geöffnet“ wurde.⁶³

Die Anforderungen des notariellen Berufsrechts, an der Spitze das Gebot der Unparteilichkeit, setzen im übrigen der Beteiligung des Anwaltsnotars an Berufsausübungs- und Kapitalgesellschaften in der Praxis enge Grenzen. Anwaltsnotare dürfen sich zwar in ihrer Eigenschaft als Rechtsanwalt an einer Rechtsanwalts-GmbH beteiligen, jedoch kein Angestelltenverhältnis, etwa als Geschäftsführer, zu der GmbH begründen.⁶⁴ Die Partnerschaftsgesellschaft, die durch Gesetz mit Wirkung zum 01.07.1995 für die freien Berufe eingeführt wurde, ist eine rechtsfähige Berufsausübungsgesellschaft, mit der eine Lücke zwischen Kapitalgesellschaft und BGB-Gesellschaft geschlossen werden sollte. Anwaltsnotare dürfen nur in ihrer Eigenschaft als Rechtsanwalt Mitglied einer solchen Partnerschaft sein.⁶⁵

Die EWIV (Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung)⁶⁶ kann Notaren (sowohl Nurnotaren wie Anwaltsnotaren) offenstehen. Dasselbe gilt für Kooperationen, wenn sie im Rechtsverkehr nicht nach außen auftreten (was beispielsweise bei einem wechselseitigen Hinweis der Kooperationspartner in Kanzleidrucksachen bereits der Fall ist). Einzelheiten hierzu sollen nicht vertieft werden.⁶⁷

2. Besondere, die Unparteilichkeit des Notars gefährdende berufliche Konstellationen erfordern besondere Sicherungen. Hierzu sind in Deutschland einerseits gesetzliche Neuregelungen festzustellen, die den Neutralitätsschutz stringent unterstreichen, andererseits aber auch Tendenzen zur berufsrechtlichen Liberalisierung.
 - a) Gemäß § 3 BeurkG (die Vorschrift wurde bereits angeführt) soll der Notar in den dort genannten Fällen persönlicher Befangenheit seine Mitwirkung verweigern. Die Vorschrift begründet eine unbedingte, nicht disponible allgemeine Amtspflicht.⁶⁸ Als Korrelat zu den erheblich erweiterten Tätigkeits- und Sozietätsmöglichkeiten des Anwaltsnotars wurden 1998 zahlreiche konkrete gesetzliche Verschärfungen zur Sicherung der Unparteilichkeit des Notars eingeführt.

Unzulässig ist insbesondere die Übernahme eines notariellen Amtsgeschäfts für eine Person, mit der sich der Notar zur gemeinsamen

⁶² SEYBOLD/SCHIPPEL, Rd.-Nrn. 2, 36 zu § 8 BNotO.

⁶³ SEYBOLD/SCHIPPEL, aaO, Rd.-Nr. 12 zu § 9 BNotO.

⁶⁴ Strittig; ablehnend STARKE, in Beck'sches Notar-Handbuch, K I, Rd.-Nr. 42; bedingt befürwortend SANDKÜHLER, daselbst, K II, Rd.-Nr. 33.

⁶⁵ STARKE, aaO, K I, Rd.-Nr. 45; SANDKÜHLER, aaO, K II, Rd.-Nr. 34.

⁶⁶ EWG-VO 2137/85 (Amtsblatt der EG L 201 vom 31.07.1985) sowie in Deutschland das entsprechende Ausführungsgesetz vom 14.04.1988, BGBl. I, 514.

⁶⁷ Ausführliche Darstellung bei STARKE, aaO, K I, Rd.-Nrn. 46 – 50.

⁶⁸ SANDKÜHLER, in Beck'sches Notar-Handbuch, K II, Rd.-Nr. 50.

Berufsausübung verbunden oder mit der er gemeinsam Geschäftsräume hat; § 3 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 4 BeurkG. Eine Verbindung zur gemeinsamen Berufsausübung liegt in den oben ausgeführten Konstellationen in aller Regel vor.⁶⁹ Wie weit dieses Mitwirkungsverbot geht, zeigt sich am besten darin, daß der Sozius dem Notar selbst und seinen nahen Angehörigen gleichgestellt wird. Immer dann, wenn der Notar nicht mitwirken dürfte, weil es sich um eine eigene Angelegenheit oder die seines Ehegatten, seiner Kinder etc. handelt, darf er dies auch dann nicht, wenn an dieser Stelle sein Sozius steht.

Am wichtigsten ist das mit Wirkung vom 08.09.1998 in § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BeurkG neu in das Gesetz aufgenommene Mitwirkungsverbot aufgrund außernotarieller Tätigkeit des Notars oder eines Sozius. Die einschneidende Wirkung faßt EYLMANN, der seinerzeitige Vorsitzende des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags, plastisch wie folgt zusammen:

„War oder ist der Anwalt selbst oder sein Sozius oder Partner als Rechtsanwalt, Patentanwalt, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Vereidigter Buchprüfer oder in sonstiger Weise, die privates Handeln einschließt, in einer Angelegenheit tätig, ist diese für ihn als Notar tabu.“⁷⁰

Die Vorschrift ist für die Praxis von außerordentlicher Bedeutung,⁷¹ zumal § 3 Abs. 1 Satz 2 BeurkG den Notar verpflichtet, nach einer „Vorbefassung“ im Sinne dieser Bestimmung die Beteiligten zu fragen und in der Urkunde die Antwort zu vermerken.

Verstöße gegen Mitwirkungsverbote führen nicht zur Nichtigkeit der Beurkundung, sind jedoch Amtspflichtverletzungen, die auch haftpflichtrechtliche Folgen haben können.

Die strikte gesetzliche Neutralitätspflicht des Notars endet nicht mit Beendigung der Amtstätigkeit. Sie wirkt fort. Ein Anwaltsnotar, der als Notar in einer Angelegenheit tätig war, darf nicht in derselben Angelegenheit ein anwaltliches Mandat übernehmen. Er würde damit sowohl gegen seine Neutralitätspflicht als Notar wie auch gegen anwaltliches Berufsrecht verstoßen; § 45 Abs. 1 BRAO. Notarielle Amtstätigkeit und freiberufliche anwaltliche Tätigkeit in derselben Angelegenheit schließen sich rechtsgrundsätzlich aus.

- b) Der Notar unterliegt dem Verbot einer dem öffentlichen Amt widersprechenden Werbung; § 29 Abs. 1 BNotO. Der Gesetzgeber schafft hiermit bewußt einen Gegensatz zu den Regelungen für andere rechts- und wirtschaftsberatende Berufe, insbesondere zu den für den Rechtsanwalt geltenden Regeln.

⁶⁹ Im einzelnen SANDKÜHLER, aaO, K II, Rd.-Nrn. 54 ff; KEITEL/WINKLER, aaO, Rd.-Nrn. 76 ff. zu § 3 BeurkG.

⁷⁰ Zitat bei KEITEL/WINKLER, Rd.-Nr. 96 zu § 3.

⁷¹ Tatbestand und Grenzziehungen sind im einzelnen schwierig zu definieren; Übersichten bei SANDKÜHLER, aaO, K II, Rd.-Nr. 76; KEITEL/WINKLER, Rd.-Nrn. 95 ff. zu § 3.

Im Prinzip gilt dieses Werbeverbot auch für den Anwaltsnotar. Die sogenannte „Logo-Entscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1997⁷² hat jedoch verfassungsrechtliche Grenzen aufgezeigt. Ein (Werbezwecken dienendes) „Logo“ auf dem Briefkopf einer Anwaltssozietät, der Anwaltsnotare angehören, wurde für zulässig erachtet; dem Berufsbild zulässiger Sozietät zwischen Anwaltsnotar und Rechtsanwälten sei verfassungsrechtlich Rechnung zu tragen. Die Entscheidung hat weittragende Auswirkungen. Für Anwaltsnotare gilt demnach ein „eingeschränktes Werbeverbot“.⁷³ Die Entscheidung begegnet erheblicher Kritik, repräsentiert aber die aktuelle Rechtslage.⁷⁴

Die Bundesnotarordnung löst in ihren Neuregelungen im übrigen das Spannungsverhältnis zwischen liberalisiertem anwaltlichen Werberecht und grundsätzlich nach wie vor bestehendem notariellen Werbeverbot nach dem Prinzip, demzufolge das strengere Berufsrecht vorgeht. Gemäß § 29 Abs. 2 BNotO darf eine dem (in mehrfachen Berufen tätigen) Notar in Ausübung seiner Tätigkeit als Rechtsanwalt, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer etc. erlaubte Werbung sich nicht auf seine Tätigkeit als Notar beziehen. Weitergehende Werbemöglichkeiten, die dem Anwaltsnotar nach anderem Berufsrecht zustehen, darf er (nur) dann wahrnehmen, wenn er bei diesem Werbeverhalten auf die Führung seiner Amtsbezeichnung „Notar“ verzichtet und keine „werbeträchtige“ Beziehung zum Notaramt herstellt.

3. Der internationale Koordinator des vorliegenden Themas schildert in seinem Exposé die Unparteilichkeit des Notar gegenüber „großen Wirtschaftsakteuren“ als wichtiges Problem.
 - a) An der Bedeutung dieser Frage kann kein Zweifel bestehen. Sie ist jedem Notar aus der täglichen Praxis geläufig. Fälle dieser Art treten mannigfaltig auf: Ein Bauträger, ein Kreditinstitut, ein häufig mit Immobiliengeschäften befaßter Konzern, eine öffentliche Körperschaft, etc. nehmen regelmäßig die Beurkundung durch einen bestimmten Notar in Anspruch; er ist sozusagen ihr „Hausnotar“. Diese besondere Beziehung wird oft

⁷² Beschluß vom 24.07.1997, DNotZ 1998, 69 m.Anm. SCHIPPEL.

⁷³ Übersichten über dieses „eingeschränkte Werbeverbot“ bei STARKE, in Beck'sches Notar-Handbuch, K I, Rd.-Nrn. 130 ff.; SANDKÜHLER, daselbst, K II, Rd.-Nrn. 120 ff., jeweils mit weiteren Nachweisen.

⁷⁴ Kritisch, allein bereits für das Anwaltsrecht, STÜRNER, Mitteilungen der Bundesrechtsanwaltskammer, Ausgabe 5/2003 v. 15.10.2003, 214, 220: Im Bereich des Anwaltsrechts habe sich das Bundesverfassungsgericht in vielen Entscheidungen „zum Promotor eines Denkens in Markt- und Dienstleistungsfreiheiten gemacht, das die Tradition des Verständnisses der Anwaltschaft als eines Organes der Rechtspflege eher hintan stellt“. Man habe, „unter tatkräftiger Mithilfe des Bundesverfassungsgerichts“, den „Markt für den europäischen Wettbewerb geöffnet“, „gekommen sind machtvolle amerikanische Anwaltsoligopole“.– STÜRNER hatte im übrigen vor nahezu drei Jahrzehnten Defizite des deutschen Notariats hinsichtlich Unabhängigkeit und Unparteilichkeit vehement kritisiert: „Der Notar – unabhängiges Organ der Rechtspflege?“, JZ 1974, 154. Die überzogene Kritik ist ausgleichender Sichtweise gewichen; vgl. STÜRNER, „Die notarielle Urkunde im europäischen Rechtsverkehr“, überarbeitete Fassung eines Vortrags, den der Verfasser auf einem Treffen französischer und deutscher Notare am 08.10.1994 in Baden-Baden gehalten hat, DNotZ 1995, 343.

noch dadurch verstärkt, daß der Notar auf Wunsch in den Geschäftsräumen des Betreffenden beurkundet.

Weiter: Mit Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern, Unternehmensberatern, etc. besteht oft ausgeprägte Zusammenarbeit. Sie „liefern“ dem Notar Mandanten, oft auch bereits für die zu beurkundenden Vorgänge ausgearbeitete Urkunden-Entwürfe. Urkunden-Entwürfe schaffen in der Praxis zusätzliche Probleme. Die Fehleranfälligkeit bei Beurkundung von Fremd-Entwürfen ist erfahrungsgemäß deutlich höher.⁷⁵ Für den Mandanten entstehen außerdem oft doppelte Gebühren, da Gebührenteilung oder –ermäßigung dem deutschen Notar auch in solchen Fällen grundsätzlich nicht erlaubt ist.

Beispiele dieser Art kennt jeder Notar, und ließen sich weiter fortsetzen. Sie liegen letztlich alle auf derselben Ebene, nämlich im Spannungsverhältnis zwischen materiellem Erfolg einerseits, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars andererseits.⁷⁶ Ein dauerndes Klientenverhältnis ist fraglos „an sich ein erfreuliches Zeichen für das Vertrauen zum Notar“, darf jedoch die Freiheit des Notars nicht beeinträchtigen.⁷⁷

- b) Unabhängigkeit und Unparteilichkeit auch in solchen Fällen zu wahren und auch nur den Anschein einer Neutralitätspflichtverletzung zu vermeiden, entzieht sich in vielen Fällen präziser rechtlicher Beurteilung und Regelung.

Richtige Empfehlung in den „Hausnotar“-Fällen kann sein, bei Beteiligung Dritter an der Beurkundung auf diesen Umstand hinzuweisen und die anderen Beteiligten darüber zu belehren, daß es ihnen freisteht, einen anderen Notar zu wählen. Richtige Empfehlung ist ganz sicher, darauf zu achten, daß der Name des Notars nicht in Unterlagen (besonders „anfällig“: Verkaufsprospekte für Kapitalanlagen und für Immobilien) erwähnt wird. „Auswärtsbeurkundungen“ in den Geschäftsräumen eines (ständigen) Mandanten – besonders häufig bei Immobiliengeschäften – sind bei Beteiligung Dritter soweit wie möglich zu vermeiden. Ziff. IX, 3 der Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer erklärt eine Amtstätigkeit außerhalb der Geschäftsstelle des Notars für unzulässig, wenn dadurch der Anschein von amtswidriger Werbung, der Abhängigkeit oder der Parteilichkeit entsteht oder der Schutzzweck des Beurkundungserfordernisses gefährdet wird.⁷⁸ Regionale Notarkammern haben hierzu aber teilweise abweichende Fassungen in ihren Richtlinien erlassen.⁷⁹ Im

⁷⁵ Hierzu, ausführlich und praxiserfahren, WALZ, Verhandlungstechnik, aaO, 165.

⁷⁶ Darstellung bei SANDKÜHLER, aaO, K II, Rd.-Nr. 48. Ausführlich und geradezu kämpferisch für die notarielle Unabhängigkeit und Unparteilichkeit DECKERS, La Profession Notariale, 61 ff. Die „Beziehung zwischen dem Notariat und dem Geld“ sei zukunftsbestimmend für den Beruf; 64, Ziff. 51; dort und passim auch prononciert gegen alle gewerblichen Erscheinungsformen des Berufs, insbesondere auch in der Werbung (65 ff.). Die Ausführungen von DECKERS sind auf das deutsche Notarrecht übertragbar, das DECKERS in seinem Bericht wiederholt hinsichtlich Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars als exemplarisch anführt.

⁷⁷ SEYBOLD/SCHIPPEL, Rd.-Nr. 32 zu § 14 BNotO.

⁷⁸ WEINGÄRTNER/WÖSTMANN, aaO, 9, mit ausführlicher Kommentierung, 352 ff.

⁷⁹ WEINGÄRTNER/WÖSTMANN, aaO, 363 ff.

übrigen hat das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2000⁸⁰ berufsrechtliche Beschränkungen für das Verbot einer Beurkundung außerhalb der Geschäftsstelle grundsätzlich akzeptiert, aber im einzelnen erneut eine „liberale“ Haltung eingenommen.

- c) Dauernde Beratungsverhältnisse in der Sozietät des Anwaltsnotars, wie sie vor allem für Wirtschaftsanwälte, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer typisch sind, stellen ein weiteres, nicht eindeutig zu lösendes Problem dar.

Allein der Umstand, daß ein Beteiligter in anderen Angelegenheiten anwaltlich oder steuerlich durch die Sozietät betreut wird, ist für die Übernahme eines notariellen Amtsgeschäfts im allgemeinen unschädlich. Das Mitwirkungsverbot wegen „Vorbefassung“, das erörtert wurde, ist ausschließlich mandatsbezogen, nicht mandantenbezogen. Die Grenzziehung im einzelnen ist jedoch schwierig. Sie dürfte letztlich von Umfang und Intensität des bestehenden Beratungsverhältnisses abhängen.⁸¹

Ständige Klientenbeziehungen und Verhältnisse sonstiger ständiger Zusammenarbeit tendieren im übrigen in der Praxis leicht dazu, zu Pressionen auf die Gebühren des Notars zu führen. Die gesetzliche Antwort ist eindeutig. Dem deutschen Notar ist jede Disposition über die gesetzlich geschuldeten Gebühren untersagt.

Letztlich liegt in allen Konstellationen dieser Art eine besondere Herausforderung an den Notar, der zu einem erheblichen Teil nicht mit rechtlichen Regeln begegnet werden kann: Das Gebot der Unparteilichkeit „verlangt ein besonderes Maß von Festigkeit, denn manche Klienten glauben gerade von dem Notar ihres Vertrauens erwarten zu dürfen, daß er ihre Interessen vorzugsweise wahrnimmt“.⁸²

⁸⁰ Beschluß vom 09.08.2000, DNotZ 2000, 787 m.Anm. EYLMANN. Hierzu auch WEINGÄRTNER/WÖSTMANN, aaO, 357 f.

⁸¹ SANDKÜHLER, in Beck'sches Notar-Handbuch, K II, Rd.-Nr. 73 m.w.N.

⁸² SEYBOLD/SCHIPPEL, Rd.-Nr.35 a.E., zu § 14 BNotO.

C.

Vertragsrecht

Notartätigkeit in Deutschland ist vor allem Anwendung materiellen Vertragsrechts; Grundaspekte

I. Gesetzliche Regelung, Ausgangspunkte

1. Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (BGB)⁸³ enthält einen „Allgemeinen Teil“ der Vertragslehre, der für alle Arten von Verträgen gilt, also nicht nur für die praktisch absolut im Vordergrund stehenden schuldrechtlichen, sondern auch für die sachen-, familien- und erbrechtlichen Verträge (§§ 145 bis 157). Die schuldrechtlichen Verträge in ihren Einzeltypen werden dann gesondert geregelt (§§ 305 ff.).⁸⁴

§§ 145 ff. BGB enthalten die allgemeinen Regeln über das Zustandekommen eines Vertrags. Die rechtlichen Grundkategorien von Angebot, Annahme, Konsens, Dissens sind dort enthalten. § 305 ff. BGB enthalten inhaltsbestimmende Normen für schuldrechtliche Verträge allgemein. Diese allgemeinen Bestimmungen werden in den einschlägigen Einzelpassagen des BGB für alle wesentlichen Vertragstypen des Bürgerlichen Rechts ergänzt, konkretisiert und variiert.

2. Dieses Regelungsschema geht von bestimmten Grundkategorien aus, die normativ vorausgesetzt werden.

Für die liberale Gesellschaft der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts und die dieser Gesellschaft korrespondierende Rechtsidee war der Vertrag (neben dem Privateigentum) die entscheidende privatrechtliche Rechtsinstitution. Seine Legitimation bezog das liberale Vertragsdenken „durch den optimistischen Glauben an die Möglichkeit einer sich quasi automatisch, „naturwüchsig“ einstellenden sozialen Harmonie durch vertraglichen Ausgleich: „Qui dit contractionnel, dit juste.“⁸⁵

Die so verstandene Vertragsfreiheit gibt lediglich eine (formal gleiche) Kompetenz zur privaten Sozialgestaltung; von einer Stellungnahme über die inhaltliche Richtigkeit des Ergebnisses, das beim Vertragsschluß erzielt wird, wird grundsätzlich abgesehen.⁸⁶ Liberales Vertragsdenken ist demnach in erster Linie

⁸³ Neubekanntmachung des 1900 in Kraft getretenen BGB in der ab 01.01.2002 geltenden Fassung, BGBl. I, 2002, 42.

⁸⁴ Zu dieser für das BGB charakteristischen „zergliedernden Abstraktion“ Münchener Kommentar-KRAMER, BGB, vor § 145, Rd.-Nr. 1 m. Fußn. 1, Zitat SCHMIDT, The German Abstract Approach to Law

⁸⁵ Münchener Kommentar-KRAMER, Rd.-Nr. 2 vor § 145, m. Zitatnachw. FOUILLÉ, La science sociale Contemporaine, 1881

⁸⁶ Münchener Kommentar-KRAMER, aaO

durch Verfahren, somit durch „prozedurale Rationalität“, nicht durch inhaltliche „Richtigkeit“ legitimiert.⁸⁷

Diese Grundsätze, auch als „Vertragsfreiheit“ und „Privatautonomie“ bezeichnet, sind tragende Pfeiler des traditionellen deutschen Vertragsrechts. Sie sind dies nach wie vor auch im Rahmen der heutigen Rechts- und Wirtschaftsordnung. Die Institution des privatrechtlichen Vertrags erlebt sogar, durch den Zusammenbruch des Sozialismus und die Globalisierung der Märkte, heute eine „außerordentliche, weltweite Konjunktur“.⁸⁸

3. Das Prinzip der Vertragsfreiheit umfaßt typische Einzelaspekte.

Es geht um die „Abschlußfreiheit“. Wer eine Offerte zum Vertragsschluß erhält, ist nicht verpflichtet, dieses Angebot anzunehmen.

Es geht weiter um die „Gestaltungsfreiheit“, auch „Inhaltsfreiheit“ genannt. Die Kontrahenten sind grundsätzlich in der Gestaltung des Inhalts ihrer Verträge frei. Spezielle Konsequenz dieser Gestaltungsfreiheit ist nach deutschem Bürgerlichen Recht die schuldrechtliche „Typenfreiheit“. Die Vertragspartner sind im Schuldrecht nicht gezwungen, die Vertragstypen zu wählen, die das Gesetz – quasi als Muster – zur Verfügung stellt. Die Kontrahenten können innerhalb der gesetzlichen Grenzen der Vertragsfreiheit Schuldverträge jeden beliebigen Inhalts abschließen und dadurch, „autonom“, auch neue Vertragstypen entwickeln.

Es geht schließlich um die Formfreiheit der Verträge. Im BGB gilt der Grundsatz der Formfreiheit von Rechtsgeschäften. Eine besondere Form, namentlich die notarielle Form, ist die Ausnahme.

II. Grenzen der Vertragsfreiheit

1. Vor allem in den letzten Jahrzehnten hat das Rechtsinstitut „Vertrag“ in Deutschland und Europa einen Funktionswandel erfahren. Man erkannte, daß Vertragsfreiheit im juristischen (formalen) Sinn zu unterscheiden ist von Vertragsfreiheit in einem materialen (auf faktische Durchsetzbarkeit abstellenden) Sinn und daß sich diese beiden Aspekte keineswegs immer decken.

Die darin liegende Problematik wird besonders gut verdeutlicht von extremen Kritikern der Vertragsfreiheit: Vertragsfreiheit sei in Wirklichkeit „ein Traumschloß, eine Utopie und keine Realität“; die moderne Aufgabe des Rechts liege darin, „Kriterien und Verfahren für die Vertragsgerechtigkeit zu entwickeln, die herzustellen gerade deshalb nötig ist, weil es eine Vertragsfreiheit in Wahrheit nicht gibt“.⁸⁹

⁸⁷ Münchener Kommentar-KRAMER, Rd.-Nr. 3 vor § 145

⁸⁸ Münchener Kommentar-KRAMER, Rd.-Nr. 5, a.E., vor § 145

⁸⁹ Münchener Kommentar-KRAMER, Rd.-Nr. 5 vor § 145, m.w.N.

2. Die deutsche Rechtsliteratur über das Verhältnis von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit ist äußerst umfangreich.⁹⁰ Festzustellen ist, daß die Vorbehalte gegenüber rein formal begründeter Vertragsfreiheit mittlerweile auf überwiegenden Konsens treffen.⁹¹ Es interessieren dabei vor allem Problemlagen, die unter dem Begriff „gestörter Vertragsparität“ zusammengefaßt werden.⁹²

III. Lösungswege

Rechtstheoretisch und -praktisch sind derzeit mehrere Wege festzustellen, hier-nach als erforderlich angesehene Korrekturen formaler Vertragsfreiheit durchzuführen.

1. Es wurde in Deutschland, maßgeblich initiiert durch europarechtliche Vorgaben, inzwischen ein privatrechtliches Verbraucherschutzrecht gesetzlich installiert, dessen Anwendung Alltag der modernen deutschen Privatrechtspraxis geworden ist.

Ausgangspunkt⁹³ dieser seit über 20 Jahren präsenten Thematik war der Gedanke des „Schutzes des Schwächeren“ zur Erzielung angemessener Risikoverteilung. Im Gesetz über Allgemeine Geschäftsbedingungen von 1976 fand dies zum ersten Mal in positiv-gesetzlicher Form Ausdruck, bald begleitet von einer Vielzahl von Nebengesetzen.⁹⁴ Diese Gesetze wurden inzwischen im BGB zusammengefaßt durch das „Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts“.⁹⁵

Seit dem 01.01.1995, dem Datum des Inkrafttretens der EG-„Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen“,⁹⁶ unterliegen „Verbraucherverträge“ (§ 310 Abs. 3 BGB) allgemein der sogenannten „AGB-Kontrolle“. Seit 1996 besteht mit der Vorschrift des § 24 a) AGB, nunmehr inhaltsgleich §§ 13, 14 und 310 Abs. 3 BGB, die ausdrückliche Anordnung einer „Klausel-Kontrolle“ nach §§ 307 bis 309 BGB bei allen Verträgen, bei denen ein Verbraucher und ein Unternehmer beteiligt sind. Die Klausel-Kontrolle führt letztlich „verbraucherschützend“ dazu, daß im Rahmen der genannten Vor-

⁹⁰ Vgl. – statt aller – die Übersicht bei Münchener Kommentar-KRAMER, vor § 145. Grundlegend LUDWIG RAISER, Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, 1; SCHMIDT-RIMPLER, Zum Vertragsproblem, in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für L. Raiser, Tübingen, 1974; M. WOLF, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen 1970; HÖNN, Kompensation gestörter Vertragsparität. Ein Beitrag zum inneren System des Vertragsrechts, München 1982.

⁹¹ Zusammenfassung in Münchener Kommentar-KRAMER, Rd.-Nr. 5 vor § 145; Zusammenfassung mit besonderem Bezug auf das Notariat bei KRAFKA, Der Umgang des Notars mit aktuellen Rechtsentwicklungen, DNotZ 2002, 677 ff.

⁹² Zusammenfassung und Nachweise bei LIMMER, Vertragsgerechtigkeit notarieller Urkunden und europäischer Verbraucherschutz, in: Notar und Rechtsgestaltung. Tradition und Zukunft. Jubiläums-Festschrift des Rheinischen Notariats, herausgegeben von der Rheinischen Notarkammer, Köln, 1998, 15, 28.

⁹³ Vgl. die Zusammenstellung bei KRAFKA, aaO, 679 ff.

⁹⁴ (Kurzbezeichnungen) Haustürwiderrufgesetz (1986), Verbraucherkreditgesetz (1990), Teilzahlungswiderrufgesetz (1996), Fernabsatzgesetz (2000), u.a.

⁹⁵ Vom 26.11.2001, BGBl. I, 3138.

⁹⁶ RL 93/13 EWG des Rates vom 05.04.1993, EG-Abl. v. 21.04.1993, Nr. L 95, 29.

schriften bestimmte gesetzliche, „verbraucherschützende“, Vorgaben zwingend, also unabdingbar sind.

Weiter wurden umfangreiche schriftliche Informationspflichten und Widerrufsrechte gesetzlich eingeführt. So sind bei Verbraucherdarlehensverträgen nach der materiell-rechtlichen Vorgabe des § 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB⁹⁷ der Jahreszins, die Vertragskosten und die Voraussetzungen der Änderungen dieser beiden Umstände aufzunehmen. Ein Verstoß gegen diese Vorschrift hat zur Folge, daß dem Verbraucher ein Widerrufsrecht zusteht (§ 491 Abs. 3 i.V. m. §§ 495 Abs. 1 und 355 BGB).

Solche gesetzlichen Normierungen des „Schwächerenschutzes“ begegnen heftiger juristischer Kritik. Zum einen wird die ungenügende Abgrenzungsschärfe der Begriffe des Unternehmers und des Verbrauchers, die von entscheidender Bedeutung sind, kritisiert.⁹⁸ Zum anderen wird kritisiert, die Verbraucherschutz-Gesetzgebung entferne sich vom Leitbild des autonomen, selbstverantwortlichen Bürgers in pauschaler Weise hin zur Vorstellung eines „betreuungsbedürftigen Wesens“; außerdem würden die ökonomischen Folgen dieser Gesetzgebung selten reflektiert, Verbraucherschutz gebe es gesamtökonomisch gesehen „nicht kostenlos“.⁹⁹ Letzterem Kritikpunkt steht gegenüber die Aufgabenstellung, die sich der moderne Sozialstaat allgemein gegeben hat. „Vorsorge als Prinzip einer sozialen Rechtsordnung in Europa“ – so lautete der Eröffnungsvortrag von RICHTER zum 26. Deutschen Notartag 2002 in Dresden.¹⁰⁰

2. In dieselbe Richtung – nicht rechts-dogmatisch, aber im praktischen Ergebnis – zielt die verstärkte richterliche Inhaltskontrolle „belastender“ Verträge.¹⁰¹ Die Wahrung eines „juristischen Mindeststandards“ als nicht unterschreitbare Grundlage einer vertraglichen Vereinbarung wird durch das Bundesverfassungsgericht seit Mitte der 90-er Jahre¹⁰² hervorgehoben.

Es ging zunächst um die rechtliche Behandlung von Bürgschaften, die mittellose nahe Angehörige des Hauptschuldners in extremen Situationen gestellt hatten. Eine größere Zahl höchstrichterlicher Entscheidungen hat solche Bürgschaften

⁹⁷ In der Fassung des „Gesetzes zur Änderung der Vertretung von Rechtsanwälten vor Oberlandesgerichten“ vom 23.07.2002, BGBl. I, 2850.

⁹⁸ KRAFKA, aaO, S. 681 m.w.N.

⁹⁹ MÖSCHEL, Einflüsse der europäischen auf die deutsche Wirtschaftsordnung. Festschrift für Wolfgang ZÖLLNER, Tübingen, 1998, Band I, 403. WAGNER, Minister der Justiz des Landes Hessen, „Entmündigte Bürger“, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 24.07.2003, 10: Anstelle des Vorrangs der Privatautonomie trete ein „weit verzweigtes oktroyiertes Schutzrecht“; der „in Watte gepackte“ Verbraucher sei ersichtlich nicht mehr der „mündige Bürger, dessen Bürgerstolz früher ein Gemeinwesen getragen hat“. Das „Jammerbild des unkritischen, sprunghaften und fremdbestimmten Verbrauchers“ überlagere und verdunkle die Grundentscheidung unserer Privatrechtsordnung. – Eine Entwicklung des „Bürgerlichen zu einem kleinbürgerlichen Gesetzbuch“? MÖSCHEL, aaO. – Der Wandel des Vertragsverständnisses, der sich aus alledem ergebe, sei unannehmbar; ERNST, Neues Vertragsrecht für die deutsche Wirtschaft? FAZ vom 19.05.2001, 8; PICKER, Schuldrechtsreform und Privatautonomie, JZ 2003, 1035 („...neue Fürsorglichkeit auf Kosten der Freiheitlichkeit ...“).

¹⁰⁰ Sonderheft der Deutschen Notar-Zeitschrift, 2002, 29 ff., insbes. 38 f. Vgl. im übrigen KRAFKA, aaO, 681.

¹⁰¹ Hierzu und im Folgenden KRAFKA, aaO, 681 f.

¹⁰² Nachweise bei KRAFKA, aaO, 681, Fußn. 19.

für rechtsunwirksam erklärt.¹⁰³ Ebenso wurde neuerdings wegen Sittenwidrigkeit die Bürgschaft für rechtsunwirksam erklärt, die ein Arbeitnehmer aus Sorge um seinen Arbeitsplatz gegenüber einem Kreditinstitut als Sicherheit für einem seinem Arbeitgeber eingeräumten Kontokorrentkredit übernommen hatte.¹⁰⁴

Aufgrund richterlicher Inhaltskontrolle wurden schließlich auch eheliche Vereinbarungen von der höchstrichterlichen Rechtsprechung, bis hin zum Bundesverfassungsgericht, unter extremen Umständen für unwirksam erklärt; sie entfernten sich vom „Normalbild“ der gesetzlichen Regelung „zu Lasten des abstrakt Schwächeren“.¹⁰⁵

3. Vertragsrichtigkeit durch notarielle Beurkundung – ein weiterer Lösungsweg, durch Einsatz des Notars als „Mittler und Integrationsfigur des Rechts“.¹⁰⁶

Im Vergleich zu gesetzlichen Restriktionen und richterlicher Inhaltskontrolle bietet dieser „dritte Weg“ deutliche Vorteile. Die Unparteilichkeit des Notars wie auch die Prüfungs- und Belehrungspflichten im Beurkundungsverfahren schützen die Beteiligten. Die Pflicht zur Unparteilichkeit vor allem verbietet einseitig begünstigende oder unausgewogene Klauseln, mit dem Ergebnis eines sachgerechten Vertrags in öffentlicher Urkunde nach vorangegangener Beratung unter Mitwirkung eines sachkundigen Neutralen.

Hiermit befaßt sich dieser Bericht im Folgenden.

¹⁰³ Rechtsprechungsnachweise bei KRAFKA, aaO, Fn 20.

¹⁰⁴ BGH vom 14.10.2003, XI ZR 121/02, Pressemitteilung des BGH vom 14.10.2003, veröffentlicht in Der Betrieb, Heft 43 vom 24.10.2003, Nachrichten, XV.

¹⁰⁵ Übersicht über die Gesamtproblematik, auch rechtsgrundsätzlich, bei HOHMANN-DENNHARDT, Richterin am Bundesverfassungsgericht, „Möglichkeiten und Grenzen der Gestaltung von Eheverträgen“, veröffentlichter Vortrag Jahresarbeitsstagung des deutschen Notariats am 18.09.2003 in Würzburg. Vgl. im übrigen die Übersicht bei KRAFKA, aaO, 682.

¹⁰⁶ KRAFKA, aaO, 685.

D.

**Der Notar als Garant des Vertragsrechts – die praktische Durchführung;
der „Mehrwert“ der notariellen Vertragsurkunde**

I. Kompetenz-Zuweisung an den Notar

Das materielle Recht bestimmt, für welche Vertragsarten notarielle Beurkundung erforderlich ist. Das deutsche Recht trifft diese Bestimmung mit besonderer Stringenz. Nichtbeachtung gesetzlicher notarieller Formbedürftigkeit führt zur Rechtsungültigkeit; § 125 BGB.

1. Die Sicherstellung des Formzwecks notarieller Beurkundung bestimmt Inhalt und Umfang der notariellen Amtspflichten im Beurkundungsverfahren. Die gesetzlichen Formbestimmungen haben folgende Funktionen:¹⁰⁷
 - a) Überlegungssicherung. Gesetzliche Formvorschriften dienen häufig dem Schutz des Erklärenden vor übereilter Bindung bei besonders riskanten Geschäften („Warnfunktion“). Der Formzweck soll das Bewußtsein wecken, zur besonnenen Überlegung auffordern und eine der Bedeutung der Entscheidung entsprechende Ernsthaftigkeit des Willensentschlusses fördern.
 - b) Beweissicherung. Bei Geschäften von großer Tragweite oder umfangreichem Inhalt bezweckt das gesetzliche Formerfordernis, den Geschäftsabschluß mit seinem gesamten Inhalt deutlich zu kennzeichnen und klar, eindeutig und abschließend festzulegen. Die Beweissicherung erfolgt im Interesse der Beteiligten, und auch im öffentlichen Interesse der Führung öffentlicher Register (Grundbuch, Handelsregister).

Die notarielle Beurkundung hat nach deutschem Recht besondere Beweiskraft. Die Beweiskraft einer notariellen Urkunde bezieht sich im zivilprozessualen Streitfall darauf, daß die in der Urkunde bezeichneten Personen vor dem Notar Erklärungen des wiedergegebenen Inhalts abgegeben haben (§ 415 der Zivilprozeßordnung).

- c) Belehrungssicherung. Die Form der Beurkundung wird vom Gesetz insbesondere dann vorgeschrieben, wenn über die reine Warn- und Beweisfunktion hinaus aus rechtspolitischen Gründen – jeder gesetzliche Formzwang ist Ergebnis einer rechts-/gesetzespolitischen Abwägung zwischen Nutzen, Kosten und sonstigen Nachteilen¹⁰⁸ - bei bedeutsamen und rechtlich komplizierten Vorgängen die fachkundige Beratung und Belehrung durch Mitwirkung eines unabhängigen und unparteiischen

¹⁰⁷ Übersicht bei BERNHARD, in Beck'sches Notar-Handbuch, F, Rd.-Nrn. 9 ff.

¹⁰⁸ KANZLEITER, Die notarielle Beurkundung als ein Weg zum „richtigen Vertrag“. Sonderheft 2001, 100 Jahre Deutsche Notar-Zeitschrift, 69, 80.

Organs der Rechtspflege erforderlich ist (Beratungs- und Belehrungsfunktion).

2. Das deutsche Recht ordnet Formzwang insbesondere an bei Immobilierverträgen (fundierende Gesetzesbestimmung: § 311 b) BGB; die Vorschrift begründet das „Beurkundungsmonopol“ des deutschen Notars für alle Immobilientransaktionen im weitesten Sinn); ebenso gilt das Beurkundungserfordernis für Eheverträge, Erbverträge, Gesellschaftsverträge juristischer Personen, Anteilsübertragungen, Statusveränderungen juristischer Personen und Hauptversammlungsprotokolle von Aktiengesellschaften sowie auch für verbundene Verträge, die formbedürftige Komponenten als wesentliche Vertragsbestandteile enthalten – um nur die praktisch wichtigsten Beispiele zu nennen.

Im praktischen Vordergrund steht für den deutschen Notar die Beurkundung von Immobiliengeschäften. Testamentarische Anordnungen können nach deutschem Sachenrecht auch durch eigenhändiges Testament getroffen werden. Gesellschaftsverträge von Personengesellschaften, vor allem also der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, von Personen-Handelsgesellschaften (Offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, letztere praktisch häufig in der Rechtsform der GmbH & Co. KG¹⁰⁹) sowie diesbezügliche Gesellschaftsanteilsübertragungen¹¹⁰ erfordern keine notarielle Beurkundung. Von letzterer Möglichkeit macht die Rechtspraxis in Deutschland vor allem bei als „share deal“-konzipierten Unternehmensverkäufen häufig Gebrauch.¹¹¹

II. Unparteiliche notarielle Vertragsbeurkundung wirkt als Garantie des Vertragsrechts

Die Garantie ruht auf zwei Grundpfeilern:

- der statusbestimmenden Grundnorm der Unparteilichkeit des Notars, § 14 Abs. 1 BNotO, wie sie in diesem Bericht im einzelnen dargestellt wurde;
- der verhaltensbestimmenden Grundnorm, die den Notar zu umfassender Prüfung und Belehrung verpflichtet; § 17 Abs. 1 BeurkG.

Es interessieren hier Verfahren, Nutz- und Garantiefekte der notariellen Beurkundung einerseits, deren Wirkungsgrenzen andererseits.

1. Einige Anmerkungen zum Verfahren der notariellen Beurkundung.

- a) Die „Verhandlung“ (§ 8 BeurkG) ist Kernstück der Beurkundung.¹¹²

¹⁰⁹ Gesellschaftsrechtliche Mischform zwischen KG und GmbH = KG, in der eine GmbH persönlich haftende Gesellschafterin ist; in Deutschland vor allem bei mittelständischen Unternehmen sehr häufig.

¹¹⁰ Auch soweit die Gesellschaft Grundbesitz hat und es letztlich um dessen Übertragung geht; h.M., vgl. MÜNCHENER KOMMENTAR-ULMER, Rd.-Nm. 26 ff., § 719 BGB.

¹¹¹ Die Tendenz der deutschen (nicht-notariellen) Beratungspraxis, bei unternehmensrechtlichen Vorgängen, vor allem Anteilsübertragungen, die notarielle Form zu vermeiden oder das Formerfordernis sachlich restriktiv auszulegen, kann jeder in größerem Umfang mit Wirtschaftsrecht befaßte deutsche Notar bestätigen.

¹¹² REITHMANN, DNotZ 2003, 603.

Der deutsche Gesetzgeber hat den substantiellen Gehalt der notariellen „Verhandlung“ durch Gesetz vom 23.07.2002¹¹³ in zweifacher Beziehung verstärkt. Eingefügt wurde, wie schon ausgeführt, der Satz, daß der Notar bei „Verbraucherverträgen“ darauf hinzuwirken hat, daß „der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhält, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinander zu setzen“; ein Vertragsentwurf soll zwei Wochen vor der Beurkundung übermittelt werden. Weiter sollen die Beteiligten selbst oder eine „Vertrauensperson“ bei der Beurkundung anwesend sein.

Die neue Vorschrift wurde viel diskutiert.¹¹⁴ Fest steht, daß die rechtsgeschäftliche Beurkundung gerade durch die „Verhandlung“ vor dem Notar gekennzeichnet ist, unter gleichzeitiger Anwesenheit der Beteiligten vor dem Notar und dessen konsultativer Mitwirkung;¹¹⁵ dies ist der wesentliche Gehalt dessen, was man unter notarieller Beurkundung versteht, der durch die Neuregelung fraglos verstärkt wird.

Die Verhandlung umfaßt stets die Verlesung des schriftlich formulierten Textes durch den Notar, § 8 BeurkG. Dies dient zum einen dazu, die konkreten Anknüpfungspunkte für die Aufklärungs- und Belehrungspflichten zu schaffen. Zum anderen soll die genaue Kenntnis der Beteiligten von allen Details ihrer Erklärungen, und auch die Selbstkontrolle des Notars, gewährleistet werden. Der Vertragstext fungiert sozusagen als Checkliste, die abgearbeitet wird, um über alle offenen - oder nur scheinbar geklärten - Punkte tatsächlich Einigung zu erzielen.

Die Verlesung hat, ebenso wie die abschließende Unterschrift der Beteiligten, die Funktion eines „settlement events“. Es entsteht durch diese Formalisierung des Vertragsschlusses eine Atmosphäre des „Jetzt oder Nie“.¹¹⁶ Die besondere Bedeutung des in dieser Weise formalisierten Vertragsabschlusses erlebt jeder Notar ständig.

- b) Notarielles Beurkundungsverfahren, in Anwesenheit der Beteiligten und des Notars als neutralem Rechtsberater, ist „vermittelndes Verfahren“, dem das „dialektische Verfahren“ der Vertretung jeder Vertragsseite durch ihren eigenen Rechtsberater gegenübergestellt wird. Beides sind mögliche Wege zum „richtigen Vertrag“.¹¹⁷ Die beiden Verfahren können, vergleicht man sie, allgemein betrachtet keine höhere „Richtigkeitsgewähr“ für sich beanspruchen.

Das vermittelnde Verfahren kommt vor allem immer dann in Frage, wenn zwischen den Beteiligten kein großer Interessenkonflikt, sachlich oder in Rechtsfragen, besteht; oder dann, wenn objektiv angemessene Lösungen von Interessengegensätze möglich sind und die Beteiligten

¹¹³ Sog. OLG-Vertretungsänderungsgesetz, BGBl. 2002 I, 2850.

¹¹⁴ Vgl. oben B I. 3., letzter Abs.

¹¹⁵ REITHMANN, aaO, 604.

¹¹⁶ WALZ, Verhandlungstechnik für Notare, aaO, 169 f.

¹¹⁷ KANZLEITER, aaO, 69, 77 ff.; REITHMANN, Der „richtige“ Bauträgervertrag, Festschrift für Johannes Bärmann und Hermann Weitnauer, München 1990, 513.

Vertrauen in den unparteiischen Rechtsberater setzen, daß er ihnen ausgewogene Lösungen vorschlägt. Dies ist die typische Situation bei Immobilienkaufverträgen, wie sie in der notariellen Praxis bei weitem überwiegen.¹¹⁸

Andererseits ist das „dialektische“ Verfahren zum Finden der „richtigen“ Vertragsbestimmungen dann überlegen, oder notwendig, wenn erhebliche wirtschaftliche oder rechtliche Interessenunterschiede, und damit Alternativen der Gestaltung, bestehen. Dies trifft – ein in der Praxis häufigeres Beispiel – etwa bei Kaufverträgen über ein Unternehmen zu. Der Unternehmenskaufvertrag ist ein komplexer Vertrag, der schwierige wirtschaftliche Verhältnisse auf dem Hintergrund eines typischerweise starken Interessengegensatzes zwischen Verkäufer und Käufer regelt. In solchen Fällen eher atypischer, „schwieriger“ Vertragsabschlüsse ist oft die Vertretung jeweils durch eigene rechtliche Berater die gebotene Maßnahme (was in der Regel die Beteiligten auch selbst erkennen). Besteht in solchen Situationen gesetzlich notarielle Beurkundungspflicht, hat der Notar die Aufgabe des „Moderators“.¹¹⁹

2. Vertragliche „Disparität“ ist eines der grundlegenden Probleme des modernen Vertragsrechts, wie im vorangegangenen Teil C ausgeführt und belegt. Notarielle Beurkundung löst dieses Problem weitgehend, oder reduziert es zumindest ganz erheblich.

a) „Gestörte Vertragsparität“, „fremdbestimmendes Übergewicht eines Vertragsteiles“¹²⁰ kann beruhen auf¹²¹

- faktischer Überlegenheit, der der andere Vertragspartner trotz Erkennens der Ungleichgewichtslage nicht entgegen kann oder
- „situativer“ Unterlegenheit eines Vertragsteils, der die „fremdbestimmende“ Interessendurchsetzung seines Vertragspartners nicht erkennt.

Wichtig ist insbesondere die zweite Rubrik: Fehlen notwendiger Informationen, intellektuelle Unterlegenheit, Unterlegenheit in der konkreten Verhandlungssituation.¹²²

b) § 17 Abs. 1 BeurkG verpflichtet den Notar zu sichern, daß der urkundlich niedergelegte Vertrag

- dem wahren Willen der Beteiligten entspricht,
- sachgerecht ist,
- dem Recht entspricht und klar abgefaßt ist und

¹¹⁸ KANZLEITER, aaO, 78 f.

¹¹⁹ KANZLEITER, aaO, 79.

¹²⁰ HÖNN, Kompensation gestörter Vertragsparität, aaO; LIMMER, Vertragsgerechtigkeit notarieller Urkunden und europäischer Verbraucherschutz, aaO; RICHTER, Rechtsgestaltende Funktion des Notars; jeweils passim.

¹²¹ So die zusammenfassende Analyse bei RICHTER, aaO, 21.

¹²² Weitere Differenzierungen bei LIMMER, aaO, 28.

- unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt.¹²³

Sowohl die ausnahmslose Unparteilichkeit des Notars wie auch dessen weitgespannte Prüfungs- und Belehrungspflichten schützen die Urkundsbeteiligten vor den Risiken offen oder latent vorhandener „Disparität“ der Vertragspositionen.

Auf dem Weg zum „richtigen Vertrag“ „filtert“ die notarielle Beurkundung den Vertragsinhalt.¹²⁴

Gewährleistet wird ein Vertrag, der „richtig“ im Sinn von „Rechtssicherheit“ ist. Es ist Hauptaufgabe des Notars, den vertragsrelevanten Sachverhalt zu ermitteln und die vertragsrelevanten Rechtsregeln anzuwenden, einschließlich Regelungen für den Fall von Leistungsstörungen und einschließlich dem Vertragsvollzug in den Registern, insbesondere Grundbuch und Handelsregister – wesentliches Moment der „Betreuung“ des Vertrags durch den Notar im Ganzen.

Gewährleistet wird weiter ein Vertrag, der so weit wie möglich „richtig“ im Sinn von „Vertragsgerechtigkeit“ ist. Die Verpflichtung zur Unparteilichkeit verbietet es dem Notar kategorisch, einseitig begünstigende oder unausgewogene Vertragsbestimmungen zu beurkunden. Der rein repressiv wirkenden richterlichen Inhaltskontrolle¹²⁵ ist damit die präventiv wirkende notarielle Inhaltskontrolle vorgeschaltet.

- c) Vertragsrecht bezieht oft neben den typischerweise relevanten Rechtsgebieten des materiellen Zivilrechts auch andere einschlägige Rechtsgebiete mit ein, vor allem das Steuerrecht. Steuerrechtliche Spezialkenntnisse werden zwar vom Notar nicht erwartet; er darf die Beteiligten an einen Steuerberater oder an die Finanzbehörde verweisen; einen entsprechenden Hinweis enthalten deutsche notarielle Vertragsurkunden sehr häufig.¹²⁶ Auch bereits allgemeine Erörterung und allgemeiner Hinweis lösen oft, wie die Praxis bestätigt, gezielte steuerliche Überprüfung aus (der Satz „Gefahr erkannt, Gefahr gebannt!“ gilt eben nicht nur im juristischen Studium!) - ein oft unschätzbare Beitrag zu der auch steuerlich „richtigen“ Vertragsgestaltung.

Analog gilt diese Erfahrung auch für andere spezielle Rechtsgebiete, nicht selten sogar auch für wirtschaftliche Fragen, die den beabsichtigten Vertrag beeinflussen oder fundieren.

3. Ergebnis notarieller Rechtsgestaltung im Vertragsrecht ist die Vertragsurkunde. Notarielle Rechtsgestaltung, auf der Grundlage von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit, liefert damit ein „Produkt“, das auf dem „Markt der Rechtsberatung und –dienstleistung“ ausschließlich vom Notar „angeboten“ werden

¹²³ RICHTER, aaO, 22; JERSCHKE, Die Wirklichkeit als Muster – der richtige Weg zum gerechten Vertrag, DNotZ-Sonderheft 1989, 21 ff., 23.

¹²⁴ RICHTER, aaO, 23.

¹²⁵ Oben C. III., 2.

¹²⁶ SPIEGELBERGER, in Beck'sches Notar-Handbuch, E, Rd.-Nrn. 12 f.

kann. Der „Mehrwert“ – im Sinn des Generalthemas dieses Kongresses - der notariellen Urkunde ergibt sich aus

- der Rechtswirksamkeit unter allen einschlägigen rechtlichen Aspekten,
- der sofortigen Vollstreckbarkeit, § 749 Abs. 1 Nr. 5 ZPO (die allerdings im deutschen Recht nur bei ausdrücklichem Ausspruch in der Urkunde, nicht per se, besteht),
- der erhöhten Beweiskraft insbesondere auch hinsichtlich Zeit und Ort der Beurkundung, §§ 415, 418 ZPO.

Es ist absehbar, und auch in Deutschland in konkreter Vorbereitung, daß der elektronische Vertragsabschluß als neues Medium in das notarielle „Repertoire“ aufgenommen wird. Das notarielle Verfahren und die Urkunde als dessen Abschluß dürfen dadurch nicht qualitativ verändert werden; die Besonderheiten notarieller Gestaltung gingen sonst verloren. Es geht dabei vor allem um die Sicherung des Vertragswillens der Beteiligten und der Kontrolle durch den Notar, ob Hinweise und Belehrungen von den Beteiligten tatsächlich auch verstanden wurden.¹²⁷

4. Die Garantien, welche die notarielle, unparteiliche Beurkundung im Vertragsrecht bietet, haben Grenzen.

Grenzen ergeben sich bereits aus dem nicht unbeschränkten Umfang der Prüfungs- und Belehrungspflichten des Notars. So bezieht sich anerkanntermaßen¹²⁸ die Belehrungspflicht des Notars nicht auf die wirtschaftliche Tragweite des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts. Der Notar ist nicht „Vormund“ der Beteiligten und nicht ihr Wirtschafts- oder Steuerberater.¹²⁹

Dasselbe gilt für die steuerliche Tragweite. Daß dessen ungeachtet der in der Praxis häufige Hinweis auf die Notwendigkeit spezieller steuerlicher Beratung sinnvoll ist, wurde gesagt.

Fall- und situationsabhängig ist im übrigen, allgemein gesprochen, das dem Prinzip der Vermittlung verpflichtete notarielle Beurkundungsverfahren nicht immer richtig oder ausreichend. Es wurde ausgeführt, daß vor allem bei komplexen Verträgen mit ausgeprägter Interessengegensätzlichkeit das „dialektische“ Verfahren separater rechtlicher Beratung den Vorzug verdienen kann.

Grenzen schließlich zieht das rechtsgrundsätzlich geltende, letztlich auch durch das deutsche Verfassungsrecht abgesicherte¹³⁰ Prinzip der Privatautonomie; die Vertragsfreiheit ist ein wesentliches Teilsegment hieraus. Hat, beispielsweise, der „unerfahrene“ oder „ungewandte“ Vertragsbeteiligte aufgrund notarieller Belehrung Situation und Rechtslage erkannt, so ist auch bei Einseitigkeit der von

¹²⁷ RICHTER, aaO, 31 m.w.N.

¹²⁸ Statt aller BERNHARD, in Beck'sches Notar-Handbuch, F, Rd.-Nr. 55; KEITEL/WINKLER, Rd.-Nrn. 89 ff. zu § 17 BeurkG.

¹²⁹ KEITEL/WINKLER, aaO, Rd.-Nr. 90 m.w.N.

¹³⁰ Vgl. – statt aller – MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, Kommentar zum Grundgesetz, fortlaufend erscheinend, Rd.-Nrn. 101 ff. zu Art. 2 GG

dem anderen Vertragsteil gestellten Vertragsbedingungen eine weitergehende Kontrolle und Einflußnahme durch den Notar ausgeschlossen. Der Notar ist dann buchstäblich „am Ende seines Lateins“; jeder Praktiker kennt dies. Es entsteht eine „offene“ Vertragssituation, welche „Disparität“ ausschließt.¹³¹ Daß der Vorbehalt der die Vertragsfreiheit rechtlich allgemein begrenzenden Generalklauseln § 134 BGB (Gesetzeswidrigkeit) und § 138 BGB (Verstoß gegen die guten Sitten; „ordre public“) immer gilt, versteht sich von selbst.

III. Unparteilichkeit des Notars als Garantie des Vertragsrecht – Versuch einer Wertung, sonstige Aspekte

1. Wertung bedeutet Abwägung von Vor- und Nachteilen. Die Einschaltung des Notars als neutralem, sachkundigem Mittler des Vertragsabschlusses sammelt nach dem Verständnis in Deutschland zwar auch einige Punkte auf der „Passivseite“; die Vorteile auf der „Aktivseite“ überwiegen jedoch bei weitem.
 - a) Auf der „Passivseite“ steht der gesetzliche Zwang zur notariellen Form, die dann nach deutschem Recht konstitutives Erfordernis der Rechtsgültigkeit des betreffenden Vertrags ist. Es besteht keine Wahlmöglichkeit; der Gang zum Notar ist unvermeidlich. Manche Kreise vor allem aus der Wirtschaft bedauern dies.

Damit zwangsläufig verbunden sind die durch die notarielle Beurkundung entstehenden Gebühren, die nach deutschem Kostenrecht wie ausgeführt nicht disponibel sind. Es ist heutzutage nicht zu verkennen, daß verstärktes „Kostenbewußtsein“ in der Wirtschaft Aversionen gegen den notariellen Formzwang und die sich daraus ergebende Kostenbelastung hervorrufen kann. Auf einfachere, oft nur in einer Paraphierung des anderweitig vorbereiteten Texts bestehende, kostengünstigere ausländische Beurkundungssysteme auszuweichen, ist daher in der Wirtschaft vor allem bei Großverträgen nicht unüblich.¹³²

Der Minuspunkt Kosten schwächt sich bei näherer Betrachtung sehr oft ab. Das Wertgebührensysteem des deutschen Kostenrechts sorgt dafür, daß wirtschaftliche Bedeutung des beurkundeten Rechtsgeschäfts und Kosten in angemessenem Verhältnis stehen. Beratung beider Vertragsseiten durch den Notar als gemeinsamen Rechtsberater verursacht jedenfalls in aller Regel deutlich geringere Kosten als die Hinzuziehung jeweils eines eigenen Beraters.¹³³

¹³¹ RICHTER, aaO, 22 f.

¹³² Zur Rechtswirksamkeit der „Auslandsbeurkundung“ gibt es eine ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, z.B. BGHZ 80, 78 f., die „Gleichwertigkeit“ des ausländischen Beurkundungsverfahrens fordert mit folgenden wesentlichen Kriterien: Prüfungs- und Belehrungspflicht; Feststellung der Identität der Beteiligten; Verhandlungsniederschrift; Vorlesen; Genehmigen; Unterzeichnen und Siegeln.

¹³³ Vgl. zu der auch im internationalen Vergleich für die Beteiligten vorteilhaften Gestaltung des deutschen Notargebührenrechts KANZLEITER, aaO, 80; SCHWACHTGEN, DNotZ 1999, 268, 270 f.; EUE, Rechtspflege oder Rechtsbesorgungsmarkt, aaO, 611 f. unter Hinweis auf eine Veröffentlichung in der Wirtschaftszeitschrift CAPITAL 9/1993, 199 ff. und ein Gutachten der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft KPMG.

Es bleibt anzumerken, daß die Notargebühren auch die in Deutschland zwingend vorgeschriebene (§§ 6 a], 19 a] Abs. 1 BNotO) Berufshaftpflichtversicherung des Notars enthalten. Die Versicherung kann zwar unmittelbar zum „richtigen“ Vertrag nichts beitragen, garantiert aber immerhin in den Fällen, in denen dieses Ziel wegen eines Fehlers des Notars nicht erreicht wurde, den Beteiligten den Ausgleich eines etwaigen Schadens.¹³⁴

b) Auf der „Aktivseite“ stehen alle rechtlichen und praktischen Vorteile der Vertragsgestaltung durch notarielle Beurkundung und deren „Ergebnisse“, der notariellen Urkunde, wie sie oben dargestellt wurden. Daß diese Vorteile durchschlagend sind, ergibt sich heutzutage vor allem aus ihrer direkten Konfrontation und dem Vergleich mit dem rechts-systematisch und praktisch abweichenden System des Verbraucherrechts auf europäischer Ebene. Dieses neu entstandene eigenständige Verbraucherrecht wird zusammengefaßt charakterisiert durch¹³⁵

- den Verbraucherbegriff
- den zwingenden Vertragsinhalt
- die Schriftform, verstanden als Verbraucherinformation
- die Statuierung von Überlegungsfristen und Widerrufs- oder Rücktrittsrechten.

Daß damit ein neues Vertragsrecht entstanden ist, das sich weitgehend vom bisherigen Verständnis des durch Privatautonomie bestimmten Vertragsrechts entfernt, wurde im allgemeinen vertragsrechtlichen Teil C dieses Berichts festgestellt, und kommentiert. Zusammengefaßt¹³⁶ unterliegen der Kritik vor allem: Die Aufspaltung des Vertragsrechts, je nachdem, ob ein „Verbraucher“ an dem Vertragsabschluß beteiligt ist oder nicht, mit allen Schwierigkeiten rechtssicherer Definition dieses Begriffs; der zwingende rechtliche Inhalt der Verbraucherverträge, wobei empirische und rechtliche Faßbarkeit einfach vorausgesetzt wird (problematisch insoweit beispielsweise die bekannte Time-Sharing-Regelung); die vorgeschriebene Schriftform zur Verbraucherinformation, mit der Tendenz zu ausufernden, an die US-Vertragspraxis erinnernden Vertragstexten; die Einführung von generellen Überlegungsfristen (entsprechend dem anglo-amerikanischen „cooling off“-Prinzip) sowie entsprechenden Widerrufs- oder Rücktrittsrechten, um den Preis erheblicher Rechtsunsicherheit, letzteres wahrscheinlich der wichtigste Kritikpunkt.

c) Beurkundung durch den Notar als unparteilichem Mittler zwischen den Vertragsbeteiligten macht derartige drastische und rechtlich unbefriedigende Eingriffe in das Vertragsrecht überflüssig. Es kann kein Zweifel daran bestehen, daß notarielle Verträge hinsichtlich ihrer „inneren Vertragsgerechtigkeit“ eine „größere Parität“ aufweisen als nicht beurkun-

¹³⁴ Berechtigter Hinweis bei KANZLEITER, aaO, 82, der die Notare im übrigen für den „am besten versicherten Berufsstand“ erklärt! Diese Einschätzung dürfte zutreffen.

¹³⁵ Übersicht, mit den wichtigsten Richtlinien der EU zum Verbraucherrecht, bei RICHTER, Rechtsgestaltende Funktion des Notars, aaO, 25.

¹³⁶ RICHTER, aaO, 26 ff.

dete Verträge, durch maßgebliche Unterstützung der privaten „Selbststeuerungsmechanismen“.¹³⁷

Notarielle Verträge passen sich im übrigen flexibel und schnell an sich wandelnde Gerechtigkeitsmaßstäbe an. Die deutschen Notarkammern reagieren seit jeher rasch mit entsprechenden Direktiven auf neue Vertragsgestaltungen der Wirtschaft, die besondere Schutzbedürfnisse auslösen. Dies war beispielsweise im Bauträgerrecht festzustellen. Eine derartig schnelle Reaktion auf neue Gestaltungs- und Anlagemodelle – und auch Mißstände – ermöglicht kein gesetzgeberisches Verfahren, erst recht nicht die erst Jahre später urteilende Rechtsprechung.¹³⁸ Der notarielle Vertrag ist auch unter dem Aspekt rascher Aktualisierung der Vertragsinhalte¹³⁹ überlegen.

2. Die unparteiische Rechtsberatung¹⁴⁰ und Rechtsgestaltung durch den Notar bezweckt Konfliktvermeidung. Sie nimmt die streitentscheidende richterliche Funktion auf der Ebene des freiwilligen Konsenses vorweg. Sie wirkt gerichtsentlastend.¹⁴¹ Sie wirkt präventiv, im Vorfeld, im Gegensatz zum europäischen Verbraucherrecht, das zwingende Vertragsinhalte statuiert und im übrigen auf den Rechtsweg verweist.

Von dieser besonderen, unparteilichen Berater-Stellung und -funktion des Notars nehmen auch neue, teilweise noch nicht im einzelnen realisierte, aber „fertig“ konzipierte Formen notarieller Tätigkeit ihren Ausgang.

- a) Gemäß § 8 Abs. 4 BNotO ist es dem deutschen Notar ausdrücklich gestattet, als Schiedsrichter tätig zu sein. Die Bundesnotarkammer hat im Jahr 2000 eine Schiedsvereinbarung, mit Verfahrens- und Kostenvereinbarung, beschlossen, die es dem Notar ermöglicht, als Schiedsrichter gemäß standardisierter Verfahrensordnung tätig zu werden. Schiedsgerichte eignen sich vor allem dort, wo besondere Sachkunde erforderlich ist. Sie erfordern eine Schiedsvereinbarung, die den ordentlichen Rechtsweg ausdrücklich ausschließt.

Als wesentliche Beispiele für notarielle Schiedsgerichtsbarkeit werden genannt¹⁴² Wirtschaftsrecht, einschließlich privatem Baurecht; Gesellschaftsrecht, Erbrecht. In letzterer Beziehung sind für die Praxis sehr interessant letztwillige Schiedsklauseln insbesondere für Auslegungs- und Gültigkeitsfragen bei Verfügungen von Todes wegen.¹⁴³

¹³⁷ LIMMER, aaO, 39 ff., m.w.N.

¹³⁸ LIMMER, aaO, 41 f., m.w.N.

¹³⁹ WAGNER, Beratung und Mediation als Beitrag des Notariats zur Streitverhütung, XXIII. Internationaler Kongreß des Lateinischen Notariats in Athen, 2001, Bericht I, 38, spricht von „Vertrags-Controlling“.

¹⁴⁰ Vgl. GAUPP, Rechtsberatung durch den Notar bei Übertragung von Immobilien, Notarius International, Vol. 4, 1999, 73.

¹⁴¹ RICHTER, Vorsorge als Prinzip einer sozialen Rechtsordnung in Europa, aaO, 63.

¹⁴² Vgl. im einzelnen WAGNER, aaO, 67, 70 ff. mit umfassenden Nachweisen.

¹⁴³ Vgl. NIEDER, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. Aufl., 2000, Rd.-Nrn. 1019 ff.

- b) Mediation – ein viel diskutiertes Thema, dessen praktische Bedeutung allerdings bis jetzt noch nicht dem Umfang der Diskussion entspricht. Ziel ist, allgemein gesprochen, die Herbeiführung eines Interessenausgleichs auf - im Unterschied zum Schiedsverfahren - nicht (ausschließlich) juristischer Basis, durch Herstellen einer „win-win-Situation“, in der sich jeder der Beteiligten berechtigterweise Vorteile verspricht.¹⁴⁴

Anwendungsgebiete sind vor allem¹⁴⁵ Familienmediation; Mediation im Verwaltungs-, insbesondere Umweltrecht, auch in Großverfahren¹⁴⁶; Mediation im Wirtschaftsrecht; Mediation bei Neuverhandlung zivilrechtlicher Verträge, wenn Neuverhandlungen über langfristige und komplexe Verträge (Beispiel: gewerbliche Mietverträge) scheitern und Gerichtsverfahren zur Vertragsanpassung drohen.

Von Mediationsverfahren wird durchweg keine definitive Lösung erwartet. Der Mediator hat keine Entscheidungsbefugnis, wie ein staatliches oder ein Schiedsgericht. Oft wird der Schwerpunkt der Mediation darin liegen, neue Lösungswege aufzuzeigen, an welche die Beteiligten selbst nach ihrer zunächst gegebenen Interessenlage nicht gedacht haben.

Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Mittler-Erfahrung prädestinieren den Notar für diese Aufgabe. Auf Gesamtdarstellungen zum Thema Mediation darf im übrigen verwiesen werden.¹⁴⁷

IV. Fazit, Perspektiven

Einige abschließende Feststellungen und ein Ausblick seien erlaubt.

1. Das Notariat kontinentaleuropäischer Prägung, das die U.I.N.L. repräsentiert, sieht sich konfrontiert mit verschiedenen Entwicklungstendenzen. Es geht dabei zum einen um zunehmende Liberalisierung und Deregulierung in ihren Auswirkungen auf das Vertragsrecht wie auch auf den berufsrechtlichen Status des Notars. Es geht zum anderen aber auch um notwendige Grenzen der Vertragsfreiheit und um Wege, diese Grenzen im praktischen Vertragsrecht zu realisieren.

„Deregulierung“ ist zeitgemäß und wird publikumswirksam propagiert. „Nobelpreisträger für Deregulierung“ – so die Überschrift eines Artikels in einer maßgeblichen deutschen Tageszeitung, Wirtschaftsteil, am 07. November 2003; der Nobelpreisträger für Wirtschaftswissenschaften James Buchanan fordert in einem Vortrag vor einem der angesehensten deutschen Wirtschaftsforschungs-

¹⁴⁴ WAGNER, aaO, Rd.-Nr. 125.

¹⁴⁵ Umfassende Darstellung bei WAGNER, aaO, 41 ff., Rd.-Nrn. 119 ff.

¹⁴⁶ Vgl. aus jüngster Zeit den Fluglärm-Konflikt um den Flughafen Zürich, der die Verkehrsminister Stolpe in Berlin und Leuenberger in Bern stark beschäftigt. Ein Mediationsverfahren wurde eingeleitet. „Das Mediationsverfahren bestimmt über die Dauer der Süd-Anflüge“, Neue Zürcher Zeitung, Nr. 259 vom 07.11.2003, 15 und Nr. 260 vom 08./09.11.2003, 57. Verkehrsminister Leuenberger dort im Interview: Mediation könne Lösungen zeigen, es werde „die professionelle Kunst dieser Mediation sein, diese Verstimmung zum Verschwinden zu bringen“.

¹⁴⁷ Umfassend WAGNER, aaO, 40 ff., Rd.-Nrn. 109 ff., mit umfangreichen Nachweisen.

institute, „der Vertragsfreiheit in der Wirtschaft mehr Geltung zu verschaffen“.¹⁴⁸ Der Appell ist typisches Signal in heutiger Zeit, die wirtschaftlich und auch rechtlich weltweit, unter Einschluß der früheren sozialistischen Staaten, von Internationalisierung und Globalisierung geprägt wird.

Die rechtsberatenden Berufe nehmen an diesen Tendenzen teil. Sie waren wichtiger Gegenstand des Internationalen Forums beim XXIII. Internationalen Kongreß des Lateinischen Notariats in Athen 2001. Dort wurde¹⁴⁹ der zunehmende Einfluß des Common Law hervorgehoben; die das Common Law betonende Macht der World Trade Organisation (WTO); die immer ausgeprägtere Etablierung britischer und amerikanischer (multidisziplinärer) Großkanzleien auch in den Ländern des traditionellen lateinischen Notariats, in Europa und Südamerika.¹⁵⁰

Die Europäische Union verfolgt systematisch die Deregulierung auch der rechtsberatenden Berufe. Dies ist derzeit (Ende des Jahres 2003) besonders aktuell. Wettbewerbs-Kommissar MONTI kündigt zum Abschluß einer Konferenz zum Thema „Regulierung der freien Berufe“ Ende Oktober 2003 an, daß die Kommission „im Lichte der Erkenntnisse der Konferenz“ und „durchgeführter Konsultationsverfahren“ sämtliche nationalen berufsständischen Regeln auf ihre Vereinbarkeit mit europäischem Wettbewerbsrecht überprüfen werde. MONTI hebt als Untersuchungsschwerpunkte Gebührenordnungen und Werbeverbote sowie Verbote multidisziplinärer Partnerschaften hervor, die er als „schwerlich zu rechtfertigen“ ansieht.¹⁵¹

Ausgleichendes Gegengewicht sollen nach EU-Konzept dem Verbraucherschutz verpflichtete Vertragsmodelle sein, wie sie erörtert wurden; als Stichworte seien nochmals Schriftlichkeit, dokumentierte Information, Widerrufsrechte, gerichtliche Inhaltskontrolle und letztlich gerichtliche Entscheidung im Streitverfahren genannt. Die vorsorgende Rechtspflege durch den vertragsgestaltenden Notar tritt in den Hintergrund.

2. Das europäische, das deutsche Notariat macht sich über die Zukunft seines Berufsstands auf diesem aktuellen Hintergrund ernste Sorgen.¹⁵² Es rückt

¹⁴⁸ Vortrag vor dem WALTER-EUCKEN-INSTITUT in Freiburg/Breisgau. Frankfurter Allgemeine Zeitung, Nr. 259, vom 07.11.2003, 15. – Vgl. dagegen HELMUT SCHMIDT, deutscher Bundeskanzler 1974 – 1982, „Das Gesetz des Dschungels ... Der Raubtierkapitalismus bedroht die offene Gesellschaft ...“; Die Zeit, Nr. 50 vom 04.12.2003, 21 f.

¹⁴⁹ TALPIS, schriftliche Zusammenfassung der „Einführung“ zu dem Thema, aaO.

¹⁵⁰ Umfassend, aus der praktischen Erfahrung des in einer Großkanzlei tätigen Wirtschaftsanzwalts, dazu de LOUSANOFF, aaO, passim.

¹⁵¹ Vgl. „Europa im Überblick“, 33/2003, vom 29.10.2003, des DeutschenAnwaltVerein, Büro Brüssel, sowie DAV-Depesche, 40/03, vom 23.10.2003; LÜHN, EU-Kommission: Berufsrecht hemmt den Wettbewerb?, DeutscherAnwaltVerein, Anwaltsblatt Dezember 2003, 688 ff.; BNotKIntern 6/2003, 6 ff., Bericht über die Konferenz der Europäischen Kommission zur Regulierung der freien Berufe mit dem alarmierenden Gesamteindruck...“ daß das Notariat zwischen die Räder einer Entwicklung geraten ist, die nicht nur bestimmte Berufsgruppen betrifft, sondern die Verfassung der Gemeinwesen in Europa überhaupt“.

¹⁵² Beiträge aus den letzten Jahren: „Zukunftsfragen des Notariats – Aktuelle Reformthesen vor dem Hintergrund der europäischen Entwicklung“, 26. Deutscher Notartag, Dresden, 2002, DNotZ-Sonderheft, 219 ff.; „Die Zukunftsperspektiven des Notariats – öffentliches Amt und freiberufliche Strukturen“, Deutscher Notartag, Münster 1998, Vorträge HECKSCHEN und EULE, DNotZ-Sonderheft, 308

demgegenüber seine institutionellen und funktionellen Besonderheiten in den Vordergrund, sonach die spezifischen berufsrechtlichen Aspekte, die den Notar von den anderen rechts- und wirtschaftsberatenden Berufen positiv unterscheiden und abgrenzen. Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars stehen dabei im Vordergrund.

Das öffentliche Interesse am Amt des Notars wird als zu gering beurteilt. Soweit diese Wahrnehmung jedoch erfolgt, bezieht sie sich bemerkenswerterweise in erster Linie auf seine Unabhängigkeit und Unparteilichkeit. Diese besonderen Vorzüge und Sicherheiten des Notariats für die Beteiligten weiß die Öffentlichkeit sehr wohl zu schätzen!¹⁵³

Das in den letzten Jahren novellierte deutsche Notarrecht sichert an vorderster Stelle Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars gerade auch im Hinblick auf aktuelle Entwicklungen der rechtsberatenden Berufe. Das deutsche Notarrecht anerkennt und betont das Primat der Vertragsfreiheit. Das deutsche Notarrecht stellt als effizientes Instrument, Verwerfungen des Vertragsrechts entgegenzuwirken, das streitvermeidende Konsultationsverfahren der notariellen Beurkundung zur Verfügung und bietet als dessen Produkt die in vielen Zusammenhängen überlegene notarielle Urkunde.

Die Unparteilichkeit des Notars, als Garantie des Vertragsrechts, ist in Deutschland, und Europa, ein traditioneller Wert der Rechtskultur. Die legislativen Fortentwicklungen in den letzten Jahren beweisen dessen Anpassungsfähigkeit. Um so mehr ist dieser Wert erhaltenswürdig.

Nicht immer ist Neues das tatsächlich Bessere. Wahrscheinlich trifft die warnende Feststellung von STÜRNER - in etwas anderem, aber grundsätzlich vergleichbarem Zusammenhang¹⁵⁴ - auch hier das Richtige: „Oft geht es in (den) Sozialwissenschaften mehr darum, alte Weisheit lebendig zu erhalten und für die äußeren Veränderungen der Gegenwart fruchtbar zu machen, als wirklich Neues zu ersinnen, das sich dann gemessen an den langen Traditionen menschlichen Ringens um Gerechtigkeit rasch als Narrentum auf eigene Hand erweisen könnte.“

ff.; HELLGE, ZNotP 2000, 306; OTT, Das Notariat im Spannungsfeld von überliefertem Rechtsstatus und wirtschaftlicher Entwicklung, Sonderheft 2001 100-Jahre Deutsche Notar-Zeitschrift, 83 ff.

¹⁵³ WAGNER, aaO, 78, Rd.-Nr. 259; Feststellungen über die zu geringe öffentliche Präsenz des Notariats, international bei TALPIS, aaO, Kongreß Athen.

¹⁵⁴ Unabhängigkeit der Richter aus der Sicht der Wissenschaft, Mitteilungen der Bundesrechtsanwaltskammer, 5/2003, vom 15.10.2003, 214.

ZUSAMMENFASSUNG

Internationalisierung und Globalisierung haben auch vor der Rechtsberatung nicht Halt gemacht und wirken sich aus. Common Law und multidisziplinäre Großkanzleien sind im Vordringen.

Auf europäischer Ebene, dem folgend auch Deutschland, unterliegt Rechtsberatung zunehmend der Deregulierung und Liberalisierung. Andererseits wächst die Bedeutung des Verbraucherschutzes, mit wesentlichem Einfluß auf den Inhalt der Verträge.

Um so wichtiger sind die Garantien, die der Notar durch seine Unparteilichkeit für den „richtigen Vertrag“ gibt.

1. Die Unparteilichkeit des Notars ist die wesentliche statusbildende Berufsgrundlage.

Sie wird gesichert durch Gesetz und Berufsrecht und gilt in Deutschland für alle Formen des Notarberufs, auch für den Notar, der gleichzeitig Rechtsanwalt ist („Anwaltsnotar“).

Die Unparteilichkeit grenzt den Notar gegenüber den anderen rechts- und wirtschaftsberatenden Berufen ab, vor allem gegenüber dem Rechtsanwalt. Von besonderem aktuellem Interesse sind Parallelen zwischen Notar und Wirtschaftsprüfer. Beim Wirtschaftsprüfer wird derzeit international das Verbot gleichzeitiger Prüfung und Beratung zur Wahrung der Unparteilichkeit gesetzlich bestimmt, und praktisch bereits umgesetzt.

2. Es bestehen strenge normative Sicherungen der Unparteilichkeit des Notars.

Dies gilt ebenso für die Berufsausübung allgemein wie für Modalitäten des Beurkundungsverfahrens im Einzelnen.

Gesetzlich garantiert wird die Unparteilichkeit des Notars vor allem auch bei Ausübung mehrfacher beruflicher Funktionen (Anwaltsnotar) sowie bei Berufsverbindungen (Sozietäten).

Neuregelungen des deutschen notariellen Berufsrechts der letzten Jahre dienen vor allem dem Zweck, die Unparteilichkeit des Notars in solchen Zusammenhängen zu sichern.

Das wirtschaftliche Umfeld, in dem der Notar arbeitet, ist schwieriger geworden, ebenso die Gefährdung seiner Unparteilichkeit durch wirtschaftliche Abhängigkeiten. Notarielle Unparteilichkeit hat sich gerade dabei zu bewähren. Beruf und Amt des Notars würden sich sonst selbst aufgeben.

3. **Notartätigkeit in Deutschland ist vor allem Anwendung von Vertragsrecht.**

Grundlage des deutschen Vertragsrechts ist das Prinzip der Vertragsfreiheit, der Privatautonomie. Daß dieses Prinzip nicht einschränkungslos gilt und ein Spannungsfeld zwischen formaler Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit besteht, ist allgemein anerkannt. Vertragsfreiheit wird unter dem Aspekt inhaltlicher Richtigkeit korrigiert.

Es gibt verschiedene Lösungswege. Die Kommissionen der Europäischen Union bevorzugen gesetzliche Eingriffe im Interesse des Verbraucherschutzes. Form-, Informations-, Widerrufs-Bestimmungen werden vorgegeben, die in breitem Umfang Eingang in die nationalen Rechtssysteme gefunden haben, auch in das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch. Die Rechtsprechung korrigiert den Inhalt belastender, „ungleichgewichtiger“ Verträge und bestimmt die Rechtsfolge der Vertragsnichtigkeit.

Die **notarielle Beurkundung** von Verträgen ist ein weiterer, **besonderer** Weg zur Vertragsrichtigkeit. Im Vergleich zu gesetzlichen Restriktionen und richterlicher Inhaltskontrolle bietet dieser Weg entscheidende Vorteile.

4. **Der Notar ist Garant des Vertragsrechts.**

Die Kompetenz-Zuweisungen an den Notar trifft das Gesetz. Gesetzlicher Zweck der notariellen Beurkundung ist die Sicherung ausreichender Überlegung; die Sicherung des Beweises; die Sicherung ausreichender Information.

Die unparteiliche notarielle Vertragsbeurkundung wirkt damit als **Garantie des Vertragsrechts**. Sie ruht auf den Grundpfeilern der **unparteilichen** Stellung des Notars und seiner Pflicht zu **unparteilicher** umfassender Prüfung und Information. „Disparität“ bei Vertragsabschlüssen wird damit weitestmöglich vermieden.

Das notarielle Verfahren hat als Ergebnis die **notarielle Urkunde** mit entscheidenden Vorteilen: Rechtswirksamkeit unter allen einschlägigen rechtlichen Aspekten, Vollstreckbarkeit, Beweiskraft.

Auch bei kritischer Bestandsaufnahme, der das europäische Notariat derzeit verstärkt ausgesetzt ist, überwiegen die Vorteile notarieller Vertragsbeurkundung. Das deutsche Notariat ist, gestützt vor allem auf seine **Unparteilichkeit** und **Unabhängigkeit**, von seiner Zukunftsperspektive überzeugt!