

XXV. INTERNATIONALER KONGRESS DES LATEINISCHEN NOTARIATS
MADRID / SPANIEN
3. 10. - 6. 10. 2007

I. THEMA

DIE NOTARIELLE URKUNDE - **EIN BEITRAG ZUR ENTWICKLUNG** **DER GESELLSCHAFT**

BERICHTERSTATTER:

Dr. Stefan Bandel
Notar in Deggendorf
Pfleggasse 9
D-94469 Deggendorf
Tel.: (49) (0991) 3733220
EMail: info@notar-bandel.de

GLIEDERUNG

Einleitung.....	1
A. Die notarielle Urkunde: Rechtliche Bedeutung, Arten von Urkunden und Anwendungsbereiche	2
I. Rechtliche Bedeutung.....	2
1. Wirksamkeitsvoraussetzung	2
2. Beweismittel.....	3
a) Notariell beurkundete Erklärungen:	3
b) Notarielle Urkunden mit anderem Inhalt	4
c) Öffentliche elektronische Dokumente	4
d) Ausländische notarielle Urkunden	5
3. Vollstreckungstitel	5
II. Arten von Urkunden.....	6
1. Notarielle Beurkundung von Willenserklärungen	6
2. Niederschriften über andere Erklärungen als Willenserklärungen sowie sonstige Tatsachen oder Vorgänge	7
3. Vermerke	8
a) Beglaubigungen und sonstige Zeugnisse, § 39 BeurkG.....	8
aa) Beglaubigung einer Unterschrift, § 40 BeurkG	8
bb) Beglaubigung einer Abschrift, § 42 BeurkG	9
b) Einfache elektronische Zeugnisse, § 39 a BeurkG	9
III. Anwendungsbereiche für notarielle Urkunden	9
1. Vorgeschriebene Wirksamkeitsvoraussetzung	9
a) Grundstücksverkehr	10
aa) Veräußerung von Grundbesitz und grundstücks- gleichen Rechten	10
bb) Formfreiheit sonstiger grundstücksbezogener Rechtsge- schäfte	11
cc) Zwangsvollstreckungsunterwerfung, §§ 800, 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO	12
b) Sonstige Formvorschriften in Schuld- und Sachenrecht.....	12
c) Familienrecht.....	13
aa) Eheverträge, Lebenspartnerschaftsverträge, Scheidungsvereinbarungen etc.:.....	13

bb)	Kindschaft.....	14
d)	Erbrecht.....	15
aa)	Bindende Rechtsgeschäfte über Erbrecht zu Lebzeiten.....	15
bb)	Erbschafts Kauf und Verfügung über Erbteile	15
cc)	Erklärungen gegenüber dem Nachlassgericht.....	16
dd)	Testament	16
e)	Juristische Personen, Gesellschaftsrecht.....	16
aa)	Recht der Aktiengesellschaft (AG) und der Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA)	17
bb)	Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)	17
f)	Sonstiges Unternehmensrecht	19
2.	Vorgeschriebenes Beweismittel	19
a)	Öffentliche Beglaubigung im BGB	19
b)	Grundbuchrecht, § 29 GBO.....	19
c)	Registerrecht, §§ 77 BGB, 12 HGB, 5 Abs. 2 PartGG, 157 GenG ..	19
3.	Freiwillige Nutzung.....	20
a)	Trotz Formfreiheit	20
b)	Beurkundung statt Beglaubigung.....	20
IV.	Gerichtsfunktionen der Amtsnotare	21
B.	Der Beitrag der notariellen Urkunde zur Entwicklung der Gesellschaft.....	21
I.	Der Beitrag zur Entwicklung des Rechts.....	22
1.	Bauträgervertrag gestern und heute	23
2.	Bündelung durch Kammertätigkeit	26
3.	Beiträge zur wissenschaftlichen Durchdringung	27
a)	Veröffentlichungen der Notare zur Kautelarpraxis und zur Rechtswissenschaft.....	27
b)	Die Arbeit des Deutschen Notarinstituts (DNotI).....	27
c)	Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e.V. (NotRV).....	29
II.	Der Beitrag zum Rechtsfrieden.....	30
1.	Rechtsklarheit und Rechtssicherheit	30
a)	Klarheit der Feststellungen.....	31
b)	Klarheit der rechtlichen Bedeutung und Wirksamkeit	31
c)	Dauerhaftigkeit	32
2.	Fairness	33

3.	Streitschlichtung und Streitvermeidung.....	36
4.	Durchsetzbarkeit	37
III.	Der Beitrag zur Übernahme technologischer Entwicklungen	38
1.	Zentrales Vorsorgeregister, Testamentsregister	38
2.	Notarnetz	39
3.	Elektronischer Rechtsverkehr, insbesondere Handels- registeranmeldungen.....	40
IV.	Der Beitrag im System der Kreditsicherheiten	42
1.	Grundbuchsystem	43
2.	Vollstreckungstitel	44
V.	Der Beitrag zur Erfüllung des staatlichen Infor- mations-bedürfnisses/Mitwirkung im System der Abgabenerhe- bung, Entlastung staatlicher Stellen.....	44
1.	Grunderwerbsteuer	45
2.	Schenkungssteuer	46
3.	Körperschaftsteuer.....	46
4.	Geldwäsche	47
5.	Gutachterausschuss	47
VI.	Der Beitrag zur internationalen Rechtsanwendung	48
1.	Internationalisierung der notariellen Urkunde.....	49
2.	Internationale Programme.....	51
3.	Deutsches Notarinstitut	51
C.	Die wirtschaftliche Bedeutung der notariellen Amtstätigkeit für die Entwicklung der Gesellschaft	52
I.	Weltbankberichte: Recht als Wirtschaftsfaktor.....	53
1.	Gründung eines Unternehmens („Starting a Business“).....	54
a)	Die Fallstudie.....	54
b)	Bewertung im Bericht	55
c)	Kritik des Berichts.....	56
d)	Verbesserungen im deutschen Rechtssystem	59
e)	Gesamtkritik	62
2.	Erwerb einer Immobilie	67
a)	Die Fallstudie.....	67
b)	Bewertung im Bericht	68

c) Kritik des Berichts.....	69
d) Verbesserungen im deutschen Rechtssystem	74
e) Gesamtkritik	76
II. Wirtschaftliche Gesamtbetrachtung	79
1. Der ökonomische Wert des Beitrags der notariellen Tätigkeit zur Entwicklung der Gesellschaft	80
a) Die wirtschaftliche Dimension der Entwicklung des Rechts.....	80
b) Die wirtschaftliche Dimension von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden.....	80
c) Die wirtschaftliche Dimension von verlässlichen Registern	81
d) Die wirtschaftliche Dimension effektiver Rechtsdurchsetzung.....	81
e) Die wirtschaftliche Dimension einer „Teilprivatisierung“ staatlicher Aufgaben	81
2. Leichtigkeit und Schnelligkeit	82
3. Rechtlicher Paternalismus: Eine ökonomische Rechtfertigung für Formerfordernisse?	83
4. Der Notar als Teil der Staatsgewalt: Schutzfunktion und der makroökonomische Blickwinkel.....	85
a) Der Schutz der Schwachen: Guter Rechtsrat für alle	86
b) Staatliche Aufgabenerfüllung.....	87
c) Rechtsvereinheitlichung und Rechtsqualität	88
D. Fazit.....	89

DIE NOTARIELLE URKUNDE - EIN BEITRAG ZUR ENTWICKLUNG DER GESELLSCHAFT

Einleitung

Der Titel dieses Berichts lässt erwarten, dass die notarielle Urkunde und die Amtstätigkeit des Notars, deren Ergebnis die notarielle Urkunde ist, einen Beitrag zur Entwicklung der Gesellschaft leisten. Diese Erwartung wird im Folgenden nicht enttäuscht.

Nach einer Einführung (Teil A), in der dargestellt wird, welche Arten der notariellen Urkunde das deutsche Recht kennt und in welchen Bereichen notarielle Urkunden Verwendung finden, wird in Teil B anhand von Beispielen beleuchtet, wie die notarielle Amtstätigkeit zu Entwicklungen der Rechtsordnung beigetragen hat, zum aktuellen Funktionieren beiträgt und Aufgaben des Staates erfüllt. Dargestellt wird die notarielle Aufgabe, dem schwächeren Vertragsteil - nicht notwendig ein Verbraucher - ausreichend Schutz zu bieten. Diese Schutzfunktion wurde in jüngster Zeit neu betont. Aufgezeigt wird auch, dass das deutsche Notariat die Entwicklung des Rechts auf allen Ebenen durch Initiativen fördert, sei es durch Mitwirkung an nationaler und übernationaler Gesetzgebung, durch die wissenschaftliche Durchdringung des Rechts oder durch dessen Aufbereitung zur praktischen Anwendung, insbesondere durch die Arbeit des Deutschen Notarinstituts (DNotI).

Die notarielle Urkunde als inhaltlich klares, dauerhaftes Dokument mit einem einfach durchsetzbaren und in der Regel fairen Inhalt sichert den Rechtsfrieden. Mit zentralen Registern arbeitet das Notariat daran, diese Funktion durch eine verbesserte Auffindbarkeit wichtiger Dokumente (Vorsorgevollmachten, Betreuungsverfügungen, künftig ggf. letztwillige Verfügungen) zu stärken. Gleichzeitig gilt es, diese Qualitäten der notariellen Urkunde nicht beim Einsatz neuer Techniken zu opfern, sondern auch in diesem Einsatzbereich zu bieten.

Die notarielle Dokumentation und deren Weitergabe entlastet den Staat in Teilbereichen erheblich von sonst anderweitig notwendiger Informationsbeschaffung, z.B. bei der Steuererhebung oder der Geldwäsche und der notwendigen Identifizierung von Personen.

All dies beschränkt sich nicht auf rein deutsche Sachverhalte. Vielmehr trägt die Arbeit der deutschen Notare in jüngerer Zeit gerade auch der Zunahme von grenzüberschreitenden Sachverhalten Rechnung.

In Teil C wird dann die wirtschaftliche Bedeutung der notariellen Amtstätigkeit untersucht. Nachdem die Weltbankberichte „Doing Business 2004 ff.“ die notarielle Formpflicht als wirtschaftlich nachteilig eingestuft haben, ist zunächst zu klären, in wieweit diese These der Weltbank durch deren Untersuchung gestützt wird. Hierbei wird sich zeigen, dass die Untersuchung der Weltbank in Bezug auf Deutschland erhebliche sachliche Fehler aufweist und seinem eigenen Anspruch, den Sachverhalt wirtschaftlich zu werten, nicht gerecht wird. Im Anschluss daran werden einige Aspekte aufgezeigt, die bei einer wirtschaftlichen Bewertung der notariellen Urkunde positiv zu berücksichtigen sind. Daraus ergibt sich dann als Fazit, dass die notarielle Urkunde in Deutschland einen erheblichen Beitrag zur Entwicklung der Gesellschaft geleistet hat und leisten wird, und zwar einen, der sich auch wirtschaftlich positiv auswirkt.

A.

Die notarielle Urkunde:

Rechtliche Bedeutung, Arten von Urkunden und Anwendungsbereiche

I.

Rechtliche Bedeutung

Der notariellen Urkunde kommt im deutschen Recht in unterschiedlichster Form rechtliche Bedeutung zu.

1. Wirksamkeitsvoraussetzung

Die notarielle Urkunde ist als Form, die nach materiellem Recht zu beachten ist, Wirksamkeitsvoraussetzung von Rechtsgeschäften. Regelmäßig ist die notarielle Beurkundung gesetzlich angeordnete Wirksamkeitsvoraussetzung, vereinzelt aber auch die notarielle

Beglaubigung^{1.2} Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig³, § 125 Satz 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).

Ob eine vor einem anderem als einem deutschen Notar errichtete Urkunde die gesetzliche Formvorschrift erfüllt und damit zu einem wirksamen Rechtsgeschäft führt, wird in Bezug auf die einzelnen Formvorschriften unterschiedlich und zudem insbesondere im Gesellschaftsrecht äußerst kontrovers beurteilt. Für die Beurkundung von Erklärungen im Ausland hat der Bundesgerichtshof schon früh in einem obiter dictum gefordert, dass die ausländische Urkundsperson nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeit des deutschen Notars entsprechende Funktion ausüben und ein Verfahrensrecht beachten muss, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspricht.⁴

2. Beweismittel

Die notarielle Urkunde ist ein besonders sicheres Beweismittel im gerichtlichen Verfahren.

a) Notariell beurkundete Erklärungen:

Gemäß § 415 Zivilprozessordnung (ZPO) begründet die Urschrift oder beglaubigte Abschrift (§ 435 ZPO) einer ordnungsgemäß notariell beurkundeten Erklärung den vollen Beweis des durch den Notar beurkundeten Vorgangs mit der Folge, dass eine gegenteilige Überzeugung des Richters insoweit keine Rolle spielt.⁵ Dies gilt einerseits für den Beweis der

¹ Z.B. bei der Ausschlagung von Erbschaften, §§ 1945 Abs. 1 und 3, bei Vollmachten zur Gründung einer GmbH oder AG, §§ 23 Abs. 1 Satz 2 AktG und § 2 Abs. 2 GmbHG, Erklärung zur Übernahme eines Geschäftsanteils aus einer Kapitalerhöhung, § 55 Abs. 1 GmbHG.

² Vgl. zu den unterschiedlichen Arten notarieller Urkunden nachfolgend Ziff. II.

³ Diese Nichtigkeit ist nicht stets endgültig, sondern kann in einzelnen vom Gesetz angeordneten Fällen durch nachfolgende Ereignisse geheilt werden, z.B. § 311 b Abs. 1 Satz 2 BGB, § 15 Abs. 3, 4 GmbHG. Weitergehend erfolgt die Heilung in vielen Bereichen des Gesellschaftsrechts, wenn Eintragungen in das entsprechende Register erfolgen.

⁴ BGHZ 80, 76, 78 = NJW 1981, 1160

⁵ Musielak/Huber, § 415 ZPO Rz. 8.

Vollständigkeit und Richtigkeit der beurkundeten Erklärung,⁶ andererseits auch für die in der Urkunde niedergelegten Begleitumstände (Zeit, Ort, Behörde, Urkundsperson) einschließlich der Identität der beteiligten Personen.⁷ Urkunden, die nach Form und Inhalt als von einem Notar errichtet sich darstellen, haben die Vermutung der Echtheit für sich, § 437 ZPO.

b) Notarielle Urkunden mit anderem Inhalt

Auch notarielle Urkunden mit anderem Inhalt begründen den vollen Beweis der darin bezeugten Tatsachen, § 418 ZPO, z.B. der Unterschriftsleistung durch eine bestimmte Person, eines Wechselprotests, Art. 80 Wechselgesetz, oder der Abhaltung einer bestimmten Versammlung sowie des Zustandekommens und des Inhalts der durch die Versammlung gefassten Beschlüsse.

c) Öffentliche elektronische Dokumente

Auf elektronische Dokumente, die durch einen Notar innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form erstellt worden sind, finden gemäß § 371 a Abs. 2 ZPO die Vorschriften über die Beweiskraft öffentlicher Urkunden entsprechende Anwendung. Da es eine „elektronische Beurkundung von Erklärungen“ nicht gibt, bedeutet dies in erster Linie, dass neben die beglaubigte Abschrift als gleichwertige Beweismittel auch elektronische Dokumente treten, die die Übereinstimmung des Dokuments mit dem notariell beurkundeten oder beglaubigten Papierdokument oder sonstigen öffentlichen Papierdokumenten bezeugen. Umgekehrt wird gemäß § 416 a ZPO durch einen mit einem notariellen Beglaubigungsvermerk versehenen Ausdruck eines öffentlichen Dokuments gemäß § 371 a Abs. 2 ZPO die gleiche Beweiswirkung erzielt wie durch die beglaubigte Abschrift einer öffentlichen Urkunde.

Diese Rechtsnormen sowie die hierzu notwendigen Ergänzungen des BeurkG wurden mit dem Justizkommunikationsgesetz (JKomG) vom 22.05.2005 geschaffen. Ihre praktische Bedeutung war bis Ende 2006 im

⁶ BGH, DNotZ 1986, 78.

⁷ LG Berlin, Beschl. v. 14.2.1962 - 84 T 4/62, DNotZ 1963, 250; Zöller/Geimer, § 415 ZPO Rz. 5.

Bereich des deutschen Notariats marginal. Mit der ab 01.01.2007 geltenden Pflicht, Anmeldungen und Dokumente zum Handelsregister nur noch in elektronischer Form einzureichen, hat sich dies zumindest in diesem Rechtsbereich schlagartig geändert. Diese in § 12 des Handelsgesetzbuchs (HGB) verankerte Formvorschrift schreibt die bisher schon notwendige Beteiligung des Notars im Anmeldeprozess nun auch für das Zeitalter des elektronischen Rechtsverkehrs fort.⁸

d) Ausländische notarielle Urkunden

Ausländische notarielle Urkunden genießen im Zivilprozess grundsätzlich den gleichen Beweiswert wie die Urkunde eines deutschen Notars.⁹ Nur die Vermutung der Echtheit solcher den deutschen Gerichten weniger geläufiger Urkunden wird gemäß § 438 ZPO eingeschränkt. Sie ist jedoch gegeben, wenn die zur Anerkennung vorgeschriebene Legalisation oder Apostille der Urkunde beigefügt ist oder solche Zusatzdokumente aufgrund Rechtsvorschrift der EU oder Staatsvertrag entbehrlich sind.¹⁰

3. Vollstreckungstitel

Schließlich ist die notarielle Urkunde gemäß §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, (800) ZPO dann Vollstreckungstitel, wenn sich der Schuldner durch beurkundete Erklärung der Zwangsvollstreckung unterworfen hat. Die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung war bis zum 31.12.1998 auf Zahlungsansprüche beschränkt. Durch das zweite Zwangsvollstreckungsänderungsgesetz wurde mit Wirkung zum 01.01.1999 die Möglichkeit zur Zwangsvollstreckungsunterwerfung für Ansprüche aller Art eröffnet, von der das Gesetz nur noch drei sachlich beschränkte Ausnahmen vorsieht.¹¹ Als Vollstreckungstitel hat die notarielle Urkunde nicht nur nationale Bedeutung, sondern ist innerhalb

⁸ Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG), Bundesgesetzblatt Teil I, 2006, 2553.

⁹ *Musielak/Huber*, § 415 ZPO Rz. 8.

¹⁰ *Musielak/Huber*, § 438 ZPO Rz. 3.

¹¹ Ausgenommen sind Ansprüche, die keiner vergleichweisen Regelung zugänglich sind, Ansprüche auf Abgabe einer Willenserklärung und Ansprüche, die den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum betreffen.

der EU anerkannt und verwendbar. Mit dem Inkrafttreten der EuVTVO¹² am 21.01.2005 ist die Vollstreckung deutscher notarieller Urkunden in allen Mitgliedsstaaten der EU mit Ausnahme Dänemarks nur noch von sehr wenigen formellen Voraussetzungen abhängig. Gleiches gilt für die Vollstreckung notarieller Urkunden aus Mitgliedsstaaten der EU in Deutschland, deren Rechtssystem vollstreckbare notarielle Urkunden kennt, also aller EU Mitgliedsstaaten des lateinischen Notariats.

II.

Arten von Urkunden

Während die Bundesnotarordnung (BNotO) die sachliche Zuständigkeit deutscher Notare regelt, §§ 20 ff. BNotO, wird durch das Beurkundungsgesetz (BeurkG) das Produkt dieser notariellen Tätigkeit, nämlich das Verfahren zum Zustandekommen und der Inhalt der notariellen Urkunde festgelegt. Das BeurkG unterscheidet wie folgt:

1. Notarielle Beurkundung von Willenserklärungen

Die notarielle Beurkundung von Willenserklärungen ist in §§ 8 ff. BeurkG geregelt. Sie erfolgt durch Errichtung einer Niederschrift über die Verhandlung, die in Gegenwart des Notars den Beteiligten vorgelesen, von ihnen genehmigt und eigenhändig unterschrieben werden muss, §§ 8, 13 BeurkG. Gemäß § 13 Abs. 3 BeurkG wird die Niederschrift auch vom Notar unter Beifügung seiner Amtsbezeichnung unterschrieben.

Die Niederschrift enthält die Bezeichnung des Notars und der Beteiligten, Angaben zu Ort und Tag der Verhandlung, Feststellungen zur Identität der Beteiligten, deren Geschäftsfähigkeit, soweit diese zweifelhaft ist und ggf. den Nachweis der Vertretungsberechtigung. Diese Feststellungen machen den Beweiswert der notariellen Urkunde aus.¹³

¹² Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen vom 21.04.2004 (ABl. EG 2004, Nr. L 143 S. 15).

¹³ S.o. Ziff. I.2.a).

Die Vorschriften gelten entsprechend bei der Beurkundung von Eiden und eidesstattlichen Versicherungen, § 38 BeurkG.

Das Beurkundungsverfahren muss Gewähr dafür bieten, dass die Beteiligten ihre Erklärungen und deren rechtliche Bedeutung verstehen, ggf. durch Übersetzung der Niederschrift in eine Sprache, der der Urkundsbeteiligte kundig ist, § 16 BeurkG, oder durch unterstützende Maßnahmen für Menschen mit Behinderungen. Der Notar soll hierzu den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Dabei soll er darauf achten, dass unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden, § 17 BeurkG. Das Gesetz überträgt ihm auch die Verantwortung für die Wirksamkeit des Geschäfts sowie dessen Vollziehbarkeit, explizit durch die Verpflichtung zum Hinweis auf erforderliche gerichtliche oder behördliche Genehmigungen, gesetzliche Vorkaufsrechte und die steuerliche Unbedenklichkeitsbescheinigung, §§ 18 - 20 BeurkG.

2. Niederschriften über andere Erklärungen als Willenserklärungen sowie sonstige Tatsachen oder Vorgänge

Bei der Beurkundung anderer Erklärungen als Willenserklärungen sowie sonstiger Tatsachen errichtet der Notar ebenfalls eine Niederschrift. Diese enthält die Bezeichnung des Notars, den Bericht über seine Wahrnehmungen, Ort und Tag der Wahrnehmungen und Ort und Tag der Errichtung der Urkunde, die vom Notar unter Beifügung seiner Amtsbezeichnung unterschrieben wird, §§ 37, 13 Abs. 3 BeurkG.

Das Gesetz überträgt dem Notar im Rahmen dieser Beurkundung keine Verantwortung für die Wirksamkeit des Inhalts oder den Vollzug. In der Praxis wird der Rechtsrat des Notars aber auch in diesem Zusammenhang gesucht und gerne in Anspruch genommen.

Im Rahmen des Anwendungsbereichs dient diese Niederschrift in gleicher Weise wie die Niederschrift über die Beurkundung von Willenserklärungen der Erfüllung der gesetzlichen Wirksamkeitsvoraussetzung „notarielle Beur-

kundung“ und hat den gleichen Beweiswert einer öffentlichen Urkunde.¹⁴ Vollstreckungstitel kann eine solche Urkunde hingegen nicht sein.

3. Vermerke

a) Beglaubigungen und sonstige Zeugnisse, § 39 BeurkG

Neben der Niederschrift sind auch Vermerke notarielle Urkunden. Sie sind definiert als Urkunden, die das Zeugnis, die Unterschrift und das Siegel des Notars enthalten müssen und Ort und Tag der Ausstellung (nicht unbedingt gleich dem Tag der Wahrnehmung) angeben sollen, § 39 BeurkG. Auch der Vermerk hat den Beweiswert einer öffentlichen Urkunde,¹⁵ allerdings nur beschränkt auf den Inhalt seiner Aussage, d.h. z.B. des Vollzugs oder Anerkennnisses der Unterschrift durch eine bestimmte, genau bezeichnete Person vor dem Notar oder die Feststellung der Identität von Abschriften mit deren Vorlagen. Vollstreckungstitel kann eine solche Urkunde hingegen nicht sein.

aa) Beglaubigung einer Unterschrift, § 40 BeurkG

Eine praktisch und rechtlich besonders bedeutsame Form des Vermerks ist die Beglaubigung von Unterschriften und Handzeichen. Sie darf nur erfolgen, wenn die Unterschrift in Gegenwart des Notars vollzogen oder anerkannt wurde, worüber der Vermerk Auskunft geben soll. Wesentlicher Inhalt des Vermerks ist außerdem die unzweifelhafte Bezeichnung der unterzeichneten Person sowie die Angabe zur Feststellung von deren Identität. Diese Urkunde erfüllt die Wirksamkeitsvoraussetzung der öffentlichen Beglaubigung i.S.v. § 129 BGB.¹⁶ Ein Relikt der Vergangenheit ist hingegen die in § 41 BeurkG geregelte Beglaubigung der Zeichnung einer Namensunterschrift (Unterschriftsprobe) ohne zugehörigen Text. Kaufleute und Personen, deren Vertretungsberechtigung durch das Handels-, Partnerschaftsgesellschafts- oder Genossenschaftsregister verlautbart wurde, waren bis zum 31.12.2006 gesetzlich verpflichtet, ihre Unterschrift zur Aufbewahrung

¹⁴ S.o. Ziff. I.1. und 2.

¹⁵ S.o. Ziff. I.2.

¹⁶ S.o. Ziff. I.1..

beim Register zu zeichnen. Dieses Zeichnungserfordernis ist dem elektronischen Rechtsverkehr zum Opfer gefallen.

bb) Beglaubigung einer Abschrift, § 42 BeurkG

Neben der Unterschriftsbeglaubigung ist die Beglaubigung der Abschrift einer Urkunde von erheblicher Bedeutung, wobei diese Abschrift von Urschriften, Ausfertigungen, beglaubigten Abschriften aber auch einfachen Abschriften erstellt werden kann. Diese notarielle Urkunde ist nie Wirksamkeitsvoraussetzung, sondern hat ausschließlich Beweisfunktion.

Beglaubigt werden kann auch der Ausdruck eines elektronischen Dokuments. Ist dieses mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen, soll das Ergebnis der Signaturprüfung dokumentiert werden, § 42 Abs. 4 BeurkG.

b) Einfache elektronische Zeugnisse, § 39 a BeurkG

Seit dem Inkrafttreten des JKomG am 01.06.2005 kann der Notar Beglaubigungen und sonstige Zeugnisse i.S.d. § 39 BeurkG auch elektronisch errichten. Der Vermerk muss mit einer elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen werden. Diese soll auf einem Zertifikat beruhen, das auf Dauer prüfbar ist. Mit dem Zeugnis muss eine Bestätigung der Notareigenschaft durch die zuständige Stelle, d.h. die Landesnotarkammern, verbunden werden.

III.

Anwendungsbereiche für notarielle Urkunden¹⁷

1. Vorgeschriebene Wirksamkeitsvoraussetzung

¹⁷ Vgl. aus etwas anderem Blickwinkel: *Langhein*, Mitwirkung des Notars im Rahmen der nichtstreitigen (freiwilligen) Gerichtsbarkeit (I. Thema U.I.N.L. 1992) in BNotK (Herausg.), XX. Internationaler Kongress des Lateinischen Notariats, Cartagena/Kolumbien 27.04. - 02.05.1992, Berichte der deutschen Delegation, S. 5 ff.

Die notarielle Beurkundung ist gesetzlich vorgeschriebene Wirksamkeitsvoraussetzung für solche Rechtsgeschäfte, bei denen nach Einschätzung des Gesetzgebers zum Schutz der Beteiligten oder im Interesse der Allgemeinheit ein besonderer Schutz vor Übereilung (Warnfunktion), eine klare und sichere Dokumentation von Abschluss und Inhalt des Geschäfts (Beweisfunktion) und/oder eine sachkundige Belehrung und Beratung der Beteiligten vor Leistung der Unterschrift (Beratungsfunktion) geboten ist.¹⁸ Dabei geht es insbesondere um folgende Bereiche:

a) Grundstücksverkehr

Eine Hauptrolle spielt die notarielle Urkunde im Grundstücksverkehr, wo sie richtigerweise alle drei vorbezeichneten Funktionen zu erfüllen hat. Maßgeblich dafür sind mehrere Normen:

aa) Veräußerung von Grundbesitz und grundstücksgleichen Rechten

Zentralnorm für schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäfte ist § 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB, wonach jeder Vertrag, durch den sich ein Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, der notariellen Beurkundung bedarf. Die Norm gilt völlig unabhängig von Anlass und Zweck des Geschäfts (Kauf, Schenkung, Einbringung in eine Gesellschaft etc.) und auch für den einseitigen Teilakt (Angebot, Annahme). Sie umfasst Rechtsgeschäfte über Grundstücksteile (Teilflächen, Miteigentumsanteile). § 4 Abs. 3 WEG und § 11 Abs. 2 ErbbauVO dehnen den Anwendungsbereich unzweifelhaft auf die Übertragung von Wohnungs- und Teileigentum und von Erbbaurechten aus, und zwar auch dann, wenn die erstmalige Aufspaltung des Eigentums zugunsten einer vom Eigentümer verschiedenen Person und damit zu einer Übertragung des Eigentumsteils führt. Für die Übereignung als sachenrechtliches Verfügungsgeschäft gilt nicht § 311 b Abs. 1 BGB, sondern § 925 BGB, der vorschreibt, dass die diesbezügliche Einigung ohne Bedingungen oder Zeitbestimmungen vor einer hierfür zuständigen Stelle, i.d.R. dem deutschen Notar,

¹⁸ Zur Funktion der notariellen Beurkundung vgl. *Eylmann/Vaasen-Eylmann*, Einl. BeurkG, Rz. 3.

bei gleichzeitiger Anwesenheit erklärt werden muss. Dies gilt auch bei Wohnungseigentum, auch bei erstmaliger Begründung oder Aufhebung zugunsten eines Dritten, § 4 Abs. 1 u. 2 WEG, interessanterweise aber ausdrücklich nicht für die Begründung, Übertragung oder Aufhebung des Erbbaurechts, § 11 Abs. 1 Satz 1 ErbbauVO.

Zum Verständnis für Leser anderer Rechtsordnungen sei daran erinnert, dass gemäß dem im deutschen BGB verwirklichten Trennungs- und Abstraktionsprinzip das schuldrechtliche Grundgeschäft (auch: Verpflichtung) und die sachenrechtliche Verfügung in ihrer Wirksamkeit voneinander i.d.R. unabhängig sind und jeweils Erklärungen mit unterschiedlichem Inhalt fordern.¹⁹ Daraus erklärt sich, dass ein Formerfordernis als Wirksamkeitsvoraussetzung mal das schuldrechtliche Grundgeschäft, mal auch das sachenrechtliche Verfügungsgeschäft betreffen kann.

bb) Formfreiheit sonstiger grundstücksbezogener Rechtsgeschäfte

Entgegen dem allgemeinen Volksglauben, der bis weit in die juristische Welt hineinreicht, ist die notarielle Urkunde für sonstige grundstücksbezogene Rechtsgeschäfte keine Wirksamkeitsvoraussetzung. Dies gilt für alle Arten von Grundstücksbelastungen einschließlich diesbezüglicher Verpflichtungsgeschäfte, aber auch für die Begründung oder Aufhebung von Wohnungseigentum gemäß § 8 WEG oder Erbbaurechten durch den Grundstückseigentümer selbst. Die notarielle Beurkundung führt insoweit nur zu einer Bindung an eine erklärte Einigung, §§ 873 Abs. 2, 877, 880 Abs. 2 BGB, also zu einer Stärkung der Rechtsstellung des Vertragspartners vor Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch. Allerdings ist eine öffentlich beglaubigte Eintragungsbewilligung gemäß §§ 19, 29 Grundbuchordnung (GBO) Voraussetzung einer Eintragung im Grundbuch, ohne die gemäß § 873 Abs. 1 BGB keine Rechtsänderung eintritt. Formell ausreichend hierfür ist jedoch die Vermerkkurkunde einer Unterschriftsbeglaubigung i.S.v. vorstehend Ziff. II.3. a) aa).²⁰

¹⁹ Vgl. näher hierzu MüKo-Rinne, Einl. vor § 854 BGB, Rz. 16.

²⁰ Vgl. hierzu näher unten Ziff. III.2.

cc) Zwangsvollstreckungsunterwerfung, §§ 800, 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO
Die notarielle Beurkundung der Zwangsvollstreckungsunterwerfung ist eigentlich nicht dem Grundstücksrecht, sondern dem Prozessrecht zuzuordnen. Eine Urkunde ist nur Vollstreckungstitel bei ordnungsgemäßer Beurkundung der Unterwerfungserklärung. Die Rechtfertigung, diese Wirksamkeitsvoraussetzung dennoch an dieser Stelle zu erwähnen, liegt darin, dass der tatsächlich bei weitem häufigste Anwendungsfall die Beurkundung von Grundpfandrechten ist und die diesbezügliche Unterwerfung mit Wirkung gegen den jeweiligen Eigentümer gemäß § 800 ZPO wiederum der Eintragung im Grundbuch bedarf. Die Bestellung von Grundpfandrechten selbst bedarf nicht der notariellen Beurkundung, doch fordern Kreditinstitute bei Immobiliar-krediten regelmäßig Grundpfandrecht und Vollstreckungsunterwerfung. Neben diesem Anwendungsbereich kommt es zur notariell beurkundeten Zwangsvollstreckungsunterwerfung regelmäßig bei Rechtsgeschäften, die aus anderen Gründen ohnehin beurkundet werden und im Rahmen von Stundungsvereinbarungen zu notleidend gewordenen Forderungen, da die notarielle Urkunde verglichen mit einem Mahnverfahren ein äußerst kostengünstiger Weg ist, sich einen Vollstreckungstitel zu beschaffen.

b) Sonstige Formvorschriften in Schuld- und Sachenrecht

Die notarielle Beurkundung als Wirksamkeitsvoraussetzung ist ansonsten im Schuld- und Sachenrecht des BGB die Ausnahme:

aa) Praktisch ohne Bedeutung ist die Verpflichtung zur Übertragung oder Nießbrauchbelastung des ganzen Vermögens oder Bruchteilen des ganzen Vermögens gemäß § 311 b Abs. 3 BGB, da alle Geschäfte über individuell benannte Gegenstände, selbst wenn sie wirtschaftlich das gesamte Vermögen ausmachen, nicht erfasst werden.

bb) Verträge unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil eines von ihnen sind gemäß § 311 b Abs. 5 BGB nach deutschem Recht bei notarieller Beurkundung

wirksam. Sie haben praktische Bedeutung, wenn unmittelbare Verträge mit dem Erblasser nicht möglich oder unerwünscht sind oder gerade auch Wert auf Bindung der Erben untereinander gelegt wird. Gegenüber den Erb-, Pflichtteils- und Zuwendungsverzichten gemäß §§ 2346 ff. BGB sind sie jedoch seltene Ausnahme.

cc) Das nicht sogleich erfüllte Schenkungsversprechen bedarf gemäß § 518 Abs. 1 BGB der notariellen Beurkundung. Jenseits des ohnehin gemäß § 311 b Abs. 1 BGB beurkundungsbedürftigen Grundstücksverkehrs sind solche Fälle in der Praxis sehr selten.

dd) Schließlich unterliegt die (sachenrechtliche) Bestellung des Nießbrauchs oder Pfandrechts an einem Recht nach §§ 1069 Abs. 1, 1274 Abs. 1 Satz 1 BGB den für die Übertragung des Rechts geltenden (Form-)Vorschriften. Dies führt dazu, dass die Verpfändung einer Eigentumsanwartschaft an einem Grundstück der Vorschrift des § 925 BGB unterliegt und die Verpfändung eines GmbH-Geschäftsanteils oder die Bestellung eines Nießbrauchs daran nach § 15 Abs. 3 GmbH notariell zu beurkunden sind.

c) Familienrecht

Häufiger ist die notarielle Beurkundung als Wirksamkeitsvoraussetzung im Familienrecht anzutreffen. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien hier genannt:

aa) Eheverträge, Lebenspartnerschaftsverträge, Scheidungsvereinbarungen etc.:

Der notariellen Beurkundung unterliegen Verträge zum Güterstand und/oder zum Versorgungsausgleich gemäß §§ 1378 Abs. 3, 1408, 1410 BGB oder § 1587 o BGB, zur Wahl des auf die allgemeinen Ehewirkungen, Art. 14 Abs. 4 EGBGB oder auf den Güterstand anzuwendende Recht, Art. 15 Abs. 3 i.V.m. Art. 14 Abs. 4 BGB,²¹ Verzicht auf

²¹ Entsprechend jeweils auch für Verträge eingetragener Lebenspartner, §§ 7, 20 Abs. 3 Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG).

Anteil am Gesamtgut und die Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft durch Vertrag, § 1491 Abs. 2 und § 1492 Abs. 2 BGB bzw. die Zustimmungserklärung gemäß § 1516 BGB. Daneben fordert § 630 Abs. 3 ZPO für die einverständliche Scheidung, dass die Ehegatten über die Regelung der Unterhaltspflicht gegenüber einem Kind, die durch die Ehe begründete gesetzliche Unterhaltspflicht sowie die Rechtsverhältnisse an der Ehwohnung und am Hausrat einen vollstreckbaren Schuldtitel (durch notarielle Urkunde oder Prozessvergleich) herbeigeführt haben, was in der Scheidungspraxis aber nicht selten ignoriert wird.

Verträge zum nahehelichen Unterhalt unterliegen bisher keinem Formerfordernis. Dies soll sich insbesondere wegen der Tragweite solcher Vereinbarungen durch den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Unterhaltsrechts²² bald ändern. Der Entwurf schlägt vor, § 1585 c BGB durch folgenden Satz zu ergänzen: *„Eine Vereinbarung, die vor Rechtskraft der Scheidung getroffen wird, bedarf der notariellen Beurkundung.“* Dies und die Ausführungen in der Gesetzesbegründung zeigen deutlich das Vertrauen in die Schutz und Belehrungsfunktion der notariellen Beurkundung in persönlich schwierigen Bereichen mit wirtschaftlich erheblicher Tragweite.

In Bayern sind Notare gemäß Art. 1 des Bayerischen Gesetzes zur Ausführung des Lebenspartnerschaftsgesetzes (AGLPartG) außerdem zuständig für die Beurkundung der Begründung einer eingetragenen Lebenspartnerschaft. Die Registrierung übernimmt hier die LNotK Bayern.

Rechtspolitisch wird eine weitergehende Einbeziehung der Notare in das Scheidungsverfahren, insbesondere zur Vorbereitung einer einvernehmlichen Scheidung, diskutiert.

bb) Kindschaft

²² Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 07.04.2006, BT DS 253/2006, eingebracht in den Bundestag am 15.06.2006, BT DS 16/1830 (ausführliche Begründung auf S. 22), nach erster Lesung im Bundestag in den Rechtssauschuss überwiesen.

Die öffentliche Beurkundung der Anerkennung der Vaterschaft sowie der diesbezüglichen Zustimmung der Mutter gemäß § 1597 BGB findet kaum beim Notar statt, da auch das Standesamt, das Jugendamt und das Gericht des Verfahrens hierfür zuständig sind. Gleiches gilt für Sorgeerklärungen und diesbezügliche Zustimmungen gemäß § 1626 d Abs. 1 BGB.

Praktisch bedeutsam sind hingegen Anträge und Zustimmungserklärungen zur Annahme als Kind, §§ 1741 ff. (1746 Abs. 2 Satz 2, 1747 Abs. 3 Nr. 3 Satz 2, 1750 Abs. 1 Satz 2, 1752 Abs. 2 Satz 2, 1762 Abs. 3, BGB).

d) Erbrecht

aa) Bindende Rechtsgeschäfte über Erbrecht zu Lebzeiten

Ausnahmslos notarielle Beurkundung ist vorgeschrieben für alle Rechtsgeschäfte, durch die bereits zu Lebzeiten des Erblassers bindend über das Erbe oder einen Teil des Erbes verfügt wird, nämlich Erbverträge samt Rücktritt hiervon, §§ 2276, 2290 Abs. 4, 2291 Abs. 2, 2296 Abs. 2 Satz 2, 2301 Abs. 1 Satz 1 sowie Erb-, Zuwendungs- und Pflichtteilsverzichte, §§ 2348, 2352 Satz 3 BGB.

Es handelt sich um Rechtsgeschäfte, die in anderen Rechtskreisen, insbesondere dem römischen, weitgehend unzulässig sind.

bb) Erbschafts Kauf und Verfügung über Erbteile

Der notariellen Beurkundung unterliegt gemäß §§ 2371, 2385 BGB das schuldrechtliche Rechtsgeschäft über die Veräußerung oder den Erwerb einer Erbschaft im Ganzen (nicht über einzelne Nachlassgegenstände), insbesondere der Erbschafts Kauf, außerdem die (dingliche) Verfügung über den Anteil eines Miterben am Nachlass gemäß § 2033 Abs. 1 Satz 2 BGB. Einschränkend zur letztgenannten Vorschrift hat der BGH entschieden, dass ein Miterbe durch sogenannte Abschichtung formfrei aus der Erbengemeinschaft ausscheiden kann.²³

²³ BGH Urt. v. 21.01.1998 - IV ZR 346/96, NJW 1998, 1557 = DNotZ 1999, 60 m. Anm. Rieger.

cc) Erklärungen gegenüber dem Nachlassgericht

Einige Erklärungen gegenüber dem Nachlassgericht müssen als Wirksamkeitsvoraussetzung, d.h. nicht nur zu Beweis Zwecken, öffentlich beglaubigt sein, so die Ausschlagung und diesbezügliche Anfechtungen, §§ 1945 Abs. 1, 1955, 1956 BGB. Der Antrag auf Erteilung eines Erbscheins ist formfrei, doch bedarf es zum Nachweis negativer Tatsachen gemäß § 2356 BGB einer eidesstattlichen Versicherung, die gegenüber dem Nachlassgericht oder einem Notar abzugeben ist. Für das Testamentsvollstreckerzeugnis gilt gemäß § 2368 Abs. 3 BGB Entsprechendes.

dd) Testament

Als Form des Einzeltestaments und des gemeinsamen Ehegattentestaments²⁴ ist neben der notariellen Beurkundung ab Volljährigkeit des Erblassers auch die eigenhändige Errichtung zulässig, §§ 2231 - 2233, 2247, 2276 BGB. Hier besteht also - abgesehen von Personen, die nicht selbst schreiben können - Wahlfreiheit. Notariell beurkundet werden muss allerdings der Widerruf einer sogenannten wechselbezüglichen Verfügung in einem gemeinsamen Testament, § 2271 Abs. 1 Satz 1, 2296 BGB.

e) Juristische Personen, Gesellschaftsrecht

Das Recht juristischer Personen sowie auch sonstiger Gesellschaften und Personenvereinigungen kennt kein einheitliches Beurkundungserfordernis.

So sind die Statusakte der Gründung, Satzungsfeststellung, Satzungsänderungen etc.²⁵ bei Vereinen, selbständigen Stiftungen, Genossenschaften, Personenhandelsgesellschaften und Partnerschaftsgesellschaften keiner notariellen Form unterworfen. Gleiches gilt dort für Veränderungen der Mitgliedschaft. Soweit bei Gerichten für diese Personen Register geführt werden, sind die Person selbst mit Name

²⁴ Gemäß § 10 Abs. 4 LPartG können auch eingetragene Lebenspartner ein gemeinsames Testament errichten; die Vorschriften des Ehegattentestaments gelten entsprechend.

²⁵ Satzung pars pro toto auch für Statut, Gesellschaftsvertrag und dergleichen.

(Firma) und Rechtsform, deren Sitz und die vertretungsberechtigten Personen stets anzumelden, teilweise darüber hinaus auch sonstige Tatsachen. Diese Anmeldungen bedürfen der öffentlichen Beglaubigung, inzwischen überwiegend in Form der elektronischen öffentlichen Beglaubigung.²⁶ Weitergehende Beurkundungserfordernisse gelten nur für Kapitalgesellschaften.

aa) Recht der Aktiengesellschaft (AG) und der Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA)

Nach § 23 Abs. 1 Aktiengesetz (AktG) muss die Satzung der Aktiengesellschaft durch notarielle Beurkundung festgestellt werden. Bevollmächtigte bedürfen einer notariell beglaubigten Vollmacht.

Außerdem ist gemäß § 130 AktG jeder Beschluss der Hauptversammlung durch eine über die Verhandlung notariell aufgenommene Niederschrift zu beurkunden. Gleiches gilt für jedes Verlangen einer Minderheit nach § 120 Abs. 1 Satz 2, § 137 AktG. Eine Ausnahme hierfür gilt für die Beschlüsse nicht börsennotierter Gesellschaften, für die das Gesetz weniger als eine Dreiviertelmehrheit vorschreibt.

Für die KGaA gelten diese Vorschriften gemäß § 278 Abs. 3 AktG entsprechend.

bb) Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

Am stärksten der notariellen Beurkundung unterworfen ist die GmbH, für die bei der Gründung und bei satzungsändernden Beschlüssen gleiches gilt wie bei der AG, §§ 2, 53 Abs. 2 GmbHG.

Hinzu kommt, dass auch die Übertragung von Geschäftsanteilen notariell zu beurkunden ist, §§ 15 Abs. 3 u. 4 GmbH und der Erwerb eines neuen Geschäftsanteils gemäß § 55 Abs. 1 GmbH einer notariell aufgenommenen oder beglaubigten Erklärung des Übernehmers bedarf.

Diese Beurkundungserfordernisse sind rechtspolitisch am stärksten umstritten und werden gerade auch mit Blick auf die konkurrierende

²⁶ Siehe hierzu nachfolgend Ziff. 2.c.

insoweit²⁷ völlig formfreie Limited des englischen Rechts immer wieder in Frage gestellt.

Das Recht der GmbH soll durch das MoMiG²⁸ den heutigen Bedürfnissen angepasst werden. Der bisherige Referentenentwurf sieht insoweit allerdings keine Einschränkung des Beurkundungserfordernisses vor, sondern wertet die Stellung des Notars sogar weiter auf, indem es notariell eingereichten Gesellschafterlisten eine Gutgläubenswirkung für die Gesellschafterstellung verleiht.²⁹

²⁷ Dazu, dass die Limited ihrerseits nicht frei von Formalismus ist, vgl. *Vossius*, notar 4/2004, S. 107, 115 f.

²⁸ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen - MoMiG, Referentenentwurf vom 29.05.2006.

²⁹ So § 16 des Gesetzesentwurfs, insbesondere Abs. 3:

„§ 16

Rechtsstellung bei der Übertragung von Geschäftsanteilen

(1) *Im Verhältnis zur Gesellschaft gilt als Gesellschafter nur, wer als solcher in der zum Handelsregister eingereichten Gesellschafterliste eingetragen ist. Die Änderung der Liste durch die Geschäftsführer erfolgt auf Mitteilung und Nachweis.*

(2) *Für die zur Zeit der Einreichung der Gesellschafterliste zum Handelsregister (§ 40 Abs. 1 Satz 1) rückständigen Leistungen auf den Geschäftsanteil haftet der Erwerber neben dem Veräußerer.*

(3) *Zugunsten desjenigen, der einen Geschäftsanteil oder ein Recht daran durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt der Gesellschafterliste insoweit als richtig, als die den Geschäftsanteil betreffende Eintragung im Zeitpunkt des Erwerbs seit mindestens drei Jahren unrichtig in der Gesellschafterliste enthalten und kein Widerspruch zum Handelsregister eingereicht worden ist. Dies gilt nicht, wenn dem Erwerber die Unrichtigkeit bekannt ist.“*

Die Mitwirkung des Notars an der Gesellschafterliste wird in Änderungen des § 40 vorgeschrieben:

„§ 40 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aa) Satz 2 wird wie folgt gefasst:

„Hat ein Notar an Veränderungen nach Satz 1 mitgewirkt, so hat er unverzüglich nach deren Wirksamwerden die Liste in Vertretung der Geschäftsführer zum Handelsregister einzureichen.“

bb) Folgender Satz wird angefügt:

„Ist die Liste durch den Notar einzureichen, so muss sie mit seiner Bescheinigung versehen sein, dass er an den Veränderungen mitgewirkt und die geänderte Liste den Geschäftsführern übermittelt hat, die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der bisherigen Liste übereinstimmen und aus den ihm vorliegenden Unterlagen nichts ersichtlich ist, was die Richtigkeit der Liste in Frage stellt.“

b) In Absatz 2 werden nach dem Wort „haften“ die Wörter „dem Veräußerer, dem Erwerber und“ eingefügt.“

f) Sonstiges Unternehmensrecht

Eine äußerst bedeutsame Aufgabenübertragung enthält außerdem das Umwandlungsgesetz vom 28. Oktober 1994 (UmwG). Notariell zu beurkunden sind u.A. Umwandlungsverträge, §§ 6, 125 UmwG, bzw. -pläne oder -beschlüsse, §§ 136 (125), 193 Abs. 3 Satz 1 UmwG. Gleiches gilt für die Erklärung von Verzichten auf gesetzlich vorgeschriebene Berichte und Prüfungen, §§ 8 Abs. 3, 9 Abs. 3, 125, 192 Abs. 3 UmwG.

2. Vorgeschriebenes Beweismittel

a) Öffentliche Beglaubigung im BGB

Das Zivilrecht bestimmt an zahlreichen Stellen die Pflicht zur Abgabe öffentlich beglaubigter Erklärungen oder Dokumente.³⁰ Dabei handelt es sich jedoch in den seltensten Fällen³¹ um eine Wirksamkeitsvoraussetzung für ein Rechtsgeschäft, sondern i.d.R. um die Schaffung eines tauglichen Beweismittels.

b) Grundbuchrecht, § 29 GBO

Eine zentrale Vorschrift des Grundbuchrechts ist § 29 GBO, der anordnet, dass eine Eintragung nur vorgenommen werden soll, wenn die Eintragungsbewilligung oder sonstige zu der Eintragung erforderliche Erklärungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Dies führt dazu, dass jede auf Rechtsgeschäft beruhende Veränderung von Grundstücksrechten zumindest einer notariellen Vermerkurkunde (Unterschriftsbeglaubigung gemäß § 40 BeurkG) bedarf.

c) Registerrecht, §§ 77 BGB, 12 HGB, 5 Abs. 2 PartGG, 157 GenG

Abgesehen vom Vereinsregister, das unsinniger Weise vorerst weiterhin in Papierform bedient wird, wurden die Register zum 01.01.2007 auf ausschließlich elektronische Registerführung umgestellt. Dies hat zur Folge, dass Dokumente und Anmeldungen nun in elektronischer Form

³⁰ Siehe nur die angeführten Vorschriften bei Palandt-*Heinrichs*, § 129 BGB Rz. 1.

³¹ Ausnahmen sind unter Ziff. III.1. genannt.

einzureichen sind. Das Erfordernis einer öffentlichen Beglaubigung der Anmeldung wurde trotz gegenteiliger Überlegungen im Vorfeld aufrechterhalten und in der Begründung des hierzu eingereichten Gesetzesentwurfs auch nicht mehr gesondert angesprochen.³² Dass die Notare die technischen Herausforderungen angenommen haben, die in der Umstellungsphase mit einigen Ungereimtheiten einhergingen, zeigt einmal mehr die Bereitschaft und Offenheit der Notare, ihren Beitrag bei zukunftsorientierten Weichenstellungen zu leisten.

3. Freiwillige Nutzung

a) Trotz Formfreiheit

In der praktischen Arbeit gibt es Felder, in denen die notarielle Beurkundung gelegentlich oder gar häufig gewünscht wird, obwohl sie von keiner gesetzlichen Vorschrift gefordert wird.

Zuerst zu nennen sind hier die Testamente, bei denen häufig von eigenhändiger Errichtung abgesehen wird. Maßgeblich hierfür ist nach meiner Einschätzung in erster Linie das Vertrauen, dass die vom Notar vorgeschlagenen Lösungen und Formulierungen helfen, den Erbfall einfach und möglichst ohne Streit abzuwickeln und die individuellen Wünsche des Erblassers möglichst optimal zu verwirklichen.

Ein weiterer Bereich hat sich in den Vorsorgevollmachten, ggf. im Zusammenhang mit Patientenverfügungen entwickelt, für die das Gesetz nur Schriftform vorschreibt. Neben den vorgenannten Gründen soll hierdurch oft auch die Ernsthaftigkeit der entsprechenden Erklärung unterstrichen werden, um ihr damit Nachdruck zu verschaffen. Soll eine solche Vollmacht auch für den Grundstücksverkehr geeignet sein, bedarf es allerdings ohnehin mindestens der öffentlichen Beglaubigung.

b) Beurkundung statt Beglaubigung

Weiterhin ist gelegentlich zu beobachten, dass über die gesetzlich vorgeschriebene Unterschriftsbeglaubigung hinaus der Notar beauftragt wird, damit zusammenhängende Erklärungen oder auch Verträge zu entwerfen und ggf. auch notariell zu beurkunden. Dies gilt insbesondere für

³² Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 30.12.2005, BR DS 942/05, S. 117 f.

den gesamten Bereich des Grundstücksverkehrs, zum Beispiel für private Darlehens- oder Nutzungsverträge, letztere natürlich nur jenseits der üblichen Privatvermietungen, für die i.d.R. handelsüblich Formularverträge verwendet werden. Ein Grund hierfür ist neben der vom Auftraggeber sicher erwarteten Sachkompetenz unter anderem auch, dass die notarielle Leistung zumindest bei kleineren Werten im Privatbereich verglichen mit dem Angebot sonstiger Rechtsberater aufgrund der geltenden Gebührenordnung, der so genannten Kostenordnung, besonders günstig ist.

Eine Ausnahme hiervon bilden Erklärungen, die große Wirtschaftsunternehmen in großer Zahl abzugeben haben. Als Beispiele für letzteres seien hier genannt Löschungserklärungen von Kreditinstituten für Grundpfandrechte sowie Dienstbarkeiten für Versorgungsunternehmen. Bei solchen Geschäften beschränkt sich die notarielle Mitwirkung regelmäßig auf die Unterschriftsbeglaubigung.

Ähnlich ist die Situation im Gesellschaftsrecht, wo allerdings ab einer gewissen Größenordnung Rechtsanwälte und Steuerberater die rechtliche Betreuung an sich ziehen.

IV.

Gerichtsfunktionen der Amtsnotare

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass in Teilen von Baden-Württemberg die in anderen Bundesländern den Gerichten zugewiesene Funktion des Grundbuchamtes und des Nachlassgerichts von Notaren übernommen wird. Im Bereich des Nachlasswesens wird eine Aufgabenübertragung an Notare zur Justizentlastung auch für die übrigen Bundesländer diskutiert. Zu einem diesbezüglichen Gesetzesentwurf ist es jedoch noch nicht gekommen.

B.

Der Beitrag der notariellen Urkunde zur Entwicklung der Gesellschaft

Dass eine Gesellschaft, deren Rechtsordnung seit vielen hundert Jahren notarielle Tätigkeit vorschreibt, durch das Wirken der Notare mitgeprägt wird, ist

evident. Schwieriger ist es hingegen zu beschreiben, wie sich diese Tätigkeit auf die Entwicklung der Gesellschaft ausgewirkt hat. Unmöglich ist es herauszufinden, wie sich die deutsche Gesellschaft ohne Notare und notarielle Urkunden entwickelt hätte. Es wurde nie versucht, den Beitrag der notariellen Urkunde zur Entwicklung der Gesellschaft zu messen. Geeignetes statistisches Material fehlt aus diesem Grund und ist auch in naher Zukunft nicht zu erwarten. Eine notarielle Urkunde leistet nämlich dann den optimalen gesellschaftlichen Beitrag, wenn sie alle Erwartungen der Beteiligten erfüllt, der beurkundete Vertrag also reibungslos abgewickelt wird oder das erstrebte Verhalten einer Person (privat oder öffentlich) aufgrund des Dokuments folgt. Dieser Wert ist aber nicht nur schwer messbar, sondern wird von den Mitgliedern der Gesellschaft i.d.R. überhaupt erst wahrgenommen, wenn die Erwartungen einzelner auch enttäuscht werden und damit sichtbar wird, dass diese Erfolge nicht selbstverständlich sind.

Dargestellt werden können aber die Leistungen der deutschen Notare und die Auswirkung ihrer Arbeit auf die deutsche Gesetzgebung bzw. die Entwicklung der deutschen Rechtsordnung. Ebenso können gegenwärtige und zukünftige Herausforderungen für die Entwicklung der Gesellschaft aufgezeigt sowie die Schritte beschrieben werden, die das deutsche Notariat zur Bewältigung dieser Herausforderungen unternommen hat. Dies ist die Aufgabe des folgenden Teils.

I.

Der Beitrag zur Entwicklung des Rechts

Der Notar leistet durch seine tägliche Tätigkeit einen erheblichen Beitrag zur Rechtssetzung, indem er den Parteiwillen formt, der zwischen den Beteiligten eines notariellen Rechtsgeschäfts Rechte und Pflichten begründet. Auch wenn der Wille des Beteiligten in jedem Fall individuell festzustellen ist, so haben sich doch in den Jahrzehnten der praktischen Tätigkeit von Notaren bestimmte Konstellationen, Interessen und Probleme als typisch identifizieren lassen. Daraus folgt nicht, dass es für diese typischen Fälle dann genau eine richtige Antwort, insbesondere einen richtigen Vertrag gibt. Vielmehr kommen jeweils eine Reihe von Antworten in Betracht, deren unterschiedliche Folgen abzuwägen sind. Wenn der Notar nun durch seine Tätigkeit die Beteiligten in die Lage

versetzt, ihren Fall richtig zu identifizieren, die richtigen Fragen zu stellen und die möglichen Lösungen gegeneinander abzuwägen, dann leistet er einen relevanten und positiven Beitrag zur vertraglichen Rechtssetzung durch die Vertragsparteien. Einige Fälle, in denen die Tätigkeit von Notaren auch mit Breitenwirkung zur Entwicklung der Gesellschaft beigetragen hat, seien kurz in Erinnerung gerufen.

1. Bauträgervertrag gestern und heute

Der Bauträgervertrag als ein Vertrag, in dem der Bauunternehmer seinem Vertragspartner verspricht, auf einem dem Bauunternehmer gehörenden Grundstück ein Bauwerk zu errichten und dieses dann mit dem Grundstück³³ dem Vertragspartner zu übereignen, ist bis heute gesetzlich nicht geregelt. § 1 der Verordnung über die Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen (HausbauVO) liefert seit dem 23. Mai 2001 eine (zu enge)³⁴ Definition des Bauträgervertrags und erlaubt vertragliche Vereinbarungen, die unter bestimmten Voraussetzungen die Verpflichtung des Vertragspartners zur Leistung von Abschlagszahlungen vorsehen,³⁵ enthält sich aber sonstiger Regelungen.

Der Vertragstyp trägt seinen Grund vor allem in der finanziellen Schwäche (von Teilen) der Bauwirtschaft. Der Bauträger bzw. die ihn finanzierende Bank erhalten (Abschlags-)Zahlungen zu einem Zeitpunkt, zu dem das Eigentum am Grundstück noch nicht übereignet wird, zumeist auch die Auflassung hierzu noch nicht erklärt ist und das Bauwerk auch noch nicht fertig gestellt ist.³⁶ Deshalb besteht ein erhebliches Verlustrisiko des Vertragspartners, der i.d.R. auch der wirtschaftlich schwächere Teil ist; das allerdings nicht mit der fehlenden Übereignung zusammen hängt.

³³ ggf. nur einem Bruchteil, insbesondere im Fall des Wohnungs- oder Teileigentums oder auch auf Grundlage eines Erbbaurechts.

³⁴ Beschränkung auf die Errichtung eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks, vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, 5. Aufl. 2005, Rz. 1.

³⁵ Den Streit darzustellen, der um die Verfassungsmäßigkeit, Vereinbarkeit mit dem Recht der EU und die inhaltliche Bedeutung der HausbauVO geführt wird, erfordert einen eigenen Beitrag, vgl. nur mit weiteren Nachweisen *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rz. 31 ff.

³⁶ Vgl. *Koebler* in *Grziwotz/Köbler*, Handbuch Bauträgerrecht, Rz. 45 ff.

In der Wiederaufbauzeit nach dem zweiten Weltkrieg gab es weder gesetzliche Regelungen, die den Vertragspartner vor solchen Vorleistungen zwingend schützten, noch bestand für die Erwerbsverpflichtung im Rahmen solcher Verträge eine Beurkundungspflicht, da § 313 BGB a.F. nur auf den Veräußererschutz abzielte. Die Bauwirtschaft und die finanzierenden Banken hatten die Marktmacht, die Bedingungen solcher Bauträgerverträge zu diktieren. In dieser Situation war es der Münchener Notar *Koller*, der Anfang der 70er Jahre die heute noch übliche Freistellungsverpflichtung des Globalgläubigers nicht nur erfunden, sondern auch im Alleingang gegenüber Großbanken durchgesetzt hat.³⁷ Ihm folgte die Landesnotarkammer Bayern im März 1971 mit dem Merkblatt zur „Gestaltung von Verträgen über den Erwerb neuer Wohngebäude und Eigentumswohnungen“, die in Form einer notariellen Standesrichtlinie Standards vorgab, um den Erwerber vor ungesicherten Vorleistungen und deren Verlust zu schützen.³⁸ Der dort entwickelte Standard wurde vom Gesetzgeber insbesondere durch Schaffung der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV), die am 1. September 1974 in Kraft trat, aufgegriffen und hat von da weitgehend unangefochten bis zum Beginn des 3. Jahrtausends den Inhalt des Bauträgervertrags bestimmt. Der Gesetzgeber hat die ihm ohne weiteres zustehende Möglichkeit, weitergehende Schutzstandards, die aus dem Notariat selbst vorgeschlagen waren, zu etablieren, nicht genutzt.³⁹

Wohl nicht ganz zufällig im Zusammenhang mit den teils steuerlich motivierten Käufen sog. Schrottimmobilien⁴⁰ und dem Zusammenbruch des Immobilienmarktes in den neuen Bundesländern, der eine Welle von

³⁷ Siehe *Wolfsteiner*, DNotZ 1999, 99, 101 f.

³⁸ Siehe *Grziwotz* in *Grziwotz*, MaBV, Einl. Rz. 8 und ff. auch zum nachfolgenden Gesetzgebungsgang.

³⁹ *Wolfsteiner*, DNotZ 1999, 99, 102.

⁴⁰ Immobilien, die extrem überteuert verkauft wurden, weil wirtschaftlich unerfahrene Käufer, oft geblendet durch (angebliche) Steuervorteile, diese ohne vorherige Besichtigung allein gestützt auf Aussagen der Vertriebsprofis, Hochglanzbroschüren und die Bewertung durch die finanzierende Bank erworben haben. In den schlimmsten Fällen waren die verkauften Immobilien abbruchreif und hatten nur noch Schrottwert.

Bauträgerpleiten nach sich zog, ist die Vorleistungspflicht des Bauträgervertrags heutiger Prägung in die Kritik geraten. Ausgerechnet dem mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingeführten § 632 a BGB entnehmen nun manche, Vorausleistungen könnten auch im Bauträgervertrag nur noch unter den dort genannten Voraussetzungen verlangt werden, der bisherige Standard sei gesetzwidrig. Das „Aus“ des Bauträgervertrags wurde heraufbeschworen.⁴¹ Der Gesetzgeber hat, durchaus auch auf Initiative der Notare, insbesondere der BNotK, versucht, diese Folgerung durch Erlass der HausbauVO aus der Welt zu schaffen, ohne damit jedoch dem Streit um die Zulässigkeit von Vorausleistungen im Bauträgervertrag ein Ende setzen zu können.⁴²

Es steht nicht in der Macht der Notare, den derzeitigen gesetzlichen Standard, der vom Grundgedanken her ein Mindestschutz ist, durch die Ablehnung der Beurkundung von gesetzlich zulässigen Gestaltungen zu erhöhen. Insbesondere die finanzierenden Banken bestehen regelmäßig auf die ihnen von Gesetz und Rechtsprechung eingeräumte Möglichkeit der Verlagerung des Fertigstellungsrisikos auf den Erwerber.

Die Bundesnotarkammer müht sich ohne Unterlass, zur Fortentwicklung des Bauträgervertrags beizutragen und diesen auf ein rechtssicheres Fundament zu stellen. So hat sie im Jahre 2005 einen Diskussionsentwurf zur Regelung des Bauträgervertrags im Bürgerlichen Gesetzbuch vorgestellt.⁴³ Sie hat dafür mehr Tadel als Lob einstecken zu müssen,⁴⁴ wobei es die ablehnenden Stimmen bisher unterlassen haben, ihrerseits einen Entwurf zu formulieren, der auf breitere Zustimmung hoffen kann.

Doch selbst wenn der Bauträgervertrag derzeit ein Problemkind der notariellen Praxis ist, so ist der derzeitige Vertragsstandard, und zwar gerade auch eine Vielzahl von Verbesserungen für den schwächeren

⁴¹ *Grziwotz*, ZfIR 2000, 929, 930.

⁴² Einen prägnanten Überblick mit umfangreichen Nachweisen gibt *Grziwotz* in *Grziwotz*, MaBV, Einl. Rz. 11 - 13.

⁴³ http://www.bnotk.de/_PDF-Dateien/Bautraegervertrag/050401_Bautraegerrecht_BGB_Text_BMJ.pdf

⁴⁴ Für Tadel: Thode/Wagner, BTR 2006, 2ff.

Vertragspartner, das Ergebnis intensiver notarieller Tätigkeit. Dieser Standard diene als zivilrechtliche Grundlage der Erbauung ganzer Stadtteile und zwar in aller Regel mit einem wirtschaftlich für alle Vertrags- teile befriedigenden Ergebnis. Das Phänomen insolventer Bauträger und steckengebliebener Bauwerke wird es in der freien Wirtschaft ebenso immer geben wie schlechte Vertragserfüllung oder überteuerte Produkte. Daraus entstehen ebenso unvermeidlich Schäden. Solange der Gesetzgeber dieses Risiko nicht der Allgemeinheit aufbürdet oder einem Beteiligten (Vertragspartner, Bauhandwerker, Bank) definitiv zuweist, wird es Aufgabe der Notare sein, die Risiken möglichst einzuschränken und vertraglich abzusichern, zumindest aber sichtbar zu machen und somit eine freie Entscheidung der Risikoübernahme zu ermöglichen.

2. Bündelung durch Kammertätigkeit

Die gesetzliche Entwicklung wird sich selten so konkret auf die Tätigkeit eines Notars oder das Merkblatt einer Kammer zurückführen lassen, wie dies im Bauträgervertrag der Fall ist. Doch auch in anderen Themen , die den notariellen Tätigkeitsbereich betreffen, entspricht es lang geübter Tradition, dass Kammern der Berufsgruppen Gesetzesvorhaben begleiten und ihnen die Möglichkeit zur Stellungnahme, im Einzelfall auch zur mündlichen Anhörung, eingeräumt wird. Die BNotK und in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich die Landesnotarkammern machen von diesem Recht regen Gebrauch und sind stets bemüht, auf diesem Weg die Qualität der Gesetzgebung zu verbessern. Insbesondere in den Bereichen, die im Wesentlichen von den Notaren in Zusammenarbeit mit anderen staatlichen Stellen allein bearbeitet werden, wie z.B. das Immobiliarsachenrecht in Verbindung mit dem Grundbuchrecht, bringen die Notare ein praktisches Erfahrungswissen ein, auf das eine gute Gesetzgebung nicht verzichten kann.

Da die Rechtssetzung auf europäischer Ebene eine immer bedeutendere Rolle spielt, versuchen die Kammern auch dort, ihren Sachverstand in die Gesetzgebungsverfahren einzubringen. Dies gilt auch schon für vorbereitende Arbeiten. So hat der Rat der Notariate der Europäischen Union, der Conseil des Notariats de l'Union Européenne (C.N.U.E.) insgesamt 13 Notare als Experten für das Expertennetzwerk zur praktischen Begleitung

der Entwicklung des Allgemeinen Referenzrahmens (CFR) für ein europäisches Vertragsrecht gestellt, was bei einer Gesamtzahl von insgesamt 160 Experten für die kleine Gruppe lateinischer Notare eine erstaunlich große Zahl ist. Drei deutsche Notare leisten hier, wiederum mit tatkräftiger Unterstützung der Kammer, ihren Beitrag, der angesichts der Masse von produzierten Texten nur außerordentlich genannt werden kann. Sollte das Ergebnis dieser Bemühungen transparentere, anwenderfreundliche und sachgerechte Normen der EU sein, so war dies jedoch alle Mühe wert und ist dann wiederum ein Beitrag der Notare zur Entwicklung der Gesellschaft.

3. Beiträge zur wissenschaftlichen Durchdringung

a) Veröffentlichungen der Notare zur Kautelarpraxis und zur Rechtswissenschaft.

Das deutsche Recht leidet nicht daran, dass zu wenig darüber geschrieben würde. Selbst Spezialisten eines engen Fachbereichs können die zu diesem ergehenden Veröffentlichungen, Urteile, Kommentare und Gesetzesvorschläge kaum bewältigen.⁴⁵ Insofern mag man daran zweifeln, ob jeder Textbeitrag, den deutsche Notare zum Recht liefern, eine Bereicherung und damit ein positiver Beitrag zur Entwicklung der Gesellschaft ist.

Doch haben sich nicht nur einzelne, sondern viele Notare und viele von ihnen auch weit über den unmittelbaren Bereich notarieller Tätigkeit hinaus, durch Veröffentlichungen einen Namen gemacht und nachhaltig auf die Entwicklung der Kautelarpraxis und auch der Rechtswissenschaft eingewirkt. Einzelne hervorzuheben würde die Leistungen aller nicht genannten schmälern.

b) Die Arbeit des Deutschen Notarinstituts (DNotI)

Angesichts der zuvor geschilderten Informationsflut und des sich daraus ergebenden Selektionsproblems möchte ich jedoch auf eine deutsche Errungenschaft schon hier besonders hinweisen: Das DNotI.

Von Notaren für Notare wird hier der traurigen Tatsache Rechnung getragen, dass selbst im vermeintlich engen Spezialbereich des Notariats nicht jeder alles wissen oder auch nur alles lesen kann, was ihn beruflich angeht.

⁴⁵ Siehe z.B. das Eingeständnis von *Kanzleiter*, DNotZ 2006, 246.

Zudem mehren sich internationale Sachverhalte, deren zutreffende Behandlung nur bei Kenntnis des auf den Fall anwendbaren Rechts, und damit oft genug auch ausländischer Rechtsnormen, möglich ist. Beim DNotl hat jeder deutsche Notar die Möglichkeit, für solche Probleme eine gutachterliche Antwort zu erbitten, die er innerhalb von 14 Tagen, bei begründeter Eile auch schneller, erhält. Außerdem stellt das DNotl auf Anfrage Fachliteratur in Kopie zur Verfügung, unternimmt über die eigenen Datenbanken Literaturrecherchen und weist im DNotl-Report auf einschlägige Entscheidungen und Literatur hin. Die damit verbundenen Kosten werden nicht fallbezogen erhoben, sondern über Kammerbeiträge auf alle deutschen Notare umgelegt, so dass die rechtlich notwendige Information unabhängig von den finanziellen Möglichkeiten des Mandanten erlangt werden kann, jedem Beteiligten also der gleiche hohe Standard gewährt werden kann. Schon dies trägt merklich zur Verbesserung der Beratungsleistung der Notare und damit zu einem Nutzen für die Beteiligten bei. Das Angebot erfreut sich bei deutschen Notaren starker Nachfrage. Im Jahr 2005 wurden von den bundesweit gezählten 9.164 Notaren insgesamt 8.794 Gutachtenanfragen und 5077 Anfragen auf Literaturrecherche gestellt und beantwortet.

Nicht hoch genug eingeschätzt werden kann die damit verbundene Qualitätssicherung der Arbeit kleinerer Notariate in ländlichen oder strukturschwachen Regionen, denen der Aufbau einer eigenen großen Bibliothek nicht möglich ist und die auch keinen praktikablen Zugang zu öffentlichen Bibliotheken mit ausreichend Fachliteratur haben. Über das DNotl steht allen Notaren die größte deutsche Bibliothek samt Datenbanken mit notarrelevanten Texten offen.

Der Nutzen des DNotl beschränkt sich jedoch nicht nur auf den Erkenntnisgewinn der anfragenden Notare. Dadurch, dass die gesamte Zahl praxisrelevanter Anfragen an einer zentralen Stelle bearbeitet, aufbereitet und archiviert wird, entsteht zusätzliches KnowHow, das nicht hoch genug eingeschätzt werden kann. Besonders relevant erscheinende Gutachten werden im Zwei-Wochen-Rhythmus veröffentlicht. Diese Veröffentlichungen werden wiederum von Wissenschaft und Rechtsprechung aufgenommen und haben bei der gerichtlichen Entscheidungsfindung durchaus Gewicht. Das KnowHow, gerade auch durch die Bearbeitung internationaler

Sachverhalte, wird aber auch von den gesetzgebenden Organen genutzt. So hat das DNotI im Auftrag der Kommission der EU zum 18.09./08.11.2002 eine rechtsvergleichende Studie über das prozessuale und materielle Kollisionsrecht in Bezug auf Testamente und die Rechtsnachfolge von Todes wegen erstellt. Dieses wurde Grundlage für das Grünbuch der Kommission der EU zum Erb- und Testamentsrecht vom 01.03.2005, KOM (2005) 65. Damit leisten die deutschen Notare sowohl national als auch international zur Entwicklung des Rechts einen Beitrag, der über die beurkundende und beratende Tätigkeit im Einzelfall deutlich hinausgeht.

c) Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e.V. (NotRV)

Die NotRV wurde 1997 mit Sitz in Würzburg gegründet mit dem Ziel, den Dialog zwischen Notariat einerseits und Hochschullehrern und Richtern andererseits auf eine breitere Basis zu stellen, Studenten Bedeutung und Eigenart der Vertragsgestaltung frühzeitig zu verdeutlichen und damit das Verständnis anderer juristischer Berufsgruppen für die notarielle Tätigkeit zu fördern. Die NotRV hat die Einrichtung von Instituten für Notarrecht an den Universitäten Würzburg, Berlin, Bielefeld, Bonn, Jena und München (Forschungsstelle) angeregt und begleitet. Sie veranstaltet Fachtagungen und Symposien, unterstützt wissenschaftliche Arbeiten durch Druckkostenzuschüsse und zeichnet alle zwei Jahre eine herausragende Arbeit auf dem Gebiet des Notarrechts mit dem Helmut-Schippel-Preis (5.000,00 EUR) aus. Sie gibt zwei wissenschaftliche Schriftenreihen heraus, die allgemeine „Schriftenreihe der NotRV“⁴⁶ und die „Schriften zum Notarrecht“⁴⁷ speziell für Veröffentlichungen der Universitätsinstitute für Notarrecht. Sie finanziert sich durch Beiträge ihrer 890⁴⁸ Mitglieder. Mit diesem privaten Engagement der Notare wird schon auf früher Stufe, nämlich bei der Juristenausbildung, ein weiterer Beitrag zur Entwicklung des Rechts geleistet.

⁴⁶ Laut Tätigkeitsbericht 2006 sind bisher 23 Bände erschienen, zwei weitere sind unter Vertrag.

⁴⁷ In dieser Reihe ist der erste Band von Prof. Dr. *Hager* zum Thema „Die Patientenverfügung“ erschienen.

⁴⁸ Stand 2006.

II.

Der Beitrag zum Rechtsfrieden

Rechtsfrieden - als nicht erreichbares Ideal - ist dann gegeben, wenn jeder vereinbarte Austausch von Leistungen ohne den Einsatz staatlicher Zwangsmittel erfolgt und jedes Rechtssubjekt mit seiner Situation so zufrieden ist, dass es keinen Anlass sieht, diese durch Streit um Rechte zu verbessern. Die notarielle Amtstätigkeit in Deutschland ist darauf gerichtet, in diese Richtung zu wirken. Dem dienen erstens alle Amtspflichten, die sicherstellen sollen, dass wirksame Rechtsgeschäfte beurkundet werden, wie die Feststellung der Geschäftsfähigkeit, die Prüfung der Vertretungsberechtigung, der Hinweis auf die mögliche Anwendbarkeit ausländischen Rechts, auf Genehmigungserfordernisse und auf Vorkaufsrechte, §§ 11, 12, 17 Abs. 3, 18, 20 BeurkG, denn ohne Wirksamkeit ist ein trotzdem erfolgter Leistungsaustausch nicht von Dauer. Der Vertrags-treue der Beteiligten dienen die Prüfungs- und Belehrungspflichten des § 17 Abs. 1 und 2 BeurkG, denn ein Geschäft, das dem wahren Willen beider Beteiligten entspricht, wird von diesen nicht in Frage gestellt, es sei denn, es treten Umstände auf, die so nicht vorhergesehen oder erwartet wurden. Auch die Vermeidung einer Benachteiligung von unerfahrenen und ungewandten Beteiligten schafft Rechtsfrieden, denn eine tatsächliche oder zumindest empfundene Benachteiligung wird die davon betroffenen Beteiligten veranlassen, rechtliche Reaktionen zu erwägen und ggf. auch zu unternehmen.

Doch auch eine in jeder Hinsicht perfekte notarielle Amtsausübung kann nicht verhindern, dass ein Beteiligter seine Pflichten verletzt oder die Qualität eines Vertragsgegenstands aus sonstigen Gründen nicht hält, was sich der Erwerber davon verspricht. Gerade in diesen Krisen, die den Rechtsfrieden gefährden, ist es jedoch hohe Aufgabe der notariellen Tätigkeit, die daraus resultierenden Störungen möglichst gering zu halten.

1. Rechtsklarheit und Rechtssicherheit

Da ein Streit insbesondere dann vor Gericht führt, wenn beide streitenden Parteien der Meinung sind, im Recht zu sein, dient die Klarheit der Sach- und Rechtslage vor allem der Streitvermeidung und damit der Erhaltung des Rechtsfriedens. Der Notar ist dieser Klarheit von Gesetzes wegen verpflichtet und haftet dafür, wenn er diese Verpflichtung unzureichend erfüllt.

a) Klarheit der Feststellungen

Der Klarheit dienen zunächst die ganz grundlegenden Dinge wie die exakte Bezeichnung des Notars, der Beteiligten, von Ort und Tag der Verhandlungen sowie das Niederlegen der Erklärungen der Beteiligten in einer Urkunde, § 9 BeurkG, die den Beteiligten vorgelesen, von ihnen genehmigt und eigenhändig unterschrieben werden muss, § 13 BeurkG. Natürlich dient dem auch die Pflicht zur Ermittlung des Grundbuchinhalts, 21 Abs. 1 BeurkG. Gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG ist der Notar zur klaren und unzweideutigen Wiedergabe der Erklärungen in der Niederschrift verpflichtet. Was einfach klingt, setzt hohes fachliches Können voraus. Defizite in diesem Bereich führen zu einem Verlust des hohen Beweiswerts der Urkunde im dann streitentscheidenden Punkt.

Es dürfte deshalb unbestreitbar sein, dass die Niederlegung von Rechtsgeschäften in notariellen Urkunden nicht nur der Rechtsklarheit dient, sondern zu einer Rechtsklarheit auf hohem Niveau führt, vorausgesetzt, die Notare arbeiten verlässlich und qualitativ.

b) Klarheit der rechtlichen Bedeutung und Wirksamkeit

Die notarielle Beurkundung bezweckt nicht nur die Klarheit des Rechtsgeschäfts, sondern auch die Aufklärung der Beteiligten über die rechtliche Tragweite. Dies kann nur gewährleisten, wer das einschlägige Recht kennt und in der Lage ist, dessen Inhalt dem nicht vorgebildeten Beteiligten (Laien) ausreichend prägnant zu vermitteln. Dies betrifft nicht nur die Hauptleistungspflichten, d.h. z.B. beim Kaufvertrag die Zahlungs- und Abnahmepflicht des Käufers sowie die Übereignungs- und Übergabepflicht des Verkäufers, sondern auch Hinweise auf unmittelbar aus dem Rechtsgeschäft folgende Rechts- und Pflichtenänderungen, wie z.B. Gefahrübergang und Versicherungspflicht, das Vertragsverhältnis zu Mietern des Objekts, Hinweis auf objektbezogene öffentliche Lasten und Abgaben sowie sonstige Drittrechte, die dem Vertragsvollzug entgegenstehen könnten. Dies umfasst nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) auch die Sicherung des Leistungsaustauschs durch Warnung vor ungesicherten Vorleistungen sowie dem Aufzeigen von Lösungsmöglich-

keiten, die eine solche ungesicherte Vorleistung vermeiden (Doppelte Belehrungspflicht).⁴⁹

Schließlich übernimmt der Notar auch für die rechtliche Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts doppelte Verantwortung, indem er einerseits die Beurkundung von Geschäften, die unwirksam sind, ablehnt⁵⁰ und bei Geschäften, deren rechtliche Wirksamkeit zweifelhaft ist, die Beteiligten auf diese Zweifel hinweist und diese Belehrung auch in der Urkunde dokumentiert.

Diesen Leistungen der notariellen Urkunde lässt sich auch im Rahmen der ökonomischen Analyse des Rechts ein positiver Wert zuordnen. Ein Ausgangspunkt für die Bestimmung der ökonomischen Funktion des Vertragsrechts ist nämlich das Gedankenkonstrukt des vollständigen Vertrages.⁵¹

Ein vollständiger Vertrag, der jedes Risiko mit seinen Konsequenzen zuordnet und den Beteiligten damit eine vollständige Grundlage der Preisbildung ermöglicht hat, ist nicht mit Risiken behaftet, die später zu einer Abänderung, Aufhebung oder Anfechtung führen könnten. Er ist wirksam und unangreifbar.⁵² Die notarielle Urkunde ist nun ein - wenn auch im Hinblick auf Vollständigkeit i.S. der ökonomischen Lehre unvollkommenes - „Produkt“, das zumindest die wichtigsten Vertragsrisiken für die Beteiligten transparent und auf Dauer nachweisbar verteilt. Die ökonomische Bedeutung seiner Belehrung spürt der Notar dann, wenn in deren Folge die Beteiligten in erneute Preisverhandlungen eintreten, was durchaus vorkommt.

Was den Ökonomen taugt, ist hier zugleich unbestreitbar ein Beitrag zum Rechtsfrieden, denn über weitgehend wirksame und unangreifbare Verträge lässt sich nicht sinnvoll streiten.

c) Dauerhaftigkeit

⁴⁹ Vgl. *Eylmann/Vaasen-Frenz*, BNotO/BeukG, § 17 BeurkG Rz. 12 mit Nachweisen der Rechtsprechung.

⁵⁰ Vgl. *Eylmann/Vaasen-Frenz*, BNotO/BeukG, § 14 BNotO Rz. 28.

⁵¹ Siehe hierzu *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Auflage 2005, 11. Kapitel.

⁵² *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Auflage 2005, S. 402.

Notarielle Urkunden sind das zivilrechtliche Gedächtnis Deutschlands. Jeder Notar ist verpflichtet, die Urkunden seiner Notarstelle aufzubewahren. Soweit nicht durch Krieg oder sonstige Unglücksfälle Urkunden verloren gegangen sind, lassen sich Rechtsgeschäfte, die vor langer Zeit notariell beurkundet wurden, auch heute noch eindeutig nachvollziehen. Die gesetzlich vorgeschriebene Führung von Verzeichnissen ermöglicht auch das Auffinden von Urkunden aus Zeiten, in denen die EDV noch nicht als Suchhilfe zur Verfügung stand. Dies gewährleistet den dauerhaften Bestand von Rechtssicherheit und damit des hierdurch vermittelten Rechtsfriedens.

2. Fairness

Eine Rechtsordnung, die wie das deutsche bürgerliche Recht auf der Privatautonomie und damit der Vertragsfreiheit gründet,⁵³ geht im Grundsatz davon aus, dass die Beteiligten eines Rechtsgeschäfts am besten entscheiden können, was für sie gut ist. Es besteht also eine Grundvermutung dahin, dass ein Rechtsgeschäft für die daran Beteiligten fair ist, aus der von den Ökonomen seit *Adam Smith* gefolgert wird, dass ein auf Vertragsfreiheit gegründetes marktwirtschaftliches System unter dem Strich mehr Wohlstand für alle bringt. Auch wenn die Rechtsentwicklung seit langer Zeit dahin geht, sich der Fälle anzunehmen, in denen die Vermutung widerlegt wird (einseitiges Stellen von Vertragsbedingungen, ungleiche Verhandlungspositionen - unvollkommen typisiert durch die Unterteilung Verbraucher/Unternehmer - marktbeherrschende Stellung etc.), wird die Grundvermutung hierdurch nicht in Frage gestellt. Dies hat auch der Notar im Beurkundungsverfahren zu beachten. Er schuldet nicht nur keine wirtschaftliche Beratung oder Belehrung,⁵⁴ sondern hat sich auch nicht in die Preisverhandlungen etc. einzumischen. Dies folgt nicht zuletzt aus seiner Verpflichtung zur Unparteilichkeit, § 14 Abs. 1 BNotO, die durch die Tätigkeitsverbote der §§ 3, 6 und 7 BeurkG abgesichert wird. Dieses Neutralitätsgebot wird jedoch durch § 17 Abs. 1 Satz 2 BeurkG dadurch eingeschränkt, dass es dem Notar obliegt darauf zu achten, dass unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden. Dieser Schutz ist

⁵³ Palandt-*Heinrichs*, Überbl v § 104 BGB Rz. 1, Einf v § 145 BGB Rz. 7.

⁵⁴ Vgl. *Eylmann/Vaasen-Frenz*, BNotO/BeurkG, § 17 BeurkG Rz. 18.

flexibel und - solange er von den Notaren ernst genommen wird - äußerst treffgenau und wirksam, da nicht formale Positionen, sondern die tatsächliche Schwäche des Beteiligten den Schutzauftrag auslöst. Solange der Notar in solchen Fällen Regelungen vorschlägt, die geeignet sind, den Interessen beider Vertragsparteien uneingeschränkt gerecht zu werden, verträgt sich dies mit seiner Verpflichtung zur Unparteilichkeit.⁵⁵

Im Sommer 2002 wurde in einer Hau-Ruck-Aktion dieser punktgenaue Schutz durch die eher schematische Vorschrift des § 17 Abs. 2a BeurkG⁵⁶ ergänzt. Auslöser waren Probleme mit minderwertigen Bauträgerobjekten und Immobilienverkäufen, die aggressiv beworben und ohne ausreichende Reflektionszeit für den Käufer durchgeführt wurden. Der zahlreiche Abschluss solcher Verträge war von den Verbraucherverbänden heftig kritisiert worden.⁵⁷

Schematisch ist die Vorschrift deshalb, weil nicht mehr der Schutz des Schwächeren, sondern nun der Schutz des Verbrauchers in einem Vertrag eines Verbrauchers mit einem Unternehmer geregelt wird. Schematisch auch deshalb, weil nun bestimmte Pflichten herausgestellt werden. Der Notar soll darauf hinwirken, dass rechtsgeschäftliche Erklärungen des Verbrauchers von diesem persönlich oder durch eine Vertrauensperson vor dem Notar abgegeben werden und dass der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhält, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinander zu setzen. Bei Verträgen, die eine Verpflichtung zur Übereignung bzw. zum Erwerb von Grundbesitz zum Inhalt haben, ist dies „im Regelfall“ dadurch zu leisten, dass dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts zwei Wochen vor der Beurkundung zur Verfügung gestellt wird. Die Vorschrift wird allgemein kritisiert, was auf ihre schematische Struktur und die gewählten Formulierungen auch ohne weiteres zutrifft. Im Hinblick auf das vorbezeichnete Ideal des vollständigen Vertrages ist die Idee der dem eigentlichen Beurkundungsverfahren vorgelagerten Informa-

⁵⁵ BGH WM 1996, 84 ff., 86.

⁵⁶ [Wortlaut???:»

⁵⁷ Vgl. *Eylmann/Vaasen-Frenz*, BNotO/BeukG, § 17 BeurkG Rz. 39 a; zur Gesetzgebungsgeschichte *Schmucker*, DNotZ 2002, 593 ff.

tion durch den Notar aber sinnvoll, zumindest dann, wenn sie den Beteiligten offen legt, welche Risiken mit welchen Konsequenzen wem zugeordnet sind, da dies ja Einfluss auf die Preisbildung hat. Jeder Notar schätzt es, wenn die Beurkundung nicht durch Preisverhandlungen belastet wird. Dann sollte der Notar aber auch seinen Teil dazu beitragen, dass eine Preisfindung vor Beurkundung auf möglichst optimaler Grundlage erfolgt.

Auch ist es durchaus sinnvoll, den schwächeren Teil durch eine zeitliche Ausdehnung des Vorverfahrens in die Lage zu versetzen, die wirtschaftlichen Folgen des Vertrages für sich in Ruhe zu durchdenken. Gerade in den Fällen, in denen der Beteiligte dann vom Vertragsschluss Abstand nimmt, dient dieses Verfahren dem Rechtsfrieden deutlich mehr als ein schnell geschlossener Vertrag, der kurz nach dem Abschluss schon einen Beteiligten reut. Die offene Formulierung der Vorschrift gibt den Notaren immerhin die Möglichkeit, diesem Bedürfnis einzelfallbezogen gerecht zu werden. Man kann allerdings nur hoffen, dass die Rechtsprechung dies in Streitfällen genau so sieht, denn die Plattform, auf der Streitigkeiten über die ordnungsgemäße Erfüllung der notariellen Amtspflichten entschieden wird, ist bestenfalls ein Verfahren der Dienstaufsicht, ansonsten aber der Haftungsprozess gegen den Notar.

Die Erfüllung der Schutzfunktion für den unerfahrenen und ungewandten Beteiligten kann durchaus zur Schicksalsfrage für die Rolle des deutschen Notars im Grundstücksrecht werden. Man erinnere sich: Im Jahre 1973 wurde der Anwendungsbereich des § 313 BGB a.F. auf die Verpflichtung, Eigentum an Grundbesitz zu erwerben, erweitert, um den damals regelmäßig mit unzumutbaren Vorleistungsrisiken belasteten Wohnungskäufer durch Verfahren besser zu schützen.⁵⁸ Seit dem Jahr 2002 werden dem Notar für dieses Beurkundungsverfahren spezifische Verfahrensvorschriften auferlegt, um ein ausreichendes Schutzniveau für den schwächeren Urkundsbeteiligten sicherzustellen. Kommt es später zu einer politischen Beurteilung, dass auch der Schutz des so modifizierten Beurkundungsverfahrens für den schwächeren Teil unzureichend ist, dann ist zu befürchten, dass alternative Schutzkonzepte (Widerrufsrechte, obligatorische Partei-

⁵⁸ S.o. Teil B I.1.

vertretung) in die Diskussion kommen. Solange hingegen die notarielle Beurkundung der wahrscheinlichste Weg in einen auch fairen Vertrag ist, kann ihr positiver Beitrag zur Schaffung von Rechtsfrieden nicht zweifelhaft sein.

3. Streitschlichtung und Streitvermeidung

Das Beurkundungsverfahren selbst ist kein Streitschlichtungsverfahren. Es setzt einen grundsätzlichen Konsens unter den Beteiligten voraus. Allerdings sind die Prüfungs- und Belehrungspflichten des Notars gemäß § 17 BeurkG geeignet, einerseits Unklarheiten in der Sache oder Missverständnisse der Beteiligten zu beseitigen, die einer Einigung im Wege stehen. Ebenso kann die Aufklärungsarbeit dazu führen, dass ein Beteiligter von einem beabsichtigten Vertrag Abstand nimmt, da er ihn für nicht in seinem Interesse liegend einstuft. Dies führt zwar zunächst zu Unzufriedenheit beim abschlusswilligen Vertragspartner, vermeidet aber den Rechtsstreit, der durchaus wahrscheinlich entsteht, wenn ein Vertragspartner nachträglich entdeckt, dass er bei zutreffender Information über das Geschäft besser nicht abgeschlossen hätte.

Notare in Bayern sind Schlichtungsstellen für obligatorische Schlichtungsverfahren gemäß § 15 a EGZPO. Der Anwendungsbereich der Vorschrift ist allerdings eher klein.⁵⁹ Es handelt sich um wirtschaftlich geringwertige Streitigkeiten, von denen die staatlichen Gerichte entlastet werden sollen.

Daneben sehen die §§ 86 ff. FGG die Vermittlung einer Nachlassauseinandersetzung durch Verfahren vor dem Notar vor. Dieses Verfahren führt allerdings in der Praxis ein Schattendasein.⁶⁰ Es ist wenig bekannt und auf freiwillige Mitwirkung der Beteiligten angewiesen. Ist diese im Grundsatz vorhanden, so bietet das normale Beurkundungsverfahren, insbesondere die Vorbereitung der Urkunde, i.d.R. genügend Gelegenheit, Einigungsmängel aufzudecken und Lösungen aufzuzeigen.

Ein großer Erfolg ist hingegen das notarielle Vermittlungsverfahrens gemäß §§ 87 ff. Sachenbereinigungsgesetz, durch das Notare in den neuen Bundesländern nach der Wiedervereinigung Deutschlands in erheblichem Um-

⁵⁹ Vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 750,00 EUR, nachbarrechtliche Streitigkeiten und Ehrstreitigkeiten bis zu einem Streitwert von 5.000,00 EUR.

⁶⁰ Sorge in *Walz*, Formularbuch außergerichtliche Streitbeilegung, § 12 Rz. 1.

fang dazu beigetragen haben, unklare Rechts- und Nutzungsverhältnisse an Gebäuden und Grundstücken zu klären und in das klare Grundbuchsystem des Sachenrechts des BGB sowie der GBO zu überführen.

4. Durchsetzbarkeit

Rechte aus notariellen Urkunden sind schnell und kostengünstig durchsetzbar. Die für eine vollstreckbare Urkunde notwendige Voraussetzung der Unterwerfung des Schuldners unter die Zwangsvollstreckung ist der absolute Regelfall im Rahmen einer notariellen Beurkundung, eine vom Notar vergessene Aufnahme der Erklärung kann ihn für daraus resultierende Rechtsverfolgungskosten haftbar machen. Verglichen mit einer gerichtlichen Klage mit sofortiger Anerkennung kostet eine vollstreckbare Urkunde über denselben Anspruch oft nicht einmal ein Zehntel.⁶¹ Allein schon die Gerichtskosten eines Mahnverfahrens liegen deutlich über denen der Errichtung einer vollstreckbaren Urkunde⁶², von hinzukommenden Anwaltskosten ganz zu schweigen. Noch besser stellt sich die Sache in den Fällen dar, in denen die Vollstreckungsunterwerfung als bloße Zutat zu einem ohnehin beurkundeten Geschäft keine Extrakosten auslöst. Kreditinstitute wie auch Inkassounternehmen nutzen diese Kostenvorteile stets, wenn mit den Schuldnern, gerade auch im Rahmen eines Stundungsvergleichs, eine entsprechende Einigung erzielt werden kann. Die Absicherung eines Immobiliarkredits durch eine aufgrund notarieller Urkunde vollstreckbare Grundschuld ist absolut übliche Kreditbedingung. Ausnahmen gibt es im interprofessionellen Bereich bei Grundpfandrechten mit hohen Werten, die aus Kostengründen nur für einen „zuletzt zu zahlenden Teilbetrag“ eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung vorsehen.⁶³ Das Vorgehen aus der voll-

⁶¹ *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Auflage 2006, § 6.5.

⁶² Vergleich Notarkosten inkl. Auslagen und 19 % USt gegenüber der halben Verfahrensgebühr nach Nr. 1110 KVGKG:

Wert 50.000,00 EUR	Notarkosten: ca. 180,00 EUR	Mahnbescheid: 228,00 EUR
Wert 100.000,00 EUR	Notarkosten ca. 270,00 EUR	Mahnbescheid: 428,00 EUR
Wert 500.000,00 EUR	Notarkosten ca. 980,00 EUR	Mahnbescheid: 1.478,00 EUR

⁶³ Vgl. hierzu *Amann* in Beck'sches Notarhandbuch, 4. Auflage 2006, A VI Rz. 31; *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Auflage 2006, § 28.27 - 29.

streckbaren Urkunde vermeidet Prozesse und entlastet damit die Justiz. Dies war mit der Hauptgrund für den Gesetzgeber, deren Anwendungsbe-
reich durch die 2. Zwangsvollstreckungsunterwerfung erheblich auszuwei-
ten.⁶⁴ Die Gesetzgebung der EU hat außerdem dazu geführt, dass diese
Durchsetzbarkeit nahezu im gesamten Binnenmarkt gewährleistet ist.⁶⁵
Neben dieser Vollstreckungsfunktion erleichtert natürlich auch das Gewicht,
das eine notarielle Urkunde als Beweismittel genießt, die Durchsetzbarkeit
von Ansprüchen.⁶⁶

III.

Der Beitrag zur Übernahme technologischer Entwicklungen

Es wird sich kaum ein deutscher Notar finden, der die Urkunde in Papierform für
ein Auslaufmodell und deren vollständigen Ersatz durch Speichermedien für die
Zukunft hält. Genauso unzweifelhaft ist es aber notwendig, die Notariate zu
funktionsfähigen, sicheren Teilnehmern am elektronischen Rechtsverkehr aus-
zubauen und auch die notarielle Urkunde für den elektronischen Rechtsverkehr
verfügbar zu machen. Auf die gesetzlichen Grundlagen für elektronische Ur-
kunden wurde schon hingewiesen.⁶⁷ Das Notariat war jedoch schon im Vorfeld
tätig, um seine Kompetenz im elektronischen Rechtsverkehr zu erlangen und zu
beweisen.⁶⁸

1. Zentrales Vorsorgeregister, Testamentsregister

Ein Angebot zur Nutzung der neuen Möglichkeiten des elektronischen
Rechtsverkehrs in Betreuungsverfahren ist das Zentrale Vorsorgeregister.

⁶⁴ BT-Drucksache 13/341 vom 27.01.1995, S. 20 ff.

⁶⁵ S. o. Teil A. Ziff. I.3.

⁶⁶ S.o. Teil A. Ziff. I.2.

⁶⁷ S.o. Teil A. Ziff. I.1.2.c) und II.3.b).

⁶⁸ Auch die U.I.N.L. hat sich des Themas früh angenommen, vgl. *Bettendorf*, EDV-Dokumente
und Rechtssicherheit, (II. Thema U.I.N.L. 1992) in BNotK (Herausg.), XX. Internationaler
Kongress des Lateinischen Notariats, Cartagena/Kolumbien 27.04. - 02.05.1992, Berichte der
deutschen Delegation, S. 29 ff.

Durch das Register sollen Vorsorgevollmachten im Betreuungsfall einfach, schnell und sicher gefunden werden. Die Bundesnotarkammer hat das Register Anfang 2003 auf eigene Initiative eingerichtet. Der Gesetzgeber hat diese Aufbauleistung zur Durchsetzung der Selbstbestimmung im Betreuungsfall umfassend anerkannt, das Zentrale Vorsorgeregister bei der Bundesnotarkammer gesetzlich verankert⁶⁹ und nach einer Übergangszeit, in der nur notarielle Dokumente registriert wurden, für sämtliche Formen der Vorsorgevollmacht geöffnet.

Die gesetzlichen Grundlagen - enthalten in einer Änderung der Bundesnotarordnung - sind zum 31.07.2004 in Kraft getreten.

Das Vorsorgeregister bewährt sich. Zum 31.12.2006 waren insgesamt 472.965 Vollmachten registriert. Insgesamt wurden im Jahr 2006 92.080 Auskunftersuchen durch Vormundschaftsgerichte gestellt.

Nach dem Vorbild des Zentralen Vorsorgeregisters erscheint auch die Überführung der derzeit noch dezentralen Registrierung von erbrelevanten Dokumenten beim Geburtsstandesamt der jeweiligen Person in ein zentrales Testamentsregister ebenfalls möglich.⁷⁰ Einmal etabliert verspricht man sich hierdurch die Schließung von Registrierungslücken, die beschleunigte Bearbeitung von Abrufen und insbesondere auch ein erleichtertes Auffinden von Dokumenten in internationalen Erbfällen. Anders als bei der Neuinstallation für Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen, die kein bestehendes staatliches System ablöste, gibt es für diesen Systemwechsel bisher jedoch keinen einheitlichen politischen Willen. Da aber die Diskussion um die Verlagerung von Tätigkeiten des Nachlassgerichts auf die Notare in vollem Gange ist, kann sich in diesem Zusammenhang auch in näherer Zukunft noch Vieles bewegen.

2. Notarnetz

Seit dem Jahr 2000 betreibt die NotarNet GmbH im Auftrag der Bundesnotarkammer das „Notarnetz“ als zentrale Sicherheitsstruktur für Notarbüros. Das Notarnetz war eine der ersten derartigen Lösungen am Markt und hat

⁶⁹ Gesetz vom 23.04.2004, BGBl. I 598.

⁷⁰ BNotK-Intern Ausgabe 3/1999, S. 3 - 7.

vielfach Maßstäbe gesetzt. Das Notarnetz ist eine sichere Internetplattform für Notare und ihre Mitarbeiter. Die speziellen, aufwendigen Sicherheitseinrichtungen für die Teilnahme am elektronischen Rechtsverkehr werden zentral betrieben, überwacht und gepflegt. Die Notare waren bei Inbetriebnahme dieses Netzes den Justizbehörden zeitlich deutlich voraus und haben so ihre Leistungsfähigkeit in diesem für die Zukunft so wichtigen Bereich unter Beweis gestellt. Dieses Engagement legte bereits früh den Grundstein für die technische Kompetenz der Notare. Diese war ausschlaggebend für die Vorreiterrolle, die die Notare im Bereich des elektronischen Rechtsverkehrs, insbesondere bei der elektronischen Handelsregisteranmeldung übernommen haben. Die NotarNet GmbH ist neben dem Betrieb des Notarnetzes auch zuständig für die Entwicklung und Pflege der Programme, die technische Voraussetzung für den elektronischen Rechtsverkehr mit dem Handelsregister von Seiten der Notare aus sind (SigNotar und XNotar).

Nach einer umfassenden technischen Erneuerung im Jahr 2006 erfreut sich das Notarnetz stetig wachsenden Interesses, da die sichere Nutzung des Online-Mediums für die Notare mehr und mehr in das Blickfeld tritt.

3. Elektronischer Rechtsverkehr, insbesondere Handelsregisteranmeldungen
Der Zweck der gesetzlich vorgeschriebenen notariellen Beurkundung muss erreicht werden, unabhängig davon, ob ein Dokument vom Notar in der herkömmlichen Papierform oder in elektronischer Form erstellt wird. Dabei sind hohe technische Anforderungen sowohl an die Erstellung als auch an die sichere Weitergabe entsprechender elektronischer Dokumente zu stellen. Bei der Erstellung elektronischer Dokumente kommt die elektronische Signatur zur Anwendung, und zwar sowohl bei originär in elektronischer Form vorliegenden Dokumenten als auch bei der Erzeugung elektronischer Abschriften von ursprünglich in Papierform vorliegenden Schriftstücken. Bei der Übersendung solcher elektronischer Dokumente an die elektronisch geführten Register liegt ein besonderes Augenmerk auf der Sicherheit der Telekommunikationsverbindung einerseits und der möglichst einfachen Verwertbarkeit der elektronisch übermittelten Information auf Seiten der Register andererseits. Denn die mit der Elektronisierung angestrebte Rationalisierung und Beschleunigung von Verfahren würde in Frage gestellt,

wenn der Empfänger elektronischer Dokumente diese für seine Zwecke zunächst in ein geeignetes Format konvertieren müsste.

Die vorstehend skizzierten Fragen beschäftigen sowohl die Bundesnotarkammer als auch die für den elektronischen Rechtsverkehr zuständigen Justizverwaltungen und den Gesetzgeber.

Die Bundesnotarkammer hat sich dieser Thematik frühzeitig angenommen. Die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) (jetzt Bundesnetzagentur) hat der Bundesnotarkammer bereits am 15.12.2000 die Genehmigung für den Betrieb einer Zertifizierungsstelle gemäß dem Signaturgesetz (SigG) erteilt. Die Bundesnotarkammer war damit die dritte Zertifizierungsstelle in Deutschland. Sie kann danach für alle Notare in Deutschland Zertifikate für qualifizierte elektronische Signaturen nach der höchsten Sicherheitsstufe ausstellen. Die Bundesnotarkammer gewährleistet hierdurch ein Höchstmaß an Vertrauenswürdigkeit und Zuverlässigkeit bei der elektronischen Kommunikation von Notaren mit Registern und anderen Stellen (bspw. Klienten, Kollegen sowie Behörden).

Der praktische Ernstfall hierfür ist am 01.01.2007 eingetreten durch das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG)⁷¹, das die rechtliche Grundlage für die elektronische Handelsregisteranmeldung bildet. In zwölf Ländern ohne Übergangsfrist, in vier Ländern mit Fristen zwischen einem Monat und einem Jahr, trat die Einreichung elektronischer Dokumente an die Stelle von Papierdokumenten. Die Notare sind verpflichtet, die Anmelde Daten neben der Bilddatei des Anmeldetextes in strukturierter Form zu übermitteln, damit diese unmittelbar zur Erzeugung des Eintragungstextes übernommen werden können. Die eigentliche Vorbereitung der Registereintragung wird so von den Gerichten auf die Notare ausgelagert. Trotz der relativ geringen Vorbereitungszeit auf Seiten der Justiz und der Notare bei der Umstellung des Handelsregisterverkehrs auf eine rein elektronische Führung war diese Systemumstellung erfolgreich und nur mit den üblichen kleineren Anfangsschwierigkeiten verbunden. Mittlerweile verläuft der elektronische Handelsregisterverkehr weitgehend reibungslos. Er hat zu einer weiteren Verkürzung der Eintragszeiten geführt. So beträgt der Zeitraum für die Eintra-

⁷¹ Bundesgesetzblatt Teil I, 2006, 2553.

gung einer GmbH regelmäßig nur noch wenige Stunden bis max. 3 Tage. Hierzu beigetragen hat auch die Bereitschaft der Notare, die notwendigen technischen Einrichtungen aufzubauen und spezifische Schulungsmaßnahmen mitzumachen. Den Kammern kommt wiederum das Verdienst zu, entsprechende Veranstaltungen organisiert zu haben, um das notwendige KnowHow rechtzeitig zu verbreiten.

Diese Beispiele zeigen, dass die deutschen Notare auf dem Weg ins Informationszeitalter den technischen Fortschritt aktiv begleiten und mitgestalten. Sie tragen im elektronischen Handelsregisterverkehr wesentlich zu einer weiteren Beschleunigung von Eintragungsverfahren bei.

IV.

Der Beitrag im System der Kreditsicherheiten⁷²

Die Weltbankberichte „Doing business in 2005“ und „Doing business in 2006“ sehen Deutschland bei der Möglichkeit für Unternehmer, Kredite zu erhalten, auf einem vorbildlichen dritten Platz unter 175 ausgewerteten Staaten. Das Ergebnis überrascht angesichts der insbesondere von kleinen und mittleren Unternehmen gefühlten und beklagten restriktiven Kreditvergabep Praxis deutscher Kreditinstitute, die häufig mit dem Stichwort „Basel II“ in Verbindung gebracht wird. Zu den positiv vermerkten Punkten im „Legal Rights Index“ gehören die Erlaubnis genereller Beschreibungen von Schulden mit der Folge, dass alle Arten von Verbindlichkeiten besichert werden können sowie der absolute Vorrang besicherter Verbindlichkeiten bei Verwertung der Sicherheiten in der Einzelvollstreckung wie auch im Insolvenzverfahren. Dies ist dem gesetzten Recht der Kreditsicherheiten geschuldet. Auch die Notare sowie die Registrierung von Kreditsicherheiten in einem umfassenden Grundbuchsystem leisten ihren Bei-

⁷² Vgl. allgemein zur Kreditsicherung: *Bezenberger*, Neue Wege der Kreditsicherung in der notariellen Praxis (IV. Thema U.I.N.L. 1995) in BNotK (Herausg.), XXI. Internationaler Kongress des Lateinischen Notariats, Berlin/Deutschland 28.05. - 03.06.1995, Berichte der deutschen Delegation, S. 239 ff.

trag für ein sicheres, funktionstüchtiges System und im Ergebnis auch für tragfähige Kreditbedingungen.

1. Grundbuchsystem

Das deutsche Grundbuchsystem liefert eine weitgehend⁷³ vollständige Auskunft über die Rechtsverhältnisse an Grundbesitz, auf deren Richtigkeit jede Person gemäß § 891 BGB vertrauen kann. Im Falle eines fehlerhaften Grundbuchs, der äußerst selten ist, können Personen, denen die Unrichtigkeit nicht bekannt ist, die unrichtig eingetragene Rechtsposition gutgläubig erwerben. Für Kreditgeber bedeutet dies, dass ein korrekt eingetragenes Grundpfandrecht eine absolut verlässliche Grundlage für die Zwangsvollstreckung und die vorrangige Befriedigung ist. Dieses Recht ist schnell erhältlich. Nach Erhalt der notwendigen Daten vom Kreditinstitut lässt sich das notarielle Dokument innerhalb weniger Stunden erstellen und je nach Überbringungsweg auch beim zuständigen Grundbuchamt einreichen. Dies gilt unabhängig davon, ob eine notarielle Beurkundung in Form der Niederschrift erfolgt oder - wie zur Eintragung eines Grundpfandrechts im Grundbuch ausreichend - die Beglaubigung der Unterschrift. Allerdings ist der Notar im deutschen Recht hier nicht eingebunden in das wirtschaftlich bedeutende Geschäft - den Darlehensvertrag. Daher sind bei der Bestellung der Sicherheit die wirtschaftlichen Entscheidungen (Darlehenshöhe, Laufzeit, Zinsen, Zinsbindung, Risikoabsicherung des Darlehensnehmers) bereits gefallen oder werden ohne Rücksicht auf das Grundpfandrecht getroffen. Die Eintragezeiten bei den Grundbuchämtern variieren nach Grundbuchamt und Jahreszeit zwischen einem Tag und mehreren Wochen, wobei auf Eilbedarf Rücksicht genommen wird. So lässt sich das Grundpfandrecht meistens innerhalb der zwei Wochen schaffen, in denen der Verbraucher noch zum Widerruf des Kreditvertrags gemäß §§ 495 Abs. 1, 355 BGB berechtigt ist. Kann die Eintragungszeit im Einzelfall bis zur Auszahlung

⁷³ Ausnahmen von der Vollständigkeit sind die in öffentlichen Verzeichnissen enthaltenen Baulasten, die von Bundesland zu Bundesland variieren, alte Rechte aus der Zeit vor der Einführung des Grundbuchs, in den alten Bundesländern also vor 1900, auf dem Gebiet der neuen Bundesländer auch aus jüngerer Zeit, sowie gesetzliche Vorkaufsrechte und die Haftung des Grundbesitzes für nicht bezahlte grundstücksbezogene Beiträge, Kosten und Abgaben.

des Kredits nicht abgewartet werden, so ermöglicht die Bestätigung des Notars, dass das Grundpfandrecht nach Aktenlage beim Grundbuchamt rangrichtig eingetragen werden wird, häufig die vorzeitige Auszahlung.

2. Vollstreckungstitel

Es wurde schon erwähnt, dass die Absicherung eines Immobiliarkredits durch eine aufgrund notarieller Urkunde vollstreckbare Grundschuld die absolut übliche Kreditbedingung ist. Diese ermöglicht in der Krise des Schuldners eine schnelle und verglichen mit prozessual erstrittenen Titeln sehr kostengünstige Möglichkeit der zwangsweisen Rechtsverwirklichung, auf die in der Bankenpraxis aber erst als letztes Mittel zurückgegriffen wird. Kostengünstiger, schneller und i.d.R. auch einträglicher ist nämlich der freie Verkauf des besicherten Grundbesitzes durch den Eigentümer oder den Insolvenzverwalter. Trotz des statistisch eher seltenen Titelgebrauchs wird also auf diesen nicht verzichtet. Dies belegt, dass die Kosten des Titels im Verhältnis zu seinem Nutzen, wenn er benötigt wird, äußerst günstig sein müssen.

Gemäß der Verordnung zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels über unbestrittene Forderungen (EG) 805/2004, ist ein im Inland errichteter Vollstreckungstitel in notarieller Urkunde europaweit einsetzbar. Der deutsche Notar fungiert dabei als dezentrale, zeitlich gut verfügbare, kompetente und schnell arbeitende Stelle und ist so ein wichtiger Teil des Systems der Kreditsicherheiten in Deutschland.

V.

Der Beitrag zur Erfüllung des staatlichen Informationsbedarfes/Mitwirkung im System der Abgabenerhebung, Entlastung staatlicher Stellen

Der Notar ist auf verschiedenste Weise in die staatliche Informationsbeschaffung eingebunden. Dort, wo das Gesetz eine öffentlich beglaubigte Unterschrift fordert, also unter anderem auf die Identitätsfeststellung besonderen Wert legt, übernimmt der Notar die damit verbundene Arbeit, die sonst von der Behörde,

die auf die Identitätsfeststellung angewiesen ist, selbst vorgenommen werden müsste. Dies sind in Deutschland in erster Linie die Grundbuchämter und Handelsregister. Diese müssten, um die gleiche Identitätsfeststellung zu leisten, ganz anders für Parteiverkehr ausgestattet und personell besetzt werden. Die Beteiligten müssten ihrerseits teilweise längere Anfahrtswege in Kauf nehmen, die mit zunehmender Zentralisierung der Behörden in Zukunft eher länger als kürzer werden. Natürlich löst die Identifizierung durch den Notar ebenfalls Kosten aus, die von den Beteiligten bei diesem zu bezahlen sind, nur sind dies keine Mehrkosten für die Beteiligten oder die Gesellschaft, sondern Kosten, die immer anfallen, solange das Bedürfnis genauer Identifizierung besteht und nicht durch andere Mittel flächendeckend befriedigt werden kann.

Neben dieser zentralen Funktion der öffentlichen Beglaubigung durch den Notar erfüllt der Notar aber weitere Informationsbedürfnisse des Staates:

1. Grunderwerbsteuer

Jedes Rechtsgeschäft über Grundbesitz oder Teile an Grundbesitz ist steuerbar nach dem Grunderwerbsteuergesetz (GrEStG). Die Steuer trifft Unternehmer wie Privatpersonen in gleicher Weise. Der zu erhebende Steuersatz ist seit dem 01.09.2006 in die Kompetenz der Länder gestellt worden. Er beträgt im nahezu gesamten Bundesgebiet 3,5 %, in Berlin seit dem 01.01.2007 allerdings schon 4,5 %. Festsetzung und Erhebung setzen eine zuverlässige Information der Finanzämter voraus. Gemäß § 18 GrEStG hat der Notar dem zuständigen Finanzamt schriftlich Anzeige nach amtlich vorgeschriebenem Vordruck zu erstatten über alle Rechtsvorgänge, die er beurkundet oder über die er eine Urkunde entworfen und darauf eine Unterschrift beglaubigt hat, die ein Grundstück in Deutschland betreffen. Urkunden, Ausfertigungen oder beglaubigte Abschriften dürfen den Beteiligten erst erteilt werden, wenn die Anzeige an das Finanzamt abgesandt wurde, § 21 GrEStG. Die Steuererhebung erfolgt auf diese Weise schnell, gleichmäßig und wirkungsvoll. Der Notar darf für diese Tätigkeit keine gesonderten Kosten erheben, nur die Auslagen (Kopierkosten, Porto) sind von den Beteiligten zu bezahlen. Eine elektronische Übermittlung der An-

zeige ist derzeit noch gesetzlich ausgeschlossen, § 18 Abs. 1 Satz 3 GrEStG. Das Aufkommen betrug 2003 rund 4,8 Mrd.⁷⁴

2. Schenkungsteuer

Auch für die Schenkungsteuer haben die Notare gemäß § 8 Abs. 1 und 4 Erbschaftsteuereinführungsgesetz dem für die Verwaltung der Erbschaftsteuer zuständigen Finanzamt eine beglaubigte Abschrift der Urkunde über eine Schenkung oder eine Zweckzuwendung unter Lebenden unter Angabe des der Kostenberechnung zugrunde gelegten Werts mit amtlichem Vordruck zu übersenden. Anders als bei der GrESt führt dies nur zu einer partiellen Information, da Schenkungen auch ohne notarielle oder gerichtliche Mitwirkung möglich sind. Der von den Notaren abgedeckte Bereich, nämlich Schenkungen von Grundbesitz oder von GmbH-Geschäftsanteilen, umfasst allerdings erhebliche Werte.

3. Körperschaftssteuer

Gemäß § 54 Einkommensteuer-Durchführungsverordnung (EStDV) haben die Notare durch Übersendung einer beglaubigten Abschrift an das zuständige Finanzamt Anzeige zu erstatten von Beurkundungen oder Beglaubigungen, die die Gründung, Kapitalerhöhung oder -herabsetzung, Umwandlung oder Auflösung von Kapitalgesellschaften oder die Verfügung über Anteile an Kapitalgesellschaften zum Gegenstand haben.

Abgedeckt werden hierdurch nahezu alle Vorgänge bei der GmbH, während die Verfügung über Aktien oder Anteile an Auslandsgesellschaften mangels Notarpflicht nur über die Beteiligten selbst angezeigt werden. Gleiches gilt natürlich bei den in diesem Bereich vorkommenden Auslandsbeurkundungen, da sich die Verpflichtung der Verordnung nur an deutsche Notare richtet.

Diese Verpflichtung wurde nun durch einen neuen Absatz 4 dahin erweitert, das gesonderte Anzeigen bei einem beschränkt steuerpflichtigen Veräußerer zu erfolgen haben.⁷⁵

⁷⁴ www.bundesfinanzministerium.de/cln_02/nn_3478/DE/Service/Lexikon__A__Z/G/003.html

⁷⁵ „(4) Im Fall der Verfügung über Anteile an Kapitalgesellschaften durch einen Anteilseigner, der nicht nach § 1 Abs. 1 des Gesetzes unbeschränkt steuerpflichtig ist, ist zusätzlich bei dem

4. Geldwäsche

Notare sind neben Kreditinstituten, Rechtsanwälten und Anderen identifizierungs- und anzeigepflichtig nach dem Geldwäschegesetz (GwG)⁷⁶. Notarielle Geschäfte erscheinen in Deutschland denkbar ungeeignet, um unerkannt Geld zu waschen. Neben den Pflichten aus dem Geldwäschegesetz hat der Notar die Anzeigepflichten nach vorstehend Ziff. 1. - 3. an die deutschen Finanzämter. Ferner setzt das notarielle Geschäft i.d.R. das persönliche Erscheinen des Beteiligten bei der Beurkundung selbst oder im Vorfeld bei Beurkundung einer Vollmacht, Ermächtigung oder Genehmigung voraus. Die informierten Finanzämter sind untereinander vernetzt, so dass z.B. ein Grundstückskäufer, der vom GrESt-Finanzamt dem Finanzamt der Einkommensteuer gemeldet wird, ohne weiteres eine Anfrage erhalten kann, woher denn seine Mittel zum Kauf stammen, wenn deren Erwerb dem Finanzamt nicht plausibel erscheint. Hinzu kommt, dass die Abwicklung notarieller Verträge so gut wie nie durch Barzahlung geschehen, so dass auch noch die Informationssysteme der Banken greifen, und dem Notar die Verwahrung von Bargeld verboten ist, § 54 a Abs. 1 BeurkG.

5. Gutachterausschuss

Gemäß §§ 192 ff. Baugesetzbuch (BauGB) werden bei den unteren Verwaltungsbehörden (Landratsämter) zur Ermittlung von Grundstückswerten und für sonstige Wertermittlungen selbständige, unabhängige Gutachterausschüsse gebildet. Gemäß § 193 Abs. 3 BauGB führt dieser eine Kaufpreissammlung, wertet sie aus und ermittelt Bodenrichtwerte und sonstige zur Wertermittlung erforderliche Daten. Um diese Arbeit zu ermöglichen, ist jeder Vertrag i.S.v. § 311 b Abs. 1 BGB bzw. über die entgeltliche

Finanzamt Anzeige zu erstatten, das bei Beendigung einer zuvor bestehenden unbeschränkten Steuerpflicht des Anteilseigners oder bei unentgeltlichem Erwerb dessen Rechtsvorgängers nach § 19 der Abgabenordnung für die Besteuerung des Anteilseigners zuständig war.“

⁷⁶ Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten v. 25.10.1993, BGBl I, 1993, 1770, zuletzt geändert durch Art. 11 Gesetz v. 15.12.2003, BGBl I, 2676, das die Richtlinie 91/308/EWG des Rates vom 10.06.1991 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche (Abl. EG Nr. L 166 S. 77) umsetzt.

Begründung eines Erbbaurechts von der beurkundenden Stelle, d.h. in aller Regel von den Notaren, in Abschrift dem Gutachterausschuss zu übersenden.

Die Bodenrichtwerte, § 196 BauGB, sind wiederum Grundlage der steuerlichen Bewertung, nebenbei gesagt die einzige im Bereich des Grundbesitzes, die vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in seinem Beschluss vom 07.11.2006, 1 BvL 10/02, als verfassungskonform eingestuft wurde.

Auch hier erfolgt eine (selbstverständliche) Unterstützung der sonstigen Verwaltung durch die Notare.

Die Beispiele zeigen, dass die Tätigkeit des Notars insbesondere die fiskalische Tätigkeit des Staates unterstützt. Zwar sieht das Gesetz regelmäßig Anzeigepflichten auch des Steuerpflichtigen selbst vor, legt z.B. Arbeitgebern die Abführung der Lohnsteuer oder Unternehmern die Erklärung und Abführung von Umsatzsteuer auf. Die Pflichten des Notars sind aber vor allem dort angesiedelt, wo Steuern nicht regelmäßig, sondern einmalig entstehen und der Großteil der Steuerpflichtigen auch nicht professionell, sondern in privaten Angelegenheiten tätig ist. Dort sind sie ein wichtiger Bestandteil einer gleichmäßigen Steuererhebung und damit ein Beitrag zu Steuerehrlichkeit und Steuergerechtigkeit. Diesen Beitrag auf andere, z.B. die Grundbuchämter, zu verlagern, brächte sicher keinen Effizienzgewinn. Da notarielle Urkunden nach Abschluss der Beurkundung nicht mehr geändert werden dürfen und stets Datum und Errichtungsort enthalten, scheidet Steuerverkürzungen durch nachträgliche Manipulationen an Dokumenten praktisch aus, was ebenfalls die zutreffende steuerliche Behandlung erleichtert. Letztlich ist der Notar somit in mehrfacher Hinsicht eine Außenstelle anderer staatlicher Behörden, nimmt diesen im Vorfeld Arbeit ab oder macht eine nachgelagerte Arbeit (z.B. Steuerfahndung und Prüfung) teilweise entbehrlich.

VI.

Der Beitrag zur internationalen Rechtsanwendung

Auch wenn Notare mit Hoheitsbefugnissen ihres Staates beliehen werden und insoweit Staatsgewalt ausüben, ist ihre Tätigkeit nicht nur auf nationale Vor-

gänge beschränkt. Vielmehr werden die Sachverhalte, mit denen der Notar konfrontiert wird, zunehmend international. Dem muss sich zunächst einmal jeder Notar selbst stellen, indem er die hierzu notwendigen Grundkenntnisse erwirbt. Zumindest für den europäischen Raum erscheinen in deutscher Sprache zunehmend Handbücher, die darüber hinaus auch den Inhalt des materiellen Rechts anderer Staaten vermitteln.⁷⁷ Neben zahlreichen Fortbildungsveranstaltungen verschiedener Anbieter im Europarecht und im Internationalen Privatrecht hat der Rat der Notariate der Europäischen Union (CNUE) im Jahr 2004 mit Unterstützung der Europäischen Kommission das Fortbildungsprogramm „FORMANOTE“ durchgeführt, mit dem in Fortbildungsveranstaltungen die Kenntnis der Notare über die Bezüge ihrer Tätigkeit zum Recht der EU vertieft wurde. Die Veranstaltungen wurden am 01.10 und 04.10.2004 in Berlin bzw. Bochum mit zahlreichen Teilnehmern erfolgreich durchgeführt. Auch sonst gibt es genügend Beispiele für Entwicklung im internationalen Bereich.

1. Internationalisierung der notariellen Urkunde⁷⁸

Die Internationalisierung der notariellen Urkunde, d.h. insbesondere deren grenzüberschreitende Anerkennung und Vollstreckung setzt ein Grundvertrauen in die Qualität notarieller Tätigkeit im allgemeinen und der notariellen Urkunde im besonderen voraus, denn insbesondere im Bereich der Zwangsvollstreckung besteht eher Zurückhaltung, Dokumente als deren Grundlage zu akzeptieren. Insofern ist das Inkrafttreten der EuVTVO⁷⁹ am

⁷⁷ Süß, Rembert/Haas, Ulrich, Erbrecht in Europa, 2004; Süß, Rembert/Ring, Gerhard, Eherecht in Europa, 2006; Süß, Rembert/Wachter, Thomas, Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, 2006; Wachter, Thomas/Frank, Susanne, Handbuch Immobilienrecht in Europa, 2004 (Dr. Rembert Süß, Rechtsanwalt, arbeitet beim DNotl im Refarat III - Ausländisches und Internationales Privatrecht, .Thomas Wachter und Dr. Susanne Frank sind Notare in München).

⁷⁸ Auch dies war aus anderem Blickwinkel schon Kongressthema, vgl. Wirner/Ott, Bedeutung und Wirkung einer ausländischen Urkunde für den inländischen Notar, (IV. Thema U.I.N.L. 1992) in BNotK (Herausg.), XX. Internationaler Kongress des Lateinischen Notariats, Cartagena/Kolumbien 27.04. - 02.05.1992, Berichte der deutschen Delegation, S. 163 ff.

⁷⁹ Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen vom 21.04.2004 (ABl. EG 2004, Nr. L 143 S. 15); siehe schon oben Teil A. Ziff. 1.3.

21.01.2005 ein echter Quantensprung, da es nicht mehr wie bisher eines nationalen Vollstreckbarerklärungsverfahrens bedarf, um einen Vollstreckungstitel zu erhalten, sondern - ebenso wie bei Urteilen über unbestrittene Forderungen - gemäß Art. 25 Abs. 2 EuVTVO die im Ursprungsmitgliedstaat als europäischer Vollstreckungstitel bestätigte öffentliche Urkunde ohne weiteres vollstreckt wird.

Geht es um die Beweiskraft, so bedarf es für die Gleichstellung mit inländischen Urkunden nur des Nachweises der Echtheit, insbesondere durch die sogenannte „Apostille“. Dieser Echtheitsnachweis kann für die Urkunden einer jetzt schon großen und ständig steigenden Zahl von Staaten geführt werden.⁸⁰

Deutlich schwieriger stellt sich nach wie vor die Beantwortung der Frage dar, wann eine ausländische öffentliche Urkunde geeignet ist, die durch eine deutsche Formvorschrift aufgestellte Wirksamkeitsvoraussetzung der notariellen Beurkundung zu erfüllen.⁸¹ Die Frage stellt sich nur dort, wo das nach dem IPR anzuwendende Sachrecht⁸² die notarielle Beurkundung als Wirkform gesetzlich vorschreibt. Die Antwort fällt von Fall zu Fall unterschiedlich aus,⁸³ was in der Unterschiedlichkeit der Formvorschriften und deren Funktion ihren Grund hat.⁸⁴

⁸⁰ Das Haager Übereinkommen gilt laut Internetauskunft der Auswärtigen Amtes (<http://www.auswaertiges-amt.de/diplo/de/Laender/Konsularisches/Urkundenverkehr/UrkundenverkehrTeilB.html#t3>) gegenwärtig zu 80 anderen Staaten.

⁸¹ Vgl. schon oben Teil A.I.1. am Ende.

⁸² Maßgeblich insbesondere, aber nicht ausschließlich Art. 9 Abs. 2, 3 und 6 des Römischen EWG-Übk. über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht v. 19.06.1980 bzw. Art. 11 Einführungsgesetz zum BGB (EGBGB); künftig Art 10 Rom I VO (vgl. KOM(2005) 650 endgültig, Vorschlag für eine VERORDNUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES über das auf vertragliche Schuldverhältnis anzuwendende Recht (Rom I).

⁸³ Zu den Fällen siehe oben Teil A III.1.

⁸⁴ So verlangt § 925 BGB nicht die notarielle Beurkundung, sondern Abgabe einer Erklärung bei gleichzeitiger Anwesenheit der Beteiligten vor der zuständigen Stelle, insbesondere den deutschen Notaren. Die notarielle Beurkundung des § 311 b BGB erfordert, dass alle in Bezug auf das Rechtsgeschäft relevanten Regelungen in die Urkunde aufgenommen werden müssen,

2. Internationale Programme

Über die Tätigkeit und Bedeutung der U.I.N.L. und des Rats der Notariate der Europäischen Union muss an dieser Stelle nicht berichtet werden. Ergänzend erwähnt sei die zunehmende Zahl von Veranstaltungen, die dem Kennenlernen, der Fortbildung und dem Erfahrungs- und Wissensaustausch benachbarter Notariate im Bereich der Landesgrenzen dienen.⁸⁵ Hier werden wiederum Netzwerke geschaffen, die für die sachgerechte Bewältigung internationaler Fälle unerlässlich sind.

3. Deutsches Notarinstitut

Die Rolle des DNotI wurde in diesem Bericht schon an anderer Stelle mehrfach gewürdigt. Der Beitrag des DNotI zur internationalen Rechtsanwendung liegt auf der Hand. Laut Tätigkeitsbericht 2005 wurden in 2005 für Notare 2.521 Gutachten zum ausländischen und internationalen Recht erstellt, im Vorjahr sogar noch einige mehr. Diese Gutachten sind für deutsche Notare über die Internetdatenbank, Faxabruf oder auch auf individuelle Anfrage verfügbar. Sie bieten bei internationalen Sachverhalten eine verlässliche Grundlage für die Rechtsanwendung.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die deutschen Notare der Internationalisierung ihrer Tätigkeit Rechnung tragen und aus dem Notariat eine Reihe von Anstößen kommen, die Bewältigung internationaler Rechtsprobleme zu verbessern und zu vereinfachen. An den Projekten zur Vereinheitlichung des Rechts wird tatkräftig mitgearbeitet.

während sich § 15 Abs. 4 GmbHG mit der Beurkundung der Abtretungserklärung und § 518 Abs. 1 BGB mit der Beurkundung des Schenkungsversprechens begnügt.

⁸⁵ z.B. Polnisch-deutsche Praktikertagung vom 27. bis 29.10.2005 in Görlitz und Zgorzelec; DAI Fortbildung Notarieller Rechtsverkehr mit Frankreich 26. Mai 2006 in Straßburg; 35. Bayerisch-Salzburgisches Notarentreffen, 15./16. September 2006 in Berchtesgaden.

C.

**Die wirtschaftliche Bedeutung der notariellen Amtstätigkeit
für die Entwicklung der Gesellschaft**

Die wirtschaftliche Bedeutung der notariellen Amtstätigkeit ist noch nicht erforscht worden. Obwohl die ökonomische Analyse des Rechts seit mehr als zwanzig Jahren auch die deutsche Wissenschaft erreicht und zu zahlreichen Abhandlungen angeregt hat, finden sich in dem deutschen Standardlehrbuch⁸⁶ keine Ausführungen zur Form des Rechtsgeschäfts als ökonomischer Faktor, geschweige denn zur notariellen Urkunde. Zwingende Schlüsse lassen sich daraus nicht ableiten, doch wird man folgern dürfen, dass die durch in Deutschland bestehende Formerfordernisse ausgelösten Kosten nicht bedeutend genug sind, um ihnen einen eigenen Platz in der ökonomischen Analyse des Zivilrechts zuzuordnen. Mit Kosten sind hier selbstverständlich nicht nur die Notarkosten, sondern alle dem Formerfordernis zuzuordnenden Transaktionskosten⁸⁷ gemeint.

Auch dieser Bericht kann keine umfassende ökonomische Analyse der notariellen Urkunde leisten. Er wird jedoch zeigen, dass die in Weltbankberichten veröffentlichte Behauptung, die vorgeschriebene Einschaltung von Notaren sei für die wirtschaftliche Entwicklung hinderlich, jedenfalls für die Deutsche Rechtsordnung auf fehlerhaften Annahmen und unzureichender Kenntnis von Recht und Praxis basiert. Zudem sind die für diese Beurteilung gewählten Kriterien unzureichend, um die Leistungen der jeweiligen Rechtsordnungen ökonomisch zu bewerten. Nach der Kritik des Weltbankberichts wird deshalb auf weitere Gesichtspunkte hingewiesen, deren Berücksichtigung für eine ökonomische Gesamtbetrachtung unerlässlich ist. Diese können dazu führen, dass der Beitrag des Notars innerhalb seiner Rechtsordnung auch wirtschaftlich betrachtet positiv ist.

⁸⁶ Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Auflage 2005.

⁸⁷ Auch wenn es eine wasserdichte Definition der Transaktionskosten wiederum nicht gibt, vgl. Schäfer/Ott, vorstehende Fn., S. 101.

I.

Weltbankberichte: Recht als Wirtschaftsfaktor

Anlass, sich mit den ökonomischen Aspekten der notariellen Beurkundung zu befassen, haben nicht zuletzt die Weltbankberichte (Doing Business) gegeben. Insbesondere Teile des Berichts aus dem Jahr 2004⁸⁸ enthielten Angriffe auf die Tätigkeit des Notars. In Kapitel 2 des Berichts („Starting a Business, S. 17 ff.“) heißt es lapidar (frei übersetzt): „Der Einsatz von Notaren zur Beglaubigung von Dokumenten zur Registrierung eines Unternehmens kann beseitigt werden... Dort, wo der Gang zum Notar vorgeschrieben ist, macht dieser häufig den größten Teil der Registrierungskosten aus.“ Das Schaubild 2.7 ist überschrieben mit „Notare - eine nutzlose Last“ und beweist den mit dem Notariat verbundenen Verlust an Kosten und Zeit.⁸⁹ Weniger direkt, aber doch deutlich genug, werden im 7. Kapitel (The Practice of Regulation) die Vorzüge des Common-Law sowie des Rechts der nordischen Länder hervorgehoben, eine Feststellung, die mittelbar auch wieder auf den Civil-Law-Notary zurückfällt.⁹⁰ Schließlich ist es für ein G-8-Land, das sich gerne unter den ersten sieht, nicht unbedingt befriedigend, sich bei der Bewertung, wie einfach es ist, ein Unternehmen zu betreiben, auf dem 21. Platz zu finden.⁹¹

Es nützt nichts, den Berichten zu unterstellen, sie seien darauf ausgerichtet, das System des anglo-amerikanischen Rechtskreises als internationalen Standard zu etablieren und damit der Wirtschaft und den Rechtsberatern insbesondere aus den U.S.A. und Großbritannien, Vorteile zu verschaffen.⁹² Dem steht schon das ausdrückliche Lob für die nordischen Staaten entgegen, deren System sich von dem des Common Law erheblich unterscheidet.

⁸⁸ Doing Business in 2004, Understanding Regulation: A copublication of the World Bank, the International Finance Corporation, and Oxford University Press (zitiert:Doing Business 2004).

⁸⁹ Alles zu finden auf S. 26, Doing Business 2004

⁹⁰ Doing Business 2004, S. 89.

⁹¹ siehe <http://www.doingbusiness.org/EconomyRankings/>

⁹² Dass die Durchsetzung von Rechtsstandards ein Mittel der Macht- und Wirtschaftspolitik ist, kann hingegen kaum bezweifelt werden, vgl. z.B. im Bereich des Urheberrechts *Haedicke*, Urheberrecht und die Handelspolitik der Vereinigten Staaten von Amerika, München 1997.

Angezeigt ist hingegen eine genauere Untersuchung des Berichts in bezug auf die für das Notariat relevanten Fragestellungen und, basierend auf diesen Erkenntnissen, die Überprüfung der Aussagen des Berichts, die sich unmittelbar auf das Notariat und das Rechtssystem beziehen, in dem das Notariat seinen angestammten Platz hat.

1. Gründung eines Unternehmens („Starting a Business“)

Da die Kritik des Notarsystems unter dem Punkt „Starting a Business“ besonders harsch ausgefallen ist und Deutschland in diesem Punkt des Rankings einen wenig schmeichelhaften 66. Platz belegt hat, soll dieser Teil zuerst untersucht werden.

a) Die Fallstudie

Die Bewertung der Weltbank erfolgt unter Annahme eines „typischen“ Gründungsfalles, der wie folgt definiert ist:

- Gegründet wird eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, und zwar bei mehreren Möglichkeiten die gebräuchlichste Form. In Deutschland ist dies die GmbH.
- Diese wird in der Stadt mit den meisten Einwohnern tätig, hier Berlin.
- Gründer sind fünf natürliche Personen aus Deutschland.
- Startkapital ist das 10-fache Pro-Kopf-Einkommen in Deutschland, bar eingezahlt. Die Weltbank legt hier \$ 34.580 als pro Kopf-Einkommen zugrunde.⁹³ Das Kapital beträgt folglich \$ 345.800,00, bei einem Dollarkurs von ca. \$ 1,28 also runde EUR 270.000,00.
- Geschäftsgegenstand sind Tätigkeiten der Produktion oder des Handels, die keiner gesonderten Erlaubnisse bedürfen.
- Die Gesellschaft hat/erwirbt keinen Grundbesitz, sondern mietet ihn.
- Sie erhält keine speziellen Förderungen.
- Sie beschäftigt einen Monat nach dem Geschäftsbeginn 50 Arbeitnehmer, alle deutscher Nationalität.
- Sie hat einen Mindestumsatz des 100fachen Pro-Kopf-Einkommens, wohl also ca. 2,7 Mio EUR.
- Die Gesellschaftsurkunde ist zehn Seiten lang.

⁹³ <http://www.doingbusiness.org/ExploreEconomies/EconomyCharacteristics.aspx>

b) Bewertung im Bericht⁹⁴

Der Bericht listet drei Kriterien auf, nach denen die Gründungsfreundlichkeit beurteilt wird, nämlich die Zahl der notwendigen Schritte, bis das Unternehmen beginnen darf, die für diese Schritte veranschlagte Zeitdauer und die damit verbundenen Kosten. In Deutschland dauert dieser Prozess nach dem Bericht 24 Tage, in denen 9 Schritte vollzogen werden müssen. Die Kosten belaufen sich auf \$⁹⁵ 1.775,19, wobei hierfür ein Euro-Kurs von ca. \$ 1,28 zugrunde gelegt wurde, was also Kosten von ca. EUR 1.386,86 bedeutet. Dies sind 5,1 % des Pro-Kopf-Einkommens.

Diese Kosten fallen nur bei drei Schritten an, nämlich bei der notariellen Beurkundung von Gründung und Satzung (\$ 1.183,23), bei der Anmeldung zum Handelsregister (\$ 553,58) und bei der Gewerbebeanmeldung (\$ 38,38). Im Vergleich mit den Spitzenreitern dieser Kategorie sieht das nicht sehr gut aus, denn

- in Kanada und Australien benötigen Unternehmer nur zwei Schritte, die in 2 (Australien) bzw. 3 Tagen (Kanada) bewältigt werden, nämlich die Anmeldung zum Unternehmensregister und die Anmeldung bei der Steuerbehörde;
- in Dänemark benötigt der Unternehmer drei Schritte (Besorgung einer digitalen Signatur, Einzahlung des Startkapitals auf einem Bankkonto und elektronische Anmeldung beim zentralen Handels- und Unternehmensregister), für die als Dauer fünf Tage angenommen werden.

Auch die Kosten für die Unternehmer sind deutlich geringer, in Australien \$ 590,10, in Kanada \$ 278,06 (jeweils für die Unternehmensregistrierung) und in Dänemark \$ 0,00.

Allerdings relativiert schon dieser Vergleich eine Kritik des Weltbankberichts, nämlich die am Erfordernis eines Mindestkapitals, das zur Gründung einer GmbH verlangt wird. Der Weltbankbericht bezeichnet dies als überflüssig, undifferenziert und ineffizient.⁹⁶ In Dänemark müssen 44,6 % des Pro-Kopf-Einkommens als Mindestkapital eingezahlt werden, was dem

⁹⁴ Die Daten sind dem Bericht für das Jahr 2006 entnommen.

⁹⁵ Wenn nicht näher gekennzeichnet, sind US \$ gemeint.

⁹⁶ Doing Business 2004, S. 26.

derzeitigen deutschen Wert von 46,2 % nahezu entspricht. Die Dauer des Einzahlungsprozesses ist in beiden Ländern gleich (1 Tag). Einer sehr guten Bewertung steht dieser Punkt jedenfalls nicht entgegen. Kommt es in Deutschland zur GmbH-Reform⁹⁷ so wird die mindestens einzuzahlende Summe auf EUR 5.000,00 reduziert, was nur noch 18,48 % des Pro-Kopf-Einkommens entspricht.

Legt man die Kriterien der Weltbank zugrunde, ergibt sich folgendes Ziel: Verkürzung des Verfahrens auf einen Schritt, der in einem Tag erledigt werden kann, wenn nämlich z.B. die beiden in Australien und Kanada genannten Registrierungen über eine Zentralbehörde online erledigt werden könnten.

Nicht jeder Platz der Rangliste lässt sich aus den vorgenannten Kriterien überzeugend erklären. Japan hat das Erfordernis eines Mindestkapitals für Kapitalgesellschaften abgeschafft und ist damit auf den 18. Platz der Rangliste gesprungen. In den nackten Zahlen des Berichts sind dort acht Schritte zur Gründung des Unternehmens nötig, diese dauern 23 Tage und kosten 7,5 % des Pro-Kopf-Einkommens, d.h. es ist ungefähr gleich kompliziert, dauert ungefähr gleich lang und ist 50 % teurer als in Deutschland. Es müssen andere - ungenannte - Faktoren sein, die den Vorsprung von 48 Plätzen vor Deutschland rechtfertigen.

c) Kritik des Berichts

Der Bericht über Deutschland ist zunächst in einigen Punkten zu korrigieren oder zumindest zu präzisieren.

Zeit und Arbeitsschritte

Von den neun genannten Schritten ist der erste, nämlich die Prüfung der Firma bei der örtlichen Industrie- und Handelskammer kein notwendiger Schritt, sondern nur eine Möglichkeit, im Vorfeld eventuelle Verwendungsprobleme oder auch die rechtliche Zulässigkeit abzuklären. Die Bewertung müsste folglich auf 8 Schritte und eine Dauer von 23 Tagen berichtigt wer-

⁹⁷ S.o. A.III.1.e)

den, was die Sache allerdings noch nicht großartig verbessert. Die Zeitdauer ist im wesentlichen den 14 Tagen geschuldet, die für die Anmeldung und Eintragung im Handelsregister angesetzt sind und die man für die Zeit vor der Umstellung auf die elektronische Anmeldung als realistischen Durchschnittswert akzeptieren muss, wenn auch der Notar im Einzelfall eine deutliche Beschleunigung bis hin zu einem Arbeitstag bewirken kann.

Insgesamt sieben Tage werden den Schritten 5 bis 9 zugemessen, die für die Gewerbeanmeldung (3 Tage), die Anmeldung bei der IHK, die Meldung beim Arbeitsamt, den Sozialversicherungsträgern (Kranken- und Rentenversicherung) und beim Finanzamt (je ein Tag) nötig sind. Es ist kein Grund ersichtlich, warum diese Anmeldungen und Meldungen, die innerhalb eines gewissen Zeitraums nach der Gründung von der Geschäftsführung erledigt werden müssen, nicht auch an einem Tag gemeinsam erledigt werden können oder zumindest, wenn auf die Meldung eine Übersendung von Formularen erfolgt, die ausgefüllt und zurückgesendet werden müssen, die Erledigung in zwei Arbeitstagen möglich ist. Der Bericht der Weltbank sieht die Möglichkeit der Mehrfacherledigung, nimmt sie aber für Deutschland hier nicht an. Da diese Dinge aber außerhalb des Notariats liegen, müssen sie hier nicht vertieft werden. Kritisch anzumerken ist aber, dass die vorherige Erledigung der Schritte 5 - 9 für den Beginn der Geschäftstätigkeit nicht unbedingt notwendig ist, diesen also nicht notwendig verzögern. Was bleibt, ist in jedem Fall jedoch der mit Ihnen verbundene Aufwand.

Kosten

Stärker ins Gewicht fällt, dass die angenommenen Kosten mit den eigenen Prämissen nicht übereinstimmen. Die für die Gründung angenommene Gebühr von \$ 1183,23 entspricht der Wertgebühr für eine GmbH-Gründung mit Stammkapital von EUR 270.000,00, nämlich EUR 924,00. Es gibt jedoch kein Gesetz, das vorschreibt, das benötigte Startkapital auch zum Stammkapital zu machen. So kann die GmbH ohne weiteres mit EUR 25.000,00 Kapital gegründet werden, auf das aber das knapp 11-fache-Kapital sofort eingezahlt wird. Die notwendigen Kosten belaufen sich dann auf EUR 168,00, was \$ 215,04 entspricht. Wird mehr beurkundet, so sind die Mehrkosten keinesfalls notwendige Kosten des Gründungs- und Anmelde-

verfahrens, sondern der beurkundeten wechselseitigen vertraglichen Verpflichtung, einen bestimmten Betrag einzuzahlen.

Auf dieser Grundlage wären auch die Kosten für die Anmeldung und Eintragung zum Handelsregister zur ermitteln. Notwendig ist nur eine Unterschriftsbeglaubigung des Notars für eine Anmeldung von EUR 25.000,00, mit Kosten und Auslagen ca. EUR 28,50 die Kosten des Handelsregisters von genau EUR 100,00 (übrigens unabhängig vom Wert) und die Kosten der Veröffentlichung der Eintragung, die von Ort zu Ort variieren, da sie von den Sätzen der Tagespresse abhängig sind (im Bericht mit EUR 130,00 geschätzt). Diese Kosten summieren sich also auf EUR 258,50⁹⁸, was \$ 330,88 entspricht.

Damit ergeben sich für Deutschland auf den Fall bezogen notwendige Anmeldekosten von

Notarkosten der Gründung und Satzungsfeststellung:	\$ 215,04
Kosten der Anmeldung und Veröffentlichung	\$ 330,88
Kosten der Gewerbeanmeldung	\$ 38,38

Gesamtkosten	\$ 584,30.
	=====

Damit liegen die Kosten noch knapp unter denen des Spitzenreiters Australien, allerdings weit über denen der anderen beiden Spitzenkandidaten.

Die von der Weltbank angenommenen, ca. 3 x höheren Kosten resultieren aus einem Vergleich zwischen Äpfeln und Birnen. Die fälschlicherweise höher angesetzten Anmeldekosten lassen sich nur dadurch erklären, dass nicht die notwendige Unterschriftsbeglaubigung, sondern auch die Erstellung des Anmeldetextes durch den Notar und dessen Einreichung bei Gericht als notwendige Tätigkeit angesehen wurden und deshalb auch die hierfür entstehenden Kosten mit einbezogen wurden. Die Entwurfstätigkeit des Notars wird zwar häufig verlangt, ist aber nicht notwendig

⁹⁸ Selbst die Anmeldung bei einem Geschäftswert von EUR 270.000 erfordert nur Notarkosten von 123,00 EUR statt 28,50 EUR, alle übrigen Kosten der Anmeldung und Eintragung bleiben gleich. Statt \$ 553,58 sind deshalb maximal \$ 451,84 zutreffend.

vorgeschrieben. Bei den drei Spitzenreitern der Rangliste entwirft niemand für die Beteiligten irgend etwas, die Arbeit muss jeder selber tun oder gegen Bezahlung von Dritten übernehmen lassen.

d) Verbesserungen im deutschen Rechtssystem

Die vorstehende Kritik besagt nicht, dass es in Deutschland nicht ausreichend Potential zur Optimierung gäbe. Insbesondere die durchschnittliche Gründungszeit von 24 (23) Tagen und die Notwendigkeit von acht Einzelschritten sind fern vom Optimum. Die Frage ist, ob die Notare einer solchen Optimierung entgegenstehen oder die Annäherung an das Optimum im deutschen Rechtssystem mit Notaren erreicht werden kann. Die Antwort kann nur lauten: Die Verbesserung ist im Rahmen des deutschen Rechtssystems mit Notaren möglich und ist - optimistisch eingeschätzt - sogar bereits im Gange. Die Einführung des elektronischen Handelsregisters sowie der Entwurf zur Änderung des GmbH-Rechts wurden oben bereits angesprochen. Ein ordnungsgemäßes Funktionieren des elektronischen Systems vorausgesetzt fallen damit Übertragungszeiten zwischen Notariat und Handelsregister weg. Da die Notare verpflichtet sind, Anmeldungen als strukturierte Daten an die Gerichte zu senden, die dort eingelesen werden können, reduziert sich die Arbeit beim Registergericht auf die Überprüfung der Richtigkeit und wenige Schritte der Umsetzung. Die bisher ermittelten 14 Tage Zeit für dieses Verfahren sollten so auf 3 Tage verkürzt werden können. Von den verbleibenden 12 Tagen sind dann insgesamt 4 dem System Notar und Handelsregister geschuldet, ein weiterer der Einzahlung des Kapitals bei der Bank, die im Zeitalter des Internets allerdings auch taggleich mit der Gründung erfolgen und bestätigt werden kann und die sieben Tage für die Schritte 5 bis 9, die grundsätzlich außerhalb des Systems Notar - Handelsregister liegen. Will man diese Meldepflichten beibehalten⁹⁹, so ist es im Zeitalter des Internet in erster Linie eine Frage des technischen Willens, alle Meldepflichten über ein zentrales Portal erfüllbar zu machen. Dies könnte diese Formalitäten auf einen Arbeitsgang und -

⁹⁹ Hier ist nicht der Ort, die Notwendigkeit der einzelnen Einrichtungen zu diskutieren. Dies sind (sozial-)politische Entscheidungen, die jedenfalls kein unmittelbares Problem des Beginns einer gewerblichen Tätigkeit sind.

wenn notwendige Steuer- und Versicherungsnummern rasch erzeugt und übermittelt werden, zeitlich auf einen Arbeitstag reduzieren. Ein realistisches Optimierungsziel sind somit fünf Tage (1 Tag Gründung beim Notar und Einzahlung des Kapitals, 3 Tage für die Anmeldung und Eintragung beim Handelsregister, 1 Tag für die sonstigen Meldungen), wobei der Tag für die sonstigen Meldungen auch mit dem Zeitraum für die Anmeldung und Eintragung beim Handelsregister zusammenfallen könnte.

Es ist denkbar, den Notar bei dieser Optimierung sogar weiter ins Spiel zu bringen. Die LNotK Bayern beteiligt sich an einem Projekt mit dem Arbeitstitel Gründeragentur Bayern¹⁰⁰, dessen Ziel die Einrichtung eines sog. „One-Stop-Shops“¹⁰¹ für Unternehmensgründer ist. Der Notar als notwendige Anlaufstelle für die Identitätsprüfung würde hier die Aufgabe übernehmen, nicht nur dem Handelsregister, sondern auch den übrigen Stellen die notwendigen Meldungen zu machen. Dies entspräche einem Zentralportal, allerdings mit dem zum Internet gravierenden Unterschied, dass der Notar persönlich aufgesucht werden muss und nicht angeklickt werden kann. Dies empfindet aber auch heute noch nicht jeder als Nachteil.

Damit wäre das Optimierungsziel wie folgt beschrieben:

- Zwei Schritte, nämlich zentrale Vornahme aller notwendigen Handlungen beim Notar und Einzahlung des Mindestkapitals.
- Notwendige Zeit: 3 - 4 Tage, wobei jeder Tag, der länger über den zweiten hinaus geht, einer verzögerten Weiterbearbeitung im Notariat oder einer verzögerten Bearbeitung im Handelsregister geschuldet, also nicht notwendig ist.

Hier zeigt sich, dass der Notar anders als in den Ländern des Common Law und den nordischen Ländern zusätzlich hinzu kommt, funktionell aber die dezentrale Außenstelle anderer Einrichtungen sein kann, also gerade nicht der Quell zusätzlicher Bürokratie, sondern eine gelungene Form staatlicher Bürgernähe. Allerdings liegt es an den Notaren selbst, diesen Anspruch auch einzulösen, insbesondere die dafür notwendigen technischen Schritte zu unternehmen und durch Büroorganisation und Kundenfreundlichkeit ein positives Bild abzugeben.

¹⁰⁰ Siehe <http://www.gruenderagentur-bayern.de/anmeldungen/gewerbeamt.html>

¹⁰¹ Ganz im Sinne des Weltbankberichts, vgl. Doing Business 2004, S. 25.

Bezüglich der Kosten ergibt sich, wenn man die vorstehend dargestellten Mindestkosten zugrunde legt, kaum Optimierungspotential. Im Zuge der Umstellung auf elektronische Medien werden die Veröffentlichungen in der Tagespresse wegfallen, die von der Weltbank mit EUR 90,00 eher günstig angesetzt sind. Zieht man diese \$ 115,20 noch ab, so bleiben als Mindestkosten EUR 469,10 übrig. Das ist extrem günstig und innerhalb des Systems sicher nicht weiter nach unten zu korrigieren. Diese Kosten entsprechen auch nicht den derzeit üblicherweise gezahlten Kosten, da regelmäßig notarielle Entwurfs- und Vollzugstätigkeit außerhalb des gesetzlich vorgeschriebenen Minimums in Auftrag gegeben wird, so Entwurf und ggf. auch Beurkundung des ersten Protokolls der Gesellschafterversammlung, Entwurf der Anmeldung, der bei Gericht einzureichenden Liste der Gesellschafter und die Einreichung dieser Unterlagen beim Handelsregister, seit 01.01.2007 nun in elektronischer Form. Je nach Umfang der beauftragten Tätigkeit erhöht dies den Umfang der Kosten um \$ 200 - 500, so dass derzeit Gesamtkosten von durchschnittlich ca. \$ 700,00 - \$ 1.100,00 entstehen, nach Wegfall der Veröffentlichung in der Tagespresse von ca. \$ 100,00 weniger.

Um den Notar als zentrale Anlaufstelle im Sinne des Optimierungsmodells zu nutzen, wären diese Kosten auch notwendige Kosten, solange am Erfordernis der Beurkundung von Gründung und Satzung festgehalten wird.¹⁰²

Am Gesetzgeber läge es, das Bedürfnis nach dem möglichst sofortigen Erhalt einer haftungsbeschränkten juristischen Person noch weiter zu befriedigen. So wäre es denkbar, auch unter Beibehaltung eines Mindestkapitals die Eintragung schon vor dessen Einzahlung zu bewirken, und die Haftungsbeschränkung nur davon abhängig zu machen, dass dieses innerhalb angemessener Frist nach Gründung geleistet wird. In Bezug auf Genehmigungserfordernisse schlägt das MoMiG diesen Weg nun ein, was die Eintragszeiten für genehmigungspflichtige Unternehmenszwecke deutlich verkürzen wird. Konsequenter wäre es allerdings, die Frage der Genehmigung ganz von der Existenz der Gesellschaft und deren Zweck zu lösen,

¹⁰² Zu dieser Frage gleich.

und stattdessen nur das unternehmerische Handeln selbst dem Genehmigungserfordernis zu unterwerfen. Bei natürlichen Personen und Personengesellschaften ist dies schließlich nicht anders. Der Gegenstand des Unternehmens wäre dann nur noch bedeutend für die Gesellschafter und die Organe der Gesellschaft, nicht aber für Dritte. Auch das Bedürfnis, den Gegenstand zu präzisieren, läge dann in der Hand der Gesellschafter. Wenn diese eine Gesellschaft gründen wollten, deren Zweck jede Tätigkeit ist, die legal ist, könnte man sie gewähren lassen und die Einhaltung der Legalität erst dann prüfen, wenn Tätigkeit entfaltet wird.

e) Gesamtkritik

Schon die vorstehenden Ausführungen sind geeignet, die Stigmatisierung der Notare als nutzlose Last zu entkräften. Allerdings kommt es darauf an, was die Notare leisten und was diese Leistung wert ist. Die vorstehende Kritik muss deshalb ergänzt werden um die Frage, ob die Berichte der Weltbank geeignet sind, die ökonomischen Auswirkungen unterschiedlicher Rechtssysteme richtig und fair zu bewerten. Diese Kritik soll sich hier wiederum nur auf das untersuchte Feld der Gründung eines Unternehmens beziehen.

aa) Kosten

Nimmt man zunächst einmal den Gesichtspunkt der Kosten näher unter die Lupe, so fällt auf, dass diese beschränkt sind auf notwendige Kosten der Gründungsformalien. Ausgeblendet werden alle sonstigen Kosten, die üblicherweise anfallen, wenn das Unternehmen des Beispielsfalls verwirklicht wird. Es dürfte fern jeder Realität sein, dass die fünf Unternehmer abgesehen von den notwendigen Gründungsformalitäten weder Zeit noch Know-How auf die Frage verwenden, wie sie ihre Zusammenarbeit strukturieren. Vielmehr werden sie Rat zu unterschiedlichsten Dingen benötigen, unter anderem auch Rechtsrat und steuerliche Beratung. Nur dann, wenn auch diese Kosten in die Bewertung einbezogen werden, lässt sich tatsächlich beurteilen, wie kosteneffizient ein Rechtssystem ist. Allerdings hat guter Rechtsrat im anglo-amerikanischen Rechtskreis nicht gerade das Image, günstig zu sein. Vernünftig untersuchen lässt sich diese Frage allerdings nicht durch einen fiktiven Fall, sondern durch eine empirische Erfassung

der tatsächlich erfolgenden Unternehmensgründungen. Da Kapitalgesellschaften verpflichtet sind, ihre Bilanzen offen zu legen, sollten die Gründungs-, Rechts- und Steuerberatungskosten des ersten Geschäftsjahres durchaus ermittelbar sein. Der Aufwand ist natürlich größer als einen fiktiven Fall per Fragebogen auszuwerten.

Ein zweiter Einwand drängt sich auf. Nach den Kriterien der Studie ist eine Unternehmensgründung in Dänemark insoweit optimal geregelt, als sie nichts kostet, richtiger gesagt, das Unternehmen nichts kostet. Dieser unternehmensbezogene Ansatz ist aber nicht unbedingt ökonomisch richtig, denn natürlich entstehen durch eine ordnungsgemäße Registrierung des Unternehmens und die öffentliche Zugänglichkeit des Registers Kosten, die jedenfalls makroökonomisch betrachtet nicht notwendig dadurch optimal verteilt sind, dass sie statt vom Unternehmen von der Allgemeinheit getragen werden. Vielmehr spricht einiges dafür, diese Kosten zumindest teilweise, vielleicht aber auch sogar ganz dem Verursacher aufzuerlegen. Schließlich ist es auch sonst nicht unüblich, die Kosten einer Statusveränderung und der Urkunden zu deren Nachweis, z.B. die Kosten der standesamtlichen Trauung und des Familienbuchs, aber auch einfache Dokumente wie Ausweise, Führerscheine etc. als „Verursacher“ zu bezahlen. Man gerät hier allerdings auch sehr schnell in eine allgemeine Diskussion zur Verteilungsgerechtigkeit, wie sie auch in Bezug auf Studiengebühren, Kosten von Kindergartenplätzen und Schule, Krankheits- und Pflegekosten geführt werden, um nur einige Beispiele zu nennen, deren ökonomische Relevanz - wenn man die dort eingesetzte Geldmenge betrachtet - noch erheblich größer ist als die der Kosten einer Unternehmensgründung.

Dies soll hier nicht weiter verfolgt werden. Festzuhalten ist jedoch, dass es nicht per se eine ökonomische Fehlentscheidung ist, Unternehmer die Kosten tragen zu lassen, die sie mit der Aufnahme unternehmerischer Tätigkeit verursachen. Ökonomisch effizient ist eine Rechtsordnung, wenn sie in möglichst geringem Umfang dazu beiträgt, solche Kosten zu verursachen, wobei einer Deregulierung jedenfalls dort Schranken zu setzen sind, wo sie auf Kosten anderer - auch der Allgemeinheit - geschieht, wenn diese Kosten die Kostenersparnis des Unternehmers übersteigen.

bb) Beispielfall und Realität

Ein weiterer Ansatz zur Kritik bietet der gewählte Beispielfall selbst. Die dort gewählten Daten zur Unternehmensgründung wären - falls sie Realität würden - für jeden deutschen Standort selbstverständlich ein Grund zu großer Freude. Dies deshalb, weil Neugründungen von Unternehmen dieser Größenordnung schon in Bezug auf das Kapital, insbesondere aber auch in Bezug auf die Zahl von 50 Arbeitnehmern und mehr als \$ 5,0 Mio Umsatz im ersten Jahr die Ausnahme sind. Selbst Bill Gates hat kleiner angefangen, wenn man der kolportierten Gründungsgeschichte glauben darf. Eine jüngst durchgeführte Umfrage¹⁰³ unter deutschen Notaren zur Frage der Geschäftswerte bei der Abtretung von GmbH-Anteilen hat ergeben, dass knapp 45 % der Geschäfte einen Wert von bis zu EUR 12.500,00 erreichen, weitere gut 25 % einen Wert zwischen EUR 12.500,00 und EUR 25.000,00 und gut 18 % einen Wert zwischen EUR 25.000,00 und EUR 100.000,00. Die Gründer des Beispielfalls beginnen ihr Geschäft mit Anteilen im Wert von jeweils EUR 54.000,00, d.h. sicher in einem Bereich der oberen 20 %. Insoweit führt der Schluss vom Geschäftswert von Abtretungen zum Stammkapital bei der Gründung eher noch zu überhöhten Zahlen, weil wie oben gezeigt das Stammkapital auch deutlich unter dem eingesetzten Kapital liegen kann und in der Regel auch liegt, weil Unternehmer die mit dem Stammkapital verbundene Bindung scheuen und Wert auf möglichst freie Rückzahlbarkeit der Einlagen legen.

Es ist kein überzeugendes Vorgehen, ein Rechtssystem danach zu bewerten, wie es einen Beispielfall behandelt, der statistisch eher am Rand liegt. Im Regelfall liegen alle Zahlen (Beteiligte, Kapital, Arbeitnehmer, Umsatz) deutlich kleiner als im Beispielfall. So findet auch der Wettbewerb zwischen den Gesellschaftsformen in Deutschland, der durch die Rechtsprechung des EuGH in erster Linie zwischen der GmbH und Gesellschaften ohne Mindestkapital, insbesondere der Limited englischen Rechts statt, also in einem Bereich, in dem schon Barmittel zwischen EUR 12.500,00 und EUR 25.000,00, die für unternehmerische Zwecke einsetzbar sind, für die Gründer ein relevantes, oft sogar unüberwindliches Hindernis sind.

¹⁰³ Veröffentlicht in notar 2/2006, S. 53 ff., lesbar auch unter <http://www.dnotv.de/> (link: Zeitschrift notar).

cc) Mehrwert „erzwungener“ Rechtsberatung

Weiter stellt sich die Frage, ob durch die Einschaltung des Notars nicht ein Mehrwert für die Beteiligten entsteht, der die im Weltbankbericht hervorgehobenen „Nachteile“ notarieller Tätigkeit nicht nur kompensiert, sondern sogar zu einem positiven Saldo führt.

Die Beweislast für einen Mehrwert der Formpflicht für den ihr unterworfenen Beteiligten liegt allerdings bei den Notaren, denn was für den einzelnen offenkundig gut ist, macht dieser ohnehin freiwillig. Ordnet das Gesetz hingegen eine bestimmte Form an, liegt der Einwand nahe, dass der Mehrwert dieser „Zwangsbeglückung“ für den Einzelnen nicht so ohne weiteres erkennbar, schlimmer noch, möglicherweise tatsächlich gar nicht vorhanden ist. Der vorstehende Einwand ist aber streng genommen gültig für jede Art von Regelung (alle Formvorschriften, Widerrufsrechte, Folgen von Pflichtverletzungen und anderen Vertragsstörungen). Ökonomisch anerkannt ist aber, dass es sinnvoll ist, Verträge in Regelungen einzubetten, die ohne entsprechenden Parteiwillen oder gar gegen einen solchen gelten, da hierdurch das theoretische Ziel des vollständigen Vertrags besser angenähert wird als im regelungsfreien Raum.¹⁰⁴

Hier werden die zu Anfang ausgeführten verschiedenen Formen notarieller Urkundstätigkeit relevant. Geht es bei der Beglaubigung der Unterschrift im Rahmen der Handelsregisteranmeldung ganz wesentlich auch um Interessen der Allgemeinheit, nämlich Unternehmensträger und Leitungsorgane sicher bestimmen zu können und das Register von unvollziehbaren Anmeldungen zu verschonen, also ein einfaches und effizientes Arbeiten der Registrierungsstelle zu ermöglichen, lässt sich die vorgeschriebene notarielle Beurkundung (statt nur Beglaubigung oder gar nur Schrift- bzw. Textform) von Gründung, Satzung/Statut, Satzungsänderung und Geschäftsanteilsabtretung kaum mit dem Interesse der Allgemeinheit rechtfertigen. Die Zwecke notarieller Beurkundung¹⁰⁵ richten sich in erster Linie an die an der Beurkundung Beteiligten.

¹⁰⁴ Siehe Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Auflage 2005, S. 401 ff.

¹⁰⁵ S.o. Teil A. Ziff. III.1.

Allerdings ist es für eine ökonomische Rechtfertigung nicht geboten, dass die notariellen Leistungen allen Unternehmern einen Mehrwert oder gar den gleichen Mehrwert bringt. Liegt der Mehrwert primär in der geleisteten rechtlichen Beratung und daneben vielleicht noch im Schutz vor Übereilung, so ist es einsichtig, dass eine in Rechtsdingen optimal informierte und geschäftlich erfahrene Person dies als überflüssig empfindet. Zwar ist eine solche Person möglicherweise unter dem Blickwinkel von Opportunitätskosten¹⁰⁶ froh, sich nicht mit solch einfachen Dingen abgeben zu müssen, weil sie vom Notar zeitschonend und vergleichsweise kostengünstig erledigt werden. Gerade diese Person kommt dann aber ohnehin freiwillig zum Notar.

Diese Person ist aber statistisch nicht die Regel, sondern die Ausnahme. Selbst Geschäftsleute sind in den Angelegenheiten, die die innere Verfassung ihres Unternehmens betreffen, oft erstaunlich unbedarft. Nun sind Verträge von Kapitalgesellschaften üblicherweise solche, die auf lange Dauer angelegt sind und, zumindest bei der GmbH, auch typischerweise eine gut funktionierende Kooperation der Gesellschafter voraussetzen. Ökonomisch besteht bei einem solchen Vertrag mehr als bei anderen Verträgen erstens die Gefahr, dass sich während der Laufzeit die Umwelt oder auch der Mitgeschafter nachteilig verändert. Zweitens kommt es zu vertragsspezifischen Investitionen, die später zu Zwangslagen führen können.¹⁰⁷

Die notarielle Rechtsberatung führt neben der Einhaltung gesetzlicher Vorschriften auch dazu, dass sich die Gesellschafter Gedanken über unangenehme Veränderungen (Tod, Insolvenz, Scheidung eines Gesellschafters), ein geordnetes Auseinandergehen, Abfindungen für Ausscheidende und die Festigkeit der Verbindung (Verkäuflichkeit des Anteils, Kündigungsmöglichkeiten) machen und hierzu Regelungen treffen, die ohne Beratung in den meisten Fällen unterbleiben würden. Dass solche Regelungen ökonomisch einen Mehrwert haben, liegt auf der Hand, und wird auch z.B. von

¹⁰⁶ Vgl. hierzu *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Auflage 2005, S. 81 f.

¹⁰⁷ Vgl. zu diesen Risiken *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Auflage 2005, S. 396.

der Kreditwirtschaft anerkannt, wenn sie die vertragliche Verfassung eines Unternehmens in ihr Rating einbezieht.

2. Erwerb einer Immobilie

Der zweite zu untersuchende Fall trifft sozusagen ins Herz des deutschen notariellen Selbstverständnisses. Der Erwerb einer Immobilie ist sein Kerngeschäft, mit - wie oben beschrieben - nahezu unangefochtener Alleinständigkeit. Der dort erreichte 42. Platz ist zwar etwas besser als der 66. im vorangehenden Fall, jedoch immer noch fern vom deutschen Selbstverständnis und überdies 9 Plätze schlechter als 2005. Wie im ersten Fall ist vielmehr zu analysieren, was aus dem Bericht tatsächlich entnommen werden kann und wo Möglichkeiten bestehen, aufgedeckte Schwachpunkte unter Beibehaltung des deutschen Rechtssystems und seiner Notare zu beseitigen.

a) Die Fallstudie

Die Bewertung der Weltbank erfolgt unter Annahme eines „typischen“ Kaufvertrages, der wie folgt definiert ist:

- Käufer ist eine GmbH mit Sitz in der Stadt mit den meisten Einwohnern, hier Berlin. Sie wird zu 100 % von deutschen Staatsangehörigen privat besessen, hat 50 Angestellte, alle deutscher Staatsangehörigkeit, und betreibt nicht näher spezifizierte Handelsgeschäfte.¹⁰⁸
- Kaufgegenstand ist eine Immobilie mit einem Wert des 50-fachen Pro-Kopf-Einkommens, was zu einem Kaufpreis von EUR 1.351.576,00 führt.
- Verkäufer ist eine andere GmbH mit Sitz in Deutschland.
- Die Immobilie ist vermessen, im Kataster des Vermessungsamtes und im Grundbuch registriert. Es bestehen keine Eigentumsstreitigkeiten.

¹⁰⁸ Bemerkenswert ist, dass sämtliche Kriterien dieses Satzes für einen Immobilienerwerb in Deutschland überhaupt keine Rolle spielen, d.h. der Immobilienkauf von der Gesellschafterstruktur, der Arbeitnehmerschaft und der Tätigkeit der Gesellschaft völlig unabhängig ist.

- Die Immobilie besteht aus Grundstück (557,4 qm) und aufstehendem Gebäude, ein Warenhaus mit 929 qm Fläche. Das Gebäude ist 10 Jahre alt, in gutem Zustand und in jeder Hinsicht gesetzeskonform. Alles wird als Einheit übereignet.
- Renovierungen oder Erweiterungsbauten sind nicht vorgesehen.
- Bäume, Wasserquellen sowie Objekte des Natur- oder Denkmalschutzes sind nicht vorhanden.
- Spezialgenehmigungen wegen besonderer Nutzungen sind nicht erforderlich.
- Die Immobilie steht leer und ist nicht Ansprüchen Dritter ausgesetzt.

b) Bewertung im Bericht

Der Bericht listet drei Kriterien auf, nach denen die Transaktionsfreundlichkeit des deutschen Rechts in bezug auf das Fallbeispiel beurteilt wird, nämlich die Zahl der notwendigen Schritte, bis der neue Eigentümer registriert ist, die für diese Schritte veranschlagte Zeitdauer und die damit verbundenen Kosten. In Deutschland dauert dieser Prozess nach dem Bericht 40 Tage, in denen 4 Schritte vollzogen werden müssen. Die Kosten belaufen sich auf \$ 76.778,82, was im Verhältnis zum Wert der Immobilie 4,5 % Kosten bedeutet.

Im einzelnen teilt sich dies wie folgt auf:

- | | | |
|---|---------|--------------|
| 1. Besorgung des Grundbuchauszugs und Beurkundung des Grundstücksvertrags: | 5 Tage | \$ 13.848,37 |
| 2. Herbeiführung der Kaufpreisfälligkeit (Vormerkung, Vorkaufsrechtsanfrage, etc.): | 20 Tage | \$ 1.010,18 |
| 3. Zahlung der Grunderwerbsteuer und Erhalt der Unbedenklichkeitsbescheinigung: | 15 Tage | \$ 59.473,39 |
| 4. Eigentumsumschreibung und Löschung der Vormerkung im Grundbuch: | 15 Tage | \$ 2.446,88 |

Im Vergleich mit den Spitzenreitern dieser Kategorie sieht das wiederum nicht sehr gut aus, denn

- in Neuseeland sind nur zwei Schritte nötig, die genau 2 Tage dauern und gerade mal \$ 1.024,47 kosten;

- in Litauen, das eine notarielle Beurkundung des Kaufvertrags vorsieht, sind es drei Schritte in drei Tagen für \$ 2.312,33; in der Slowakei, einem nahen Nachbarn Deutschlands, sind es ohne Notar drei Schritte in 15 Tagen für geradezu lächerliche \$ 268,54 und
- in den Niederlanden, mit Platz 22 auch deutlich vor Deutschland gelegen, sind es zwei Schritte in fünf Tagen, aufgrund 6 %iger Grunderwerbsteuer allerdings Kosten in Höhe von EUR 112.534,83.

Legt man die Kriterien der Weltbank zugrunde, ergibt sich wie bei der Unternehmensgründung folgendes Ziel: Verkürzung des Verfahrens auf einen Schritt, der in einem Tag erledigt werden kann und nach Möglichkeit für den Käufer nichts kostet.

c) Kritik des Berichts

Anders als der Bericht zur Gründung eines Unternehmens ist der zur Registrierung von Grundeigentum schon in seinen Kriterien so schlecht, dass aus ihm keine ernst zu nehmenden Beurteilungen abgeleitet werden können. Schon das Schlagwort „Registering Property“ zeigt deutlich, dass der in allen Ländern untersuchte Sachverhalt ganz unterschiedliche Prozeduren erfasst. Es werden stets alle Schritte erfasst, die notwendig sind, damit der Eigentumserwerb des Käufers registriert wird. Ein System, das den Kaufvertrag und die Absicherung des Leistungsaustauschs mit der Registrierung des Eigentumserwerbs verknüpft, wird für all diese Leistungen verglichen mit einem System, das eine davon unabhängige Registrierung kennt. Maßgeblich für die Bewertung sind jedoch unabhängig vom Leistungsumfang nur die Zahl der notwendigen Schritte, die dafür verbrauchte Zeit und die auf staatlicher Anordnung beruhenden Kosten. Hier werden also nicht Äpfel mit Birnen, sondern ein Obstkorb mit einer Pflaume verglichen und dabei festgestellt, dass letztere schneller und billiger zu erhalten ist. Eine wahrhaft beeindruckende Leistung. Für das deutsche Rechtssystem wird dabei verkannt, dass der Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung im Grundbuch für den Käufer in der Regel - und so auch in der Fallstudie - von untergeordneter Bedeutung ist.

Dennoch soll die Mühe nicht gescheut werden, den Bericht auf die deutsche Realität hin näher zu überprüfen.

aa) Zeit und Arbeitsschritte

Um es vorweg zu sagen: Die Gesamtdauer von vierzig Tagen, die von der Anmeldung des Kaufvertrags beim Notar bis zum Abschluss der Eigentumsumschreibung angesetzt ist, entspricht nicht meiner bayerischen Erfahrung. In der Regel dauert der Prozess deutlich länger, wobei die Einbeziehung des Notars selbst kaum Zeit kostet, wohl aber die Mitwirkung sonstiger Stellen, insbesondere des Finanzamts.

1. Schritt: Beurkundungsverfahren

Soweit es den Notar betrifft, so sind fünf Tage von der Anmeldung eines Vertrages bis zu dessen Beurkundung ein guter Wert, auf Wunsch sicher machbar, aber wohl nicht die Regel. Voraussetzung ist, dass der Kaufvertrag in allen kritischen Punkten ausgehandelt ist. Da selbst bei einem Geschäft mit der Bedeutung des Ausgangsfalls die Anmeldung oft erfolgt, ohne dass eine rechtliche Vorberatung stattgefunden hat, ist das keineswegs zu erwarten. In diesem Fall entwirft der Notar nach dem Ergebnis des Grundbuchauszugs und den Angaben der Beteiligten für beide Seiten den Vertrag und sendet diesen zur Überprüfung zu. Auf Basis des Textes ergeben sich für die Beteiligten oft Fragestellungen, die nicht ausreichend bedacht wurden und in dieser Phase dann verhandelt werden. Der Notar und seine Mitarbeiter stehen in dieser Phase als neutrale Berater den Beteiligten zur Seite, beheben Verständnisschwierigkeiten und bieten Formulierungsvorschläge für gefundene Lösungen. Haben sich die Beteiligten dann geeinigt, wird der so gefundene Text beurkundet. Wie gesagt, es geht in fünf Tagen, doch es handelt sich um das Zustandekommen des Vertrages, um die Schritte, die neudeutsch auch „filing“, „signing“ und „closing“ genannt werden, wobei es zwischen dem ersten und dem letzten in der Regel kein „signing“ gibt.

2. Schritt: Vollzug bis zur Kaufpreisfälligkeit

Der zweite Schritt, nämlich die Erfüllung aller Bedingungen für die Kaufpreisfälligkeit, ist mit 20 Tagen für die Art des Falles eher hoch angesetzt.

Die im ausführlichen Bericht genannten 7 - 60 Tage sind nur nachvollziehbar, wenn echte Ausreißer bei der Vorkaufsrechtsanfrage einbezogen werden. Angesichts der Einfachheit des gestellten Sachverhalts könnte es schneller (5 - 15 Tage) gehen, denn es wäre nur die Eintragung der Vormerkung und die Vorkaufsrechtsbescheinigung der zuständigen Gemeinde herbeizuführen. Gerade bei letzterer hängt die Dauer davon ab, ob aufgrund der Lage des Objekts die Ausübung des Vorkaufsrechts überhaupt erwogen wird. In diesem eher seltenen Fall reichen 20 Tage zumeist nicht, weil Gemeinderat oder Bauausschuss damit befasst werden. In anderen Fällen sind gut organisierte Gemeinden ohne weiteres in der Lage, in fünf Tagen die Bescheinigung zu übersenden. Diese Bescheinigung ist nötig, damit das Eigentum umgeschrieben werden kann. Doch damit ist die Stringenz des Berichts auch schon am Ende. Alle weiteren Fälligkeitsvoraussetzungen sind für eine Eigentumsumschreibung nicht im Sinne des Berichts notwendig, wären also gar nicht zu berücksichtigen. Sie dienen der Sicherung des Leistungsaustauschs, also der Zahlung des Kaufpreises auf der einen Seite und der Eigentumsverschaffung und Besitzübergabe auf der anderen Seite. Natürlich sind diese regelmäßig Bestandteil des deutschen Grundstückskaufvertrags, weil der Notar für Schäden aus ungesicherten Vorleistungen haftet und die Beteiligten diese Sicherung auch im eigenen Interesse wünschen. Dieser Wunsch wird aber auch in Neuseeland, Litauen oder der Slowakei bestehen und von den Parteien durch entsprechende Vertragsgestaltung gesichert werden, ohne dass dies deshalb in den Bericht dieser Länder Eingang fände. Warum der Bericht sich auch um Fragen der Lastenfreistellung kümmert, obwohl der Grundbesitz laut Sachverhalt unbelastet ist, kann hier nicht beantwortet werden.

3. Schritt: Steuerliche Unbedenklichkeitsbescheinigung

Der weitere Schritt, nämlich die Zahlung der Grunderwerbsteuer und in der Folge die Erteilung der Unbedenklichkeitsbescheinigung durch das Finanzamt ist für die Eigentumsumschreibung notwendig und - leider - aus meiner Erfahrung mit 15 Tagen ganz unrealistisch kurz angesetzt. Im Regelfall dauert es schon doppelt so lange, bis der Steuerbescheid ergangen ist. Ab Zugang hat der Käufer einen Monat Zeit zu zahlen, und es gibt wirtschaft-

lich gesehen keinen Grund, mit der Zahlung zu eilen. Allerdings ist es richtig, diese vom Käufer selbst verursachte Verzögerung nicht zu berücksichtigen, denn sie ist ja nicht notwendig. Hat er gezahlt, dauert es bis zur Unbedenklichkeitsbescheinigung noch einmal fünf Tage - wenn es gut läuft. Richtig ist, dass dieses Verfahren parallel zum anderen Urkundenvollzug verläuft, also zeitlich mit dem Tag der Beurkundung beginnt. Im Regelfall ist bis auf die Eigentumsumschreibung selbst alles abgewickelt, bevor die Unbedenklichkeitsbescheinigung kommt.

4. Schritt: Endvollzug

Der Endvollzug, d.h. Grundbuchvorlage, Eigentumsumschreibung und Löschung der Vormerkung kann ohne Weiteres in 15 Tagen erfolgen, wenn es darauf ankommt auch deutlich schneller. Er ist notwendig, denn erst mit der Eintragung erwirbt der Käufer das Eigentum und nur die Eintragung ist auch der Abschluss der Registrierung im Sinne des Berichts.

bb) Kosten

Bei den angesetzten Kosten ist vieles seltsam, hier muss schlecht gefragt und/oder schlecht geantwortet worden sein.

Notarkosten

Der detaillierte Bericht gibt für den ersten Schritt Notarkosten zwischen EUR 6.000,00 und 12.000,00 an. Dies ist schon deshalb erschütternd, weil es für den genannten Fall nur eine richtige Gebühr gibt, nicht einen Gebührenrahmen. Diese ist bei einem Kaufpreis von EUR 1.351.576,00 eine Vertragsgebühr von EUR 4.164,00. Hinzu kommen als notwendige Kosten die Dokumentenpauschale (EUR 32,50 für 100 kostenpflichtige Kopien), Auslagen für Telefon etc. (EUR 20,00) und die Grundbuchabrufgebühren (notwendig EUR 5,00 EUR), sowie, da zwei GmbH Vertragsteile sind, zwei Vertretungsbescheinigung zu je EUR 13,00 und die damit verbundenen Registerabrufgebühren von nunmehr zweimal EUR 4,50. Insgesamt ergibt dies sage und schreibe EUR 4.256,50, entspricht \$ 5.448,32, d.h ca. 39,34 % des im Bericht ermittelten Wertes. Haben hier alle geschlafen?

Selbst wenn die gesamte übliche Vollzugstätigkeit des Notars, d.h. Einholung des Negativzeugnisses (EUR 209,70), Mitteilung der Fälligkeit des

Kaufpreises (EUR 336,00) und Vorlage zur Eigentumsumschreibung erst nach Nachweis der Kaufpreiszahlung (EUR 238,50) einbezieht, kommt es insgesamt nur auf EUR 5.026,20 d.h. \$ 6.433,54 (d.h ca. 46,46 % des im Bericht ermittelten Wertes), wobei diese \$ 985,22 keine notwendigen Kosten der Eigentumsumschreibung, sondern nur übliche Kosten der Absicherung des Leistungsvollzugs sind. Allein dieser Teilbetrag mag auch von Notar zu Notar leicht unterschiedlich ausfallen, weil geringfügige Bewertungsspielräume bestehen.

Kosten der Vormerkung und der Vorkaufsrechtsbescheinigung

Die Fehler gehen weiter, diesmal wird es allerdings zunächst teurer:

Die Vormerkung kostet richtig (§ 66 Abs. 1 Satz 1 KostO) 1.041,00 EUR, zusammen mit den 25,00 EUR für die Vorkaufsrechtsbescheinigung also \$ 1.364,48, d.h. \$ 354,30 mehr.

Allerdings ist die Vormerkung keineswegs notwendig für den Erwerb von Eigentum. Sie dient der Sicherung und Beschleunigung des Leistungsaustauschs. Notwendige Kosten sind somit allein die 25,00 EUR (\$ 32,00) für die Vorkaufsrechtsbescheinigung, andere darf der Bericht in seiner derzeitigen Form nicht hinzuzählen.

Grunderwerbsteuer

Auch die Grunderwerbsteuer (EUR 47.305,16) führt bei einem Eurokurs von \$ 1,28 zu einer Abweichung nach oben, nämlich auf einen Wert von \$ 60.555,61 (Mehrkosten von \$ 1.077,21). Es scheint ein Eurokurs von 1,2572, gewählt worden zu sein, also nicht der gleiche wie bei „Starting a business“. Dies dürfte für die Bewertung aber wenig Bedeutung haben.

Endvollzug

Auch der Endvollzug wurde falsch bewertet, wie schon zuvor beim Grundbuch deutlich zu billig. Richtig ist:

Eigentumsumschreibung, § 60 Abs. 1 KostO: 2.082,00 EUR

Löschung der Vormerkung: 520,50 EUR

Zusammen also EUR 2.602,50, entspricht \$ 3.331,20, d.h. es sind \$ 884,32 mehr als im Bericht angenommen.

Lässt man, was unter den Prämissen des Berichts zutreffend ist, die Vormerkung weg, entfällt auch ihre Löschung. Von den Mehrkosten sind dann \$ 666,24 abzuziehen, dass nur noch \$ 218,08 verbleiben.

Gesamtkosten

Lässt man die Unklarheit bei der Grunderwerbsteuer außer Acht, so sinken die Gesamtkosten auf notwendige \$ 67.774,83 (\$ 69.773,55, wenn die Vormerkung eingetragen und wieder gelöscht wird) d.h. um \$ 9003,99 (\$ 7.005,27) gegenüber den im Bericht angenommenen Gesamtkosten. Die Gesamtkosten in EUR 54.668,50 (56.230,00), d.h. unabhängig von Schwankungen des Dollars, machen 4,04 % (4,16 %) vom Wert der Immobilie aus (nicht 4,5 %, wie der Bericht angibt), wovon genau 0,54 % (0,66 %) auf Notar und Grundbuch fallen, davon 0,315 % auf notwendige Notarkosten.

d) Verbesserungen im deutschen Rechtssystem

Die Fehler des Berichts ändern nichts daran, dass es im deutschen Rechtssystem noch Verbesserungen geben könnte, insbesondere bei der Verkürzung der Vollzugszeiten. Zunächst liegt es an jedem Notar selbst, alle ihm obliegenden Maßnahmen möglichst schnell auszuführen. Dies scheint mir bei den Vollzugszeiten des Berichts allerdings bereits unterstellt zu sein.

Alle Vorgänge, die mit einem einfachen, d.h. keine Abwägung und auch keine Prüfung externer Umstände erfordernden Rechtsentscheidungen, z.B. die Eintragungen im Grundbuch (Schritte 2 und 4), könnten im Idealfall auf 1-2 Tage Dauer verkürzt werden. Derzeit gibt es in diesem Bereich allerdings noch keinen elektronischen Rechtsverkehr, so dass diese Entwicklung noch dauern wird. Die Schnelligkeit des Grundbuchs ist im Übrigen in erster Linie eine Frage der Personal- und Sachausstattung, beides Dinge, an denen gerne gespart wird.

Beschleunigt werden könnte ohne weiteres auch das Verfahren beim Finanzamt zur Erhebung der Grunderwerbsteuer und der Erteilung der Unbedenklichkeitsbescheinigung. Im Beispielfall ließe sich die vom Finanzamt selbst benötigte Zeit bei optimaler Personal- und Sachausstattung auf fünf Tage reduzieren, bei elektronischem Rechtsverkehr auch auf weniger.

Hinzu käme allerdings immer noch der Zeitraum, in dem die Grunderwerbsteuer nach Ergehen des Bescheids bezahlt wird. In Einzelfällen, wo tatsächlich Eilbedarf besteht, wird derzeit die Grunderwerbsteuer selbst ermittelt und noch vor Ergehen eines Bescheides bezahlt. Diese Möglichkeit der Vorausleistung könnte als generelles Angebot ausgestaltet werden, so dass es der Käufer selbst in der Hand hätte, wie schnell er die Unbedenklichkeitsbescheinigung erhält.

Grenzen der Beschleunigung bestehen allerdings dort, wo externe Faktoren in Entscheidungsprozesse mit einzubeziehen sind und/oder die Entscheidung die Ausübung von Ermessen oder eine Abwägung voraussetzt. Dann gibt es keine sofort auf Anfrage feststehende richtige Antwort. Dies gilt teilweise für die Vorkaufsrechtsentscheidung der Gemeinde, sonstige gesetzlich vorgeschriebene Genehmigungsentscheidungen und - leider - wegen der Kompliziertheit des deutschen Steuerrechts auch in einer Reihe von Fällen der Grunderwerbsteuer. Hier würde nur eine Abschaffung der Vorkaufsrechte bzw. der Genehmigungserfordernisse und eine Vereinfachung des Steuerrechts Abhilfe schaffen.

Ebenso benötigen Gläubiger, insbesondere Kreditinstitute, eine gewisse Zeit, um die für die Löschung von Grundpfandrechten notwendigen Erklärungen zu erteilen und die korrekte Haftungsaufgabe zu ermitteln, die vor Gebrauch der Löschung erfüllt werden muss. Auch dieser Teil kann durch elektronischen Rechtsverkehr beschleunigt werden, 10 Tage Zeit wird er im Schnitt allerdings wohl auch dann noch benötigen.

Alle diese Faktoren, die den Prozess verlangsamen, treffen aber für den Beispielsfall nicht zu, so dass sich dieser bei Beibehaltung des Ablaufes auf insgesamt ca. 7 - 10 Tage verkürzen ließe (5 Tage Vertragsvorbereitung und Abschluss, 1-2 Tage zur Herbeiführung der Fälligkeitsvoraussetzungen, gleichzeitig Vorauszahlung der Grunderwerbsteuer und Verbescheidung an den Notar, 1-2 Tage für den Endvollzug.

Hiervon ist die Realität derzeit allerdings noch weit entfernt, doch scheint mir zumindest die komplette Umstellung des Vollzugs auf elektronischen Rechtsverkehr innerhalb der nächsten zehn Jahre nicht unrealistisch. Schließlich werden die Grundbücher selbst schon seit Jahren elektronisch geführt.

Bei den Kosten zeigen die Zahlen eindrucksvoll, dass die entscheidenden Verbesserungen oder Verschlechterungen von der Höhe der Grunderwerbsteuer abhängen. Insofern wird der Bericht für 2007 zum Debakel werden, da ausgerechnet und einzig das Bundesland Berlin, in dem der Beispielsfall spielt, die Grunderwerbsteuer um einen Prozentpunkt auf 4,5 % des Kaufpreises angehoben hat.

e) Gesamtkritik

Leider ist es mit der Einzelkritik zu c) auch bei diesem Bericht nicht getan. Vielmehr sind auch grundsätzliche Versäumnisse zu monieren:

aa) Ungeeignete Kriterien

Nachdem schon der Bericht in seinen sachlichen Feststellungen sehr kritikwürdig war, muss leider zusätzlich festgestellt werden, dass er in Bezug auf das deutsche Recht auch noch seine Intention verfehlt. Ziel soll es sein festzustellen, wie einfach es für ein Unternehmen ist, in Deutschland Grundbesitz zu erwerben, oder, in der engeren Formulierung des Berichts, den Erwerb registrieren zu lassen. Maßgeblich sind der Aufwand des Verfahrens, die benötigte Zeit und die zu zahlenden Kosten. Dazu müssten aber richtigerweise die Interessen des Unternehmens, das den Grundbesitz erwirbt, zum Maßstab gemacht werden. Diese lassen sich vereinfacht so beschreiben:

- Erwerb einer gesicherten Rechtsposition, die ihm ermöglicht, ohne Rechtsrisiko in den erworbenen Grundbesitz zu investieren und
- Übergang von Besitz, Nutzungen und Lasten.

Außer in den Fällen des unmittelbaren Weiterverkaufs (nicht der Fall des Berichts) ist dem Erwerber der Zeitpunkt, zu dem er als Eigentümer im Grundbuch eingetragen wird, in Deutschland nahezu gleichgültig, Interesse an einer schnellen Zahlung der Grunderwerbsteuer besteht schon gar nicht. Selbst den Kaufpreis würde der Käufer, wirtschaftlich betrachtet, am liebsten so lange wie möglich behalten.

Auch die einzelnen zum Eigentumserwerb notwendigen Schritte, d.h. insbesondere deren Zahl, sind dem Erwerber regelmäßig gleichgültig, solange sie ihn nicht mit Kosten im ökonomischen Sinn (Zahlungspflichten sowie die Bindung sonst anderweit nutzbarer Kapazitäten) belasten.

Ökonomisch bedeutsam sind für den Käufer also vor allem die Spanne vom Erwerbswunsch bis zum Abschluss des Vertrags, dann die Dauer zwischen Vertragsschluss und Erwerb der gesicherten Rechtsposition einerseits und Übergang von Besitz, Nutzungen und Lasten andererseits. Der Zeitaufwand hierfür sollte möglichst gering sein. Weiter sollte der Geldaufwand hierfür und den weiteren Vollzug bis zur Eigentumsumschreibung möglichst gering sein. In Deutschland beschränkt sich die notwendige Aktivität des Käufers zwischen Vertragsschluss und Endvollzug auf zwei Dinge, um alle Ziele zu erreichen:

Erstens: Die Zahlung des Kaufpreises, da er sonst i.d.R. Besitz, Nutzungen und Lasten nicht erhält. Dies dürfte in keinem Land der Welt wesentlich anders sein.

Zweitens: Die Zahlung der Grunderwerbsteuer, da er sonst nicht als Eigentümer eingetragen werden kann.

Man kann also kaum behaupten, dass ein Käufer in Deutschland nach Abschluss des Kaufvertrages großen Aufwand mit dem Grunderwerb hätte, vom Zahlungsaufwand, insbesondere aufgrund der Höhe der Grunderwerbsteuer, einmal abgesehen.

Noch positiver formuliert: In der deutschen Praxis verläuft der gesamte Prozess vom Entwurf des Kaufvertrages über dessen Abschluss, den Vollzug einschließlich der Einholung notwendiger Genehmigungen und Lastenfreistellung über den Notar. Für den Käufer ist dies ein „One-Stop-Shop“ im allerbesten Sinne, denn abgesehen von den Zahlungsaufforderungen, die er unmittelbar vom Finanzamt bzw. der zuständigen Landesjustizkasse erhält und zu begleichen hat, werden für ihn alle notwendigen Schritte vom Notar erledigt. Er kann sich ganz auf die Verhandlung mit dem Verkäufer konzentrieren und muss sich um eine sichere Vertragsabwicklung nicht sorgen, da ihm der Notar dafür haftet. Gleiches gilt, nur aus umgekehrtem Blickwinkel auch für den Verkäufer.

Um bezüglich des „Doing Business“ einen relevanten Bericht über den Erwerb von Grundbesitz zu liefern, müssten die Parameter deshalb wie folgt geändert werden:

1. Wenn möglich, Ermittlung der Zeitdauer für das Zustandekommen des Kaufvertrages, ausgehend von dem Zeitpunkt, zu dem die Beteiligten über die Eckdaten (Objekt und Kaufpreis) grundsätzlich ei-

nig sind bis zum tatsächlichen Vertragsabschluss („closing“). Hier kann nur empirisch gearbeitet werden.

2. Ermittlung der Zeitspanne, die zwischen Vertragsabschluss und Erwerb einer gesicherten Rechtsposition vergeht, denn dies ist der Zeitpunkt, an dem der Kaufpreis geleistet werden und Zug um Zug Besitz, Nutzungen und Lasten übergeben werden können.
3. Ermittlung der sonstigen Formalitäten und deren Zeitdauer, allerdings abgesehen von deren Kosten mit geringem Gewicht, da wirtschaftlich für den Käufer unbedeutend.
4. Ermittlung aller Kosten für 1.-3., einschließlich der Kosten einer gesicherten Leistungsabwicklung, denn diese hat für beide Unternehmen enorme Wichtigkeit.

Es ist klar, dass sich dieser Bericht nicht durch Versendung von ein paar Fragebögen erstellen lässt. Insbesondere die empirische Ermittlung bedarf eine tatsächliche Erfassung einer aussagekräftigen Zahl von Einzelfällen. Da es sich aber um Geschäfte von bilanzierungspflichtigen Unternehmen handelt, sollte das Zahlenmaterial grundsätzlich verfügbar sein. Ohne einen gewissen Aufwand ist der Bericht in diesem Bereich nicht geeignet, ökonomische Aussagen über eine Rechtsordnung zu treffen.

bb) Beispielfall und Realität

Ein Lichtblick liegt wenigstens darin, dass der gewählte Beispielfall grundsätzlich geeignet ist, die Realität abzubilden. Realitätsfern ist nur die Annahme, dass solche Grundstücke nicht mit Grundpfandrechten belastet sind. So etwas kommt natürlich auch vor, ist aber in Deutschland bei Unternehmen der genannten Größe eher die Ausnahme. So wäre empfehlenswert, zumindest auch einen zweiten Beispielfall mit typischen Belastungen aufzunehmen, da diese zeit- und auch kostenrelevant sind. In Deutschland zahlt allerdings i.d.R. der Verkäufer die Kosten der Lastenfreistellung, nicht der Käufer. Stellt man auf eine empirische Erhebung zu tatsächlichen Fällen um, werden sowieso Kategorien gebildet werden müssen, um Unterschiede der Sachverhalte einzufangen. In Bezug auf die Kosten ist klar, dass diese nahezu vollständig von der Höhe des Kaufpreises abhängen, also auch weit unter oder über denen des Beispielfalls liegen können. Für die Bewertung dürfte dies aber kaum Bedeutung haben,

da in den Ranglisten die Kosten in % des Kaufpreises ausgedrückt werden, diese Quote aber ab einem Kaufpreis von 100.000,00 EUR wegen der linearen Grunderwerbsteuer relativ konstant ist.

Zur wirtschaftlichen Realität gehört auch, dass der Käufer in den meisten Fällen auch eine Finanzierung benötigt, die er nur erhält, wenn er sie ausreichend besichern kann. Insoweit wäre es für eine wirtschaftliche Betrachtung des Grunderwerbs zusätzlich informativ zu sehen, ab wann und zu welchen Kosten das Grundstück selbst als Sicherheit zur Verfügung steht. Dies wäre eine Anregung, den Bericht auch um diesen Punkt zu erweitern.

cc) Mehrwert „erzwungener“ Rechtsberatung

Grundsätzlich gelten hier die Ausführungen zum Bericht zur Gründung eines Unternehmens entsprechend,¹⁰⁹ jedoch mit einer kleinen Nuancierung: Angesichts der Größe des Geschäfts und der Spezialität der Rechtsfragen im Grundstücksverkehr wird es nur sehr wenige Personen, auch Unternehmer, geben, die hier auf den Rat von Fachleuten verzichten. Ebenso wird gerade auch dem erfahrenen Geschäftsmann an einem sicheren Leistungsaustausch gelegen sein.

II.

Wirtschaftliche Gesamtbetrachtung

Da es um die wirtschaftliche Bedeutung der Tätigkeit des Notars insgesamt, und nicht nur in den von der Weltbank untersuchten Feldern geht, soll der Blickwinkel zum Schluss dieses Beitrags aufgeweitet werden.

Ob ein Rechtssystem mit lateinischen Notaren ökonomisch gut ist, wird sich in letzter Konsequenz wohl nie erweisen. Allein der wirtschaftliche Erfolg eines Landes, gleich welchen Maßstab man nimmt, ist kein überzeugender Indikator, sonst müssten Staaten wie China wegen großartiger Wachstumsraten, die Schweiz, Luxemburg oder Saudi-Arabien wegen besonders hoher Pro-Kopf-Einkommen oder auch die Bundesrepublik als jahrelanger „Exportweltmeister“

¹⁰⁹ S.o. Ziff. 1.c)ee).

Spitzenplätze einnehmen. Offenkundig sind auch andere Faktoren als die Rechtsordnung des Staates für solche Erfolge bedeutsam.

Allerdings ist auch nicht alles gut, was Unternehmen nützt, und zwar nicht einmal dann, wenn man sich auf eine wirtschaftliche Betrachtung beschränkt. Die aktuelle Diskussion über die Folgen des Klimawandels führt dies klar vor Augen.

Eine ökonomische Analyse des Beitrags lateinischer Notare in ihrer jeweiligen Rechtsordnung muss deshalb, wenn sie überzeugen soll, folgende Gesichtspunkte einbeziehen:

1. Der ökonomische Wert des Beitrags der notariellen Tätigkeit zur Entwicklung der Gesellschaft

Auch wenn es praktisch kaum möglich sein wird, die ökonomische Effizienz einer Rechtsordnung umfassend festzustellen und zu bewerten, muss doch der Versuch unternommen werden, allen Resultaten einer Rechtsordnung, die für die Entwicklung der Gesellschaft positiv erscheinen, auch einen ökonomischen Wert zuzuordnen. Es wird sich zeigen müssen, ob diese für jeden in Teil B skizzierten Beitrag der notariellen Urkunde in gleicher Weise möglich ist, doch sollte wenigstens der Versuch einer ökonomischen Bewertung unternommen werden.

a) Die wirtschaftliche Dimension der Entwicklung des Rechts

Man wird es kaum für wirtschaftlich unbedeutend halten können, wenn Recht klarer formuliert und deshalb besser verstanden wird. Da es allgemein anerkannt ist, dass Informationen einen wirtschaftlichen Wert besitzen,¹¹⁰ ist auch eine effektive Informationsbeschaffung, gerade auch über ausländisches Recht, wie es das DNotl leistet, wirtschaftlich wertvoll.

b) Die wirtschaftliche Dimension von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden

Es wurde gezeigt, dass die notarielle Urkunde in Deutschland einen Beitrag zur Rechtssicherheit und zum Rechtsfrieden leistet. Der ökonomische Wert von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden lässt sich natürlich nicht so exakt

¹¹⁰ *Rehm*, Aufklärungspflichten im Vertragsrecht, München 2003, S. 23 ff.

bestimmen wie die Dauer eines Anmeldeverfahrens in Tagen oder die Gebühren und Steuern eines Grundstückserwerbs in Geld. Deswegen kann er jedoch nicht negiert werden. Einvernehmliche Lösungen von Streitigkeiten und deren rasche und kostengünstige Beilegung in alternativen Streitbeilegungsverfahren, die mit den Stichworten ADR, Mediation und dergleichen angepriesen werden, gelten unbestritten als ökonomisch günstig für die Beteiligten. Ist dem so, muss aber erst recht jede Maßnahme, die den Streit schon im Ansatz vermeidet, ökonomisch günstig für die Beteiligten sein. Hinzu kommt die damit verbundene Schonung staatlicher Ressourcen.

c) Die wirtschaftliche Dimension von verlässlichen Registern

Mit der weitgehend vollzogenen Umstellung auf elektronische Handelsregister und Grundbücher ist es in Deutschland in Minutenschnelle möglich, verlässliche Auskunft über die Existenz von Unternehmen, deren vertretungsberechtigte Organe und Prokuristen, Grundbesitz, Eigentumsverhältnisse an diesen und nahezu alle relevanten Grundstücksbelastungen und die Berechtigten dieser Belastungen zu erhalten. Die Richtigkeit der Register ist so hoch, dass im Vertrauen auf Eintragungen Rechte sicher erworben werden. Dies erspart den Teilnehmern am Rechtsverkehr anderweitige Absicherungen und wird in Deutschland so erwartet. Auch dies ist ein wichtiger Faktor für Rechtssicherheit und Rechtsfrieden und besitzt deshalb für die deutsche Rechtsordnung einen hohen ökonomischen Wert, der den damit verbundenen Kosten, die durch Steuern und Gebühren gedeckt werden, gegenüberzustellen ist.

d) Die wirtschaftliche Dimension effektiver Rechtsdurchsetzung

Der Weltbankbericht selbst misst der schnellen und wirksamen Durchsetzung von Ansprüchen einen hohen ökonomischen Wert bei. Auch in dieser Hinsicht kann die vollstreckbare notarielle Urkunde, die sofort zugestellt werden und aus der bereits vierzehn Tage nach der Zustellung vollstreckt werden kann, beste Werte aufweisen, an die kein Erkenntnisverfahren herankommt. Da dieser unmittelbare Vollstreckungszugriff auf der freiwilligen Unterwerfungsentscheidung des Schuldners aufbaut, ist er auch hervorragend legitimiert, nämlich ebenso gut wie der Anspruch selbst.

e) Die wirtschaftliche Dimension einer „Teilprivatisierung“ staatlicher Aufgaben

Speziell für das freiberufliche Notariat, das in nahezu ganz Deutschland vorherrscht, darf nicht übersehen werden, dass es sich um eine bewährte Einrichtung handelt, um staatliche Aufgaben zwar weiterhin im hoheitlichen Bereich zu belassen, ihre Erledigung jedoch der wirtschaftlichen Initiative und dem Geschick von Privatpersonen zu überantworten. Obwohl ebenfalls nicht exakt messbar, wird der Privatisierung hierfür geeigneter staatlicher Aufgaben regelmäßig ein positiver ökonomischer Effekt zugeschrieben. Die aktuelle deutsche Politik liegt ganz auf dieser Linie, wenn man die zahlreichen Initiativen bedenkt, die auf die Übertragung weiterer Aufgaben auf die deutschen Notare abzielen.¹¹¹

2. Leichtigkeit und Schnelligkeit

Diese zuvor skizzierten positiven Faktoren haben natürlich auch ihren Preis, nicht nur finanziell, sondern auch in Bezug auf die Leichtigkeit und Schnelligkeit von Transaktionen.

In Zeiten des World-Wide-Web wächst der Anspruch, alles überall erhalten zu können. Nur ein paar Klicks mit der Maus, und schon ist der Urlaub gebucht, das Auto ersteigert und der Rechtsberater gefunden. Diesem Bedürfnis nach Leichtigkeit und Schnelligkeit läuft eine Einrichtung, die nach persönlicher Anwesenheit verlangt, in der Verträge erst geschlossen werden können, nachdem sie vorgelesen wurden und die auch noch zwingend aufgesucht werden muss, um bestimmte Dinge zu erhalten, grundsätzlich zuwider. Dort, wo dieses Bedürfnis im Vordergrund steht, hat der Notar keinen Platz. Dies ist allerdings kein neues Phänomen, sondern so alt wie das Notariat selbst. Stets war der Gang zum Notar nur für besonders wichtige Geschäfte erforderlich, nicht für das Alltagsgeschäft. In den Kernbereichen notarieller Tätigkeit, dem Grundstücksverkehr, dem Familien- und Erbrecht und auch im Gesellschaftsrecht, geht es um langfristige Dinge, bei denen Schnelligkeit und Leichtigkeit geringe Bedeutung haben. Kein Mensch käme auf die Idee vorzuschreiben, Aktien über Notare handeln zu müssen.

¹¹¹ S.o. Seite 14 Fn. 22 und Seite 18 Fn. 28 u. 29.

Dort, wo Notare tätig sind, ist Zeit jedoch auch ein Faktor, der zählt und ökonomische Bedeutung besitzt. Der Erhalt einer haftungsbeschränkten juristischen Person, um eine riskante Geschäftsgelegenheit wahrnehmen zu können, ist oft ein dringliches Anliegen, das lieber gestern als heute befriedigt werden will. Wer sich für den Kauf eines Grundstücks entscheidet, möchte dies möglicherweise rasch, bei entsprechender Vorplanung sogar sofort bebauen. Solange es der Qualität der notariellen Arbeit nicht abträglich ist, werden auch Notare Möglichkeiten der zeitlichen Beschleunigung suchen und wahrnehmen müssen. Die Weltbankberichte haben aufgezeigt, dass die Dauer der Vollzugstätigkeit stark im Blick ist. Dieser Beitrag hat dargestellt, dass in Deutschland insoweit einiges möglich und teilweise auch schon auf dem Weg ist. Hier ist das Notariat insbesondere auch in technischer Hinsicht gefordert. Es spricht jedoch viel dafür, dass es den deutschen Notaren gelingt, ihre Leistung zeitlich effizient zu erbringen. Je geringer die messbaren Verzögerungen ausfallen, desto geringer wird auch die Notwendigkeit, hierfür eine ökonomische Rechtfertigung zu finden.

3. Rechtlicher Paternalismus: Eine ökonomische Rechtfertigung für Formerfordernisse?

„Eine Handlung ist paternalistisch, wenn sie erstens zum Wohle der von ihr betroffenen Person oder Personen vorgenommen wird und wenn sie zweitens auch dann vorgenommen werden würde, wenn der oder die Betroffenen dem nicht zustimmen.“¹¹² Auch Formerfordernisse lassen sich un schwer hier einordnen, denn sie werden zum Schutz des Betroffenen angeordnet¹¹³ und setzen sich durch die angeordneten Rechtsfolgen auch gegen den Willen von Betroffenen durch, die das Formerfordernis für sich nicht wünschen. Dies überrascht nicht, da zahlreichen zivilrechtlichen Vorschriften wie denen über die Geschäftsfähigkeit, über Widerrufsrechte in bestimmten Vertragsverhältnissen oder über die Sittenwidrigkeit zumindest auch paternalistische Motive zugrunde liegen dürften.¹¹⁴

¹¹² Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2005, S. 359.

¹¹³ S.o. zu den Formzwecken Teil A Ziff. III.1. (Seite 10).

¹¹⁴ Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2005, S. 360.

Da es nicht überzeugt, diese Eingriffe in die Entscheidungsfreiheit des einzelnen allein durch ihre verfahrensgerechte Schaffung im demokratischen Prozess zu legitimieren, gibt es auch Ansätze, rechtlichen Paternalismus ökonomisch zu begründen.¹¹⁵ *Eidenmüller* hat hierzu vorgeschlagen, paternalistisches Recht daran zu messen, ob es - obwohl im Einzelfall freiheitsbeschränkend - nicht in der Summe für alle Rechtssubjekte zu mehr Autonomie und Freiheit führt (Autonomieprinzip).¹¹⁶ Ließe sich also für ein Formerfordernis, insbesondere für die Pflicht zu notarieller Beurkundung nachweisen, dass sie in Summe einen Autonomiegewinn für alle Rechtssubjekte bewirkt, dann hätte man ein gutes ökonomisches Fundament für diese Rechtsvorschriften gefunden.

Es muss also dem Autonomieverlust des Einzelnen, bestimmte Rechtshandlungen nicht in jeder Form vornehmen zu können, die ihm beliebt, ein Autonomiegewinn gegenübergestellt werden, und das ist, wenn man die Zwecke des Beurkundungsverfahrens erinnert, nicht schwer. Eine übereilte Entscheidung führt für den Betroffenen ebenso zu Freiheitsverlusten wie eine Entscheidung auf Grundlage unzureichender Kenntnisse und Informationen. Die Beurkundungspflicht für alle in wenigen Rechtsbereichen, die typischerweise besonders bedeutsam sind, weil sie wertvolle Objekte (Grundbesitz, Geschäftsanteile, Ansprüche aus der Ehe) betreffen, langfristige Auswirkungen haben (Erklärungen im Ehe- und Erbrecht), oder die unmittelbare Anwendung staatlichen Zwangs zur Rechtsdurchsetzung legitimieren (Zwangsvollstreckungsunterwerfung), schafft hier gerade für den deutlich größeren Teil aller Rechtssubjekte, der in diesen Fragen wenig bewandert ist, Zugang zu gut und fair ausgearbeiteten Rechtsgeschäften und damit auch zum ökonomischen Ideal des möglichst vollständigen Vertrags. Die Bindung der wenigen, die dies auch ohne notarielle Hilfe könn-

¹¹⁵ Siehe zu den verschiedenen Ansätzen der Legitimierung *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2005, S. 365 ff.

¹¹⁶ *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2005, S. 374 ff. Die dort diskutierten Fallgruppen und Beispiele (Verbot der Alkohol- und Tabakwerbung, Verbot des Versklavungsvertrags) betreffen zwar deutlich gravierendere Eingriffe in die Autonomie einzelner, doch sieht *Eidenmüller* hierin keine abschließenden Kategorien, sondern eine Hilfe zur Entwicklung von Argumentationsmustern in der Diskussion um die Legitimität von Paternalismus durch Recht.

ten, an für alle geltende Vorgaben, ist auch ökonomisch legitim¹¹⁷ und rechtfertigt sich zudem daraus, dass sich dieser Personenkreis praktisch nicht abgrenzen lässt.

Im deutschen Recht ist die notarielle Urkunde zudem als ein Mittel anerkannt, um vor irreversiblen Freiheitsverlusten zu schützen. Bindende Rechtsgeschäfte mit Bezug zum Erbrecht (z.B. Erbverträge, Erb- und Pflichtteilsverzichte) sind im deutschen Recht nicht grundsätzlich verboten, jedoch setzt die rechtliche Bindung ausnahmslos die notarielle Beurkundung der entsprechenden Erklärungen voraus. Die hierdurch ermöglichte Freiheit zur Bindung wird als Autonomiegewinn des einzelnen ökonomisch positiv bewertet. Der durch das Beurkundungserfordernis vermittelte Schutz macht es vertretbar, dass die bindende Entscheidung für den Betroffenen zugleich auch einen (einseitig) irreversiblen Freiheitsverlust im sehr wichtigen Bereich seines Erbrechts bedeutet.

Hinzu kommt der oben unter Ziff. 1. beschriebene ökonomische Beitrag der notariellen Urkunde zur Entwicklung der Gesellschaft. Dort, wo Urkunden mehr betreffen als nur die unmittelbare Rechtsbeziehung zwischen zwei Beteiligten, liefern sie Dritten eine klare, verlässliche und dauerhafte Informationsgrundlage und damit auch eine gute Basis für weitere Entscheidungen. Dies ist ein Autonomiegewinn für alle.

4. Der Notar als Teil der Staatsgewalt: Schutzfunktion und der makroökonomische Blickwinkel

Es wurde vorstehend aufgezeigt, dass es viele gute ökonomische Gründe für die Pflicht zur notariellen Urkunde in wichtigen Einzelbereichen der deutschen Rechtsordnung gibt. Dies darf jedoch keinesfalls den Blick dafür trüben, dass Effizienz und ökonomischer Nutzen nicht die einzigen Kriterien sind, nach denen eine Rechtsordnung auszurichten ist. Grundlegende Rechtsgedanken wie z.B. Gleichberechtigung, Diskriminierungsverbote, Schutz der Schwachen und der Minderheiten, mögen zwar auch ökonomischen Kriterien standhalten und Effizienzgewinne hervorbringen, doch die-

¹¹⁷ Zur Rechtfertigung durch den Gedanken des kollektiven Selbstpaternalismus, d.h. der Mehrheitsentscheidung zur Selbstbindung zum Schutz aller, vgl. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2005, S. 375 ff.

nen sie nicht primär diesem Ziel. Ebenso wenig ist die notarielle Urkunde rein ökonomisch zu begründen. Zum Abschluss werden deshalb einige allgemeine Überlegungen geäußert, die sich nicht auf die ökonomische Frage beschränken.

a) Der Schutz der Schwachen: Guter Rechtsrat für alle

Der Einzelnutzen durch Formerfordernis ist am ehesten dort plausibel, wo die Verlangsamung des Vertragsschlusses und die Aufklärung über rechtliche Bedeutung und Folgen große Informationsgewinne bringt oder ein unerwünschtes Gefälle zwischen den Vertragsparteien einebnet oder zumindest mindert. Die Geschichte des deutschen Bauträgervertrages ist hierfür ein leuchtendes Beispiel und hat den deutschen Notaren vor mehr als 30 Jahren die erweiterte Beurkundungskompetenz beschert, auf der ihre Kernkompetenz noch heute basiert. Der Notar als kompetenter Helfer des schwächeren Vertragsteils, nach der Nomenklatur der EU des Verbrauchers, ist eine sinnvolle Einrichtung gerade auch dann, wenn er es versteht, die unübersichtliche Fülle von Informationen, die zur Verfügung stehen, auf die notwendigen und entscheidungswichtigen Informationen zurückzuführen. Er ermöglicht diesem dann eine bessere Vertragsentscheidung und schafft so für ihn ökonomischen Nutzen.

Dies funktioniert jedoch nur, wenn der schwächere Vertragsteil diese Unterstützung auch zu angemessenen Kosten erhält. Damit kommen wir unmittelbar zur Begründung der wertabhängigen Gebühr. Sie ist eine der wenigen Möglichkeiten, Rechtsberatung auf hohem Niveau weitgehend unabhängig von der Vergütung im Einzelfall zu gewähren. In Bezug auf die Registrierung von Eigentum schreibt die Weltbank selbst, dass es für Reiche wenig schwierig ist, ihre Rechte zu schützen und zu sichern.¹¹⁸ Dies gilt ohne Frage auch für den Rechtsrat eines guten Anwalts, dessen Qualität in nahezu allen Staaten, jedenfalls auch in Deutschland, davon abhängt, was der Mandant bereit und fähig ist zu zahlen. Notare sind in Deutschland derzeit in der Regel Juristen, die eine besonders hohe Qualifikation nachweisen können. Steht diese hohe Qualität bei besonders wichtigen Geschäften für denjenigen, der eine kleine Eigentumswohnung erwirbt, um

¹¹⁸ Doing Business 2005, S. 34.

sie über dreißig Arbeitsjahre abzuzahlen, in gleicher Weise zur Verfügung wie für seinen Vertragspartner, der im Jahr fünfhundert solche Wohnungen baut, so ist dies eine Errungenschaft. Natürlich führt dies nicht zu zwei gleich starken Parteien, jedoch zu angesichts der unterschiedlichen Ausgangslagen wenigstens fairen Bedingungen.

Würde nur noch das bezahlt, was der Mandant jeweils für leistungsangemessen hält, würden die Wertgebühren in der Spitze sicher sinken. Die Folge ist, dass der ökonomisch denkende Jurist versucht, ausschließlich Mandate zu finden, die sich rechnen, mit der Folge, dass auch in diesem Bereich die Qualität der Rechtsberatung für den finanziell Schwächeren sinkt.

Parallel dazu würden sich die guten Juristen aus Bereichen des Grundstücksrechts verabschieden, die nicht lukrativ sind. Kleingeschäfte wie Grenzbegradigungen, Straßengrunderwerb etc. würden entweder schlechter betreut, oder müssten teurer werden, da der mit ihnen verbundene Aufwand oft groß ist. Es ist ein legitimes staatliches Anliegen die Rechtsverhältnisse an Grund und Boden, der schließlich eine wesentliche, nicht vermehrbare Lebensgrundlage ist, besonders qualifizierten Personen anzuvertrauen.

b) Staatliche Aufgabenerfüllung

Da der Schwache sich nicht selbst helfen kann, ist sein Schutz eine staatliche Aufgabe. Ebenso ist es staatliche Aufgabe, der Wirtschaft eine Ordnung zu schaffen, in der sich diese möglichst gut und auf sicherer Grundlage entwickeln kann. Hier soll beispielhaft das Immobilienrecht als Rechtsgebiet, in dem der Notar traditionell einen großen Aufgabenbereich hat, betrachtet werden.

Die Regelung der Rechtsverhältnisse an Grund und Boden ist mit Kosten verbunden. Die Form, in der diese Kosten gedeckt werden, nämlich über Notarkosten, Registrierungskosten, auf den Grunderwerb bezogene Steuern und Abgaben, an die Bodennutzung gekoppelte Steuern und Abgaben oder allgemeine Steuern, ist ökonomisch gesehen neutral. Von ökonomischer Bedeutung sind hingegen die Qualität des Systems, d.h. dessen Möglichkeiten (Arten von dinglichen Rechten, Möglichkeit abstrakter Sicherungsrechte), dessen Richtigkeit, Sicherheit sowie Schnelligkeit und die

Gesamtkosten, die dafür entstehen und gezahlt werden. Einzubeziehen wären hier auch alle Kosten für Streitigkeiten, die sich um Rechte an Grund- und Boden drehen, denn je besser das System, desto eher werden solche Kosten vermieden. Es gibt keine Untersuchungen darüber, was das deutsche Liegenschaftsrecht in diesem Sinne insgesamt kostet. Selbst wenn es sich wegen der Leistungen der Notare als kostengünstig herausstellen würde, wäre damit noch kein endgültiges ökonomisches Urteil gefällt, denn denkbar wäre auch, dass die Leistungen dieser Personen in einem anderen System mehr Ertrag brächten, also im Sinne von Opportunitätskosten doch verschwendet wären. Zudem sind die ökonomischen Werte der sonstigen Funktionen des Notars, z.B. im Rahmen des Steuersystems oder auch als Faktor für den sozialen Frieden, nicht erfasst.

Die ökonomische Untersuchung steckt hier also noch in den Anfängen. Klar und unbestritten ist jedoch, dass das deutsche Immobilienrecht seine Aufgabe im Wirtschaftsleben einwandfrei erfüllt, da die Rechte des einzelnen klar, sicher und dauerhaft sind und auch der Rechtserwerb einfach, sicher und dauerhaft erfolgt. Im deutschen Rechtssystem hat die notarielle Urkunde hieran maßgeblichen, wenn nicht sogar den entscheidenden Anteil. Unter dem Gesichtspunkt des reibungslosen Funktionierens bedarf es hier sicher keiner einschneidenden Änderungen. Was für Computersysteme gilt, ist auch für Rechtssysteme hier nicht ohne Sinn: „Never change a running system.“ Jedenfalls solange nicht, solange es genügend Potential bietet, sich den Bedürfnissen entsprechend zu entwickeln.

c) Rechtsvereinheitlichung und Rechtsqualität

Insbesondere die Organe der EU sehen in unterschiedlichen Rechtsordnungen eine Erschwerung für den internationalen Rechtsverkehr und damit ein Markthindernis. Die erkennbare Präferenz der Weltbankberichte für bestimmte Rechtssysteme lässt sich ebenfalls als ein Plädoyer für eine Rechtsvereinheitlichung in diese Richtung deuten. Der Mehrwert einer Rechtsvereinheitlichung über Ländergrenzen hinweg ist allerdings gegen den Nachteil abzuwägen, dass die gleiche Lösung für alle möglicherweise nicht für alle gleich gut und geeignet ist, da sich Bedürfnisse, Erwartungen und Rahmenbedingungen unterscheiden. Wenn es (mikro)ökonomisch grundsätzlich anzuerkennen ist, dass jeder für sich selbst am besten weiß,

was für ihn nützt, so wird man diese Annahme (makro)ökonomisch für die Regelung von Rechtssystemen zumindest für solche Staaten übernehmen können, die demokratisch organisiert sind und deren Wirtschaft erfolgreich ist. Auch hier ist ein Blick auf die Welt der Technik durchaus instruktiv. Die Marktführerschaft eines einzelnen EDV-Systems hat den Vorteil der Kompatibilität, ist jedoch stets mit Zweifeln verbunden, ob sich die qualitativ beste Lösung entwickelt.¹¹⁹ Alternative Lösungen bleiben gefragt, solange sie ausreichend kompatibel sind, also funktionierende Schnittstellen bieten. Auch die Rechtssetzung sollte bei den Plänen zur Rechtsvereinheitlichung stärker danach differenzieren, wo die entscheidende Verbesserung in der Vereinheitlichung von Recht liegt und es in erster Linie darum geht, geeignete Schnittstellen zu entwickeln, damit die verschiedenen Rechtsordnungen miteinander harmonisieren. Die Entscheidung einer Rechtsordnung für oder gegen Formerfordernisse wird dann eher zum Problem geeigneter Schnittstellen. Rechtlich gesprochen bedeutet dies eine Beachtung des Grundsatzes der Subsidiarität und eine Verstärkung der Anstrengungen zur Schaffung eines möglichst einheitlichen und transparenten internationalen Privatrechts.

D.

Fazit

Die notarielle Urkunde leistet in Deutschland einen sehr positiven Beitrag zur Entwicklung der Gesellschaft. Sie ist nur in Bereichen vorgeschrieben, die typischerweise besonders bedeutsam sind, weil sie wertvolle Objekte (Grundbesitz, Geschäftsanteile, Ansprüche aus der Ehe) betreffen, langfristige Auswirkungen haben (Erklärungen im Ehe- und Erbrecht), oder die unmittelbare Anwendung staatlichen Zwangs zur Rechtsdurchsetzung legitimieren (vollstreckbare Urkunde). Für Rechtsgeschäfte in diesen Bereichen ist die Leichtigkeit und Schnelligkeit des Abschlusses nur von sekundärer Bedeutung. Im Vordergrund steht die Sicherung eines überlegten Handelns der Beteiligten auf Grundlage

¹¹⁹ Vgl. Schäfer/Ott, Lehrbuch, S. 651 zur Bedeutung sogenannter „Netzwerkvorteile“. Für die Wahl des Produkts ist dessen Verbreitung ggf. wichtiger als die Qualität.

zutreffender und transparenter Informationen über ihre Rechte und Pflichten. Dieser Anforderung wird das deutsche Beurkundungsverfahren in sehr guter Weise gerecht. Eine Änderung des Beurkundungsgesetzes sowie die jüngere Rechtsprechung haben verdeutlicht, dass das Beurkundungsverfahren insbesondere den Schwachen vor falschen Entscheidungen schützen soll. Hier wird sich das Notariat auch in Zukunft zu bewähren haben, indem es die richtige Balance zwischen dem Schutz des Schwachen einerseits und der ebenfalls zwingenden Unparteilichkeit und Neutralität andererseits findet. Es wird diese Aufgabe meistern.

Notarielle Urkunden sind das rechtliche Gedächtnis der Nation. Schon sehr lange zurückliegende Vorgänge sind klar und deutlich dokumentiert und relativ einfach auffindbar. Diese Qualität wird nun auch für elektronische Dokumente geboten. Das deutsche Notariat hat hier die technische und rechtliche Entwicklung federführend begleitet und unterstützt. Zuletzt erfolgte zum 01.01.2007 die reibungslose Umstellung der Handelsregister auf elektronischen Rechtsverkehr. Die Schaffung von zentralen Registern für wichtige Dokumente (Vorsorgevollmachten, Betreuungsverfügungen, künftig ggf. letztwillige Verfügungen) sorgt für ein sicheres und sehr schnelles Auffinden und erleichtert damit die Arbeit der Gerichte in diesem Bereich erheblich. Die Kosten werden durch sehr günstige Registrierungsgebühren gedeckt, belasten also weder den Staatshaushalt noch den Steuerzahler.

Die notarielle Dokumentation und deren Weitergabe entlastet den Staat in Teilbereichen erheblich von sonst anderweitig notwendiger Informationsbeschaffung, z.B. bei der Steuererhebung oder der Geldwäsche und der notwendigen Identifizierung von Personen.

Die notarielle Urkunde ist alles andere als ein Wirtschaftshindernis. Vielmehr ist sie in ihrem Anwendungsbereich ökonomisch legitimiert. Gegenteilige Aussagen der Weltbankberichte „Doing Business 2004 ff.“ basieren für Deutschland zum Teil auf unzutreffend ermittelten Fakten, zum Teil auf der Anwendung von Maßstäben, die ungeeignet sind, den Ablauf der Transaktion in Deutschland wirtschaftlich zu bewerten. Soweit die Kritik des Weltbankberichts sachlich zutrifft, insbesondere zur Gründungsdauer für eine GmbH, liegt die

Ursache nicht im Erfordernis der notariellen Beurkundung oder der Einschaltung des Notars. Durch die Umstellung auf das elektronische Handelsregister zeichnet sich hier schon eine Besserung ab. Das deutsche Notariat ist natürlich bereit, an jeder möglichen Verbesserung mitzuwirken.

Der deutsche Gesetzgeber vertraut der Kompetenz der deutschen Notare. Gesetzgebungsiniciativen zielen derzeit nicht darauf, die notarielle Zuständigkeit einzuschränken, sondern sehen zum Teil erhebliche Ausweitungen in den Bereichen des Familien- und Erbrechts sowie der GmbH vor. Diese Teilprivatisierung staatlicher Aufgaben ist der Qualität förderlich und wirtschaftlich sinnvoll.

Zentrale Aufgabe der Notare ist und bleibt die „Rechtspflege“ im besten Wortsinne. Diese erfolgt durch präzise Rechtsanwendung, die Formulierung individueller, auf den Einzelfall zugeschnittener Verträge und Erklärungen, durch die wissenschaftliche Durchdringung des Rechts, durch dessen Aufbereitung zur praktischen Anwendung und durch die Mitwirkung an nationaler und übernationaler Gesetzgebung. Und hierzu gehört auch - last but not least - die internationale Zusammenarbeit der lateinischen Notare.