

Anhörung des Deutschen Bundestages und des Bundesrates zur Föderalismusreform

Gutachterliche Stellungnahme zur Übertragung der Gesetzgebungskompetenz für das Notariat auf die Länder (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG-E)

I. Zusammenfassung

Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG-E (neu) i.V.m. Art. 70 GG (unverändert) soll künftig nur noch das „Recht der Beurkundung (ohne das Gebührenrecht der Notare)“ zur Bundeskompetenz gehören, im Übrigen soll das Notariat der Gesetzgebungskompetenz der Länder unterfallen. Diese aufspaltende Neuregelung erscheint nicht empfehlenswert, weil sie der Funktion und Wirkungsweise notarieller Tätigkeit nicht zutreffend Rechnung trägt.

Die Notare nehmen im deutschen Rechtssystem eine zentrale Stellung ein. Im Rahmen des Beurkundungsverfahrens sorgen sie präventiv durch klare Rechtsgestaltung für die rechtlich einwandfreie, beweissichere und vollstreckungsfähige Umsetzung des Willens der Beteiligten und schaffen so ein hohes Maß an Rechtssicherheit, das spätere Streitigkeiten in den zentralen Bereichen des Grundstücks-, Gesellschafts-, Familien- und Erbrechts vermeiden hilft. Als neutrale Dritte nehmen sie bei der rechtlichen Gestaltung eine mediative Funktion wahr, die sachgerechtem Interessenausgleich gewidmet ist und dadurch zugleich vorausplanender Konfliktvermeidung dient. Im Rahmen der Beglaubigung prüfen sie die Identität der Beteiligten und die Authentizität der Erklärungen und stellen so insbesondere die Richtigkeit und Verlässlichkeit öffentlicher Register sicher. Als externe öffentliche Funktionsträger erfüllen sie auf diese Weise wirtschaftlich

* DIREKTOR DES INSTITUTS FÜR DEUTSCHES UND AUSLÄNDISCHES ZIVILPROZESSRECHT (ABT. I)
DER ALBERT-LUDWIGS-UNIVERSITÄT FREIBURG
RICHTER AM OBERLANDESGERICHT KARLSRUHE
VISITING PROFESSOR, HARVARD LAW SCHOOL, CAMBRIDGE (MA), USA (2001, 2003, 2005)

eigenverantwortlich eine zentrale und modern gebliebene gesellschaftliche Funktion und bewirken dadurch eine erhebliche Entlastung der staatlichen Justiz und damit auch der öffentlichen Haushalte.

Die geplante Verlagerung der Gesetzgebungskompetenz für das Notariat auf die Länder könnte mittelfristig zu einer Unterschiedlichkeit oder gar Zersplitterung der beruflichen Standards für beratende neutrale Dritte und Beurkundungspersonen und damit zu deutlichen Verwerfungen und Behinderungen im überregionalen Rechts- und Wirtschaftsverkehr führen.

Die bisher einheitliche Regelungszuständigkeit des Bundes im Bereich materiellrechtlicher Kernmaterien, der Justiz und Rechtsberatung würde in gekünstelt wirkender Weise aufgespalten. Im Hinblick auf den untrennbaren Wirkungszusammenhang zwischen materiellem Zivilrecht, Beurkundungsverfahrensrecht und notariellem Berufsrecht dürfte es zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten kommen. Verfassungsrechtliche Kompetenzstreitigkeiten wären vorhersehbar, wenn nicht vorprogrammiert.

Trotz örtlicher Beschränkung des notariellen Tätigkeitsbereichs sind notarielle Urkunden bundesweit verwendbar. Die Beteiligten haben für jede Beurkundung oder Beglaubigung unabhängig vom Gegenstand unter allen deutschen Notaren die freie Wahl. Im Falle unterschiedlicher Kostenregelungen in den einzelnen Ländern würde die Gleichheit der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen notarieller Tätigkeit in Frage gestellt. Voraussichtlich würde in erheblichem Umfang ein sachfremder Beurkundungstourismus in Regionen mit niedrigeren Gebühren ausgelöst. Die wirtschaftliche Basis des Notariats, wie sie zur Wahrung unabhängiger und neutraler Beratung notwendig ist, könnte regional beträchtlichen Schaden leiden. Damit wäre die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit notariellen Amtshandlungen auf qualifiziertem Niveau nicht unerheblichen Gefahren ausgesetzt.

Das deutsche Rechtssystem steht im Rahmen der Europäisierung und der Globalisierung im Wettbewerb insbesondere zum anglo-amerikanischen Recht, das die präventive Beratung durch neutrale Dritte ursprünglich nicht kennt und erst allmählich zu entdecken beginnt. In diesem Wettbewerb schneidet das deutsche Recht aufgrund hoher Rechtssicherheit im Zivil-, Handels- und Gesellschaftsrecht und effektiver Durchsetzbarkeit vertraglicher Ansprüche gut ab. Hierfür leisten die Notare durch neutrale und ausgewogene Beratung und beurkundende Klarstellung von Rechtsakten einen wichtigen Beitrag. Eine Diversifikation des Notariats durch Regionalisierung der Regelungskompetenzen müsste diese Position eher schwächen. Wettbewerb zwischen den Rechtsordnungen ist auch immer wirtschaftlicher

Standortwettbewerb; eine – ohne Not herbeigeführte – Beeinträchtigung der geschilderten Vorzüge des deutschen Rechtssystems brächte keinerlei Vorteile und erscheint deshalb kaum vertretbar.

II. Funktion und Stellung des Notars

Im Rahmen der Beurkundung erforscht der Notar als neutraler, unabhängiger und unparteiischer Berater den Willen der Beteiligten, informiert sie über die rechtliche Tragweite des Geschäfts, prüft seine rechtliche Wirksamkeit und lenkt die Willensbildung der Parteien in rechtlich vernünftige Bahnen¹. Er errichtet eine öffentliche Urkunde mit erhöhter Beweiskraft, die den Abschluss und Inhalt des Rechtsgeschäfts klarstellt² und gegebenenfalls einen Vollstreckungstitel schafft³, der zumindest funktionell mit einem vorläufig vollstreckbaren Urteil gleichgesetzt werden kann⁴.

Die Beurkundungstätigkeit des Notars steht in einem Komplementärverhältnis zur Rechtsprechung. Während die Rechtsprechung die „pathologischen Fälle“ lösen soll, hat der Notar durch neutrale Beratung aller beteiligten Parteien bei der Begründung von Rechten dafür zu sorgen, dass solche „pathologischen Fälle“ gar nicht erst auftreten. Das ist aber nur zu erreichen, wenn die Urkundsperson als neutraler Dritter den Parteien bei vorausgehender Beratung und Begründung eines Rechtsverhältnisses ebenso objektiv gegenübersteht wie der Richter bei der Entscheidung eines Rechtsstreits⁵. Vor diesem Hintergrund, aber auch angesichts der besonderen Beweiskraft und der Vollstreckungswirkung notarieller Urkunden müssen Beurkundungsverfahren und Amtsstellung der Notare rechtsstaatlichen Anforderungen genügen und im Hinblick auf die verfahrensrechtliche Komponente der Grundrechte zwingend öffentlich-rechtlich ausgestaltet sein⁶. Zur Sicherstellung notarieller Objektivität ist ferner eine dem Richteramt vergleichbare sachliche und persönliche Unabhängigkeit erforderlich, wie sie in § 1 Bundesnotarordnung

¹ §§ 4, 17 Beurkundungsgesetz (BeurkG), 14 Abs. 1 und 2 Bundesnotarordnung (BNotO); Übersicht zu den Aufgaben des Notars bei *Frenz*, in: Eylmann/Vaasen, BNotO/BeurkG, 2. Aufl. (München 2004), § 1 BNotO Rz. 4 ff.; *Baumann*, Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer (MittRhNotK) 1996, S. 1, 17 ff; *Stürner*, in: Baur/Stürner, Sachenrecht, 17. Aufl. (München 1999), § 21 Rn. 11; *ders.*, DNotZ 1995, 343, 347, 352 ff.

² §§ 415, 437 ZPO.

³ § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO.

⁴ *Münch*, Vollstreckbare Urkunde und prozessualer Anspruch (Köln 1989), S. 125.

⁵ *Niese*, Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP) 73 (1960), S. 1, 27; *Habscheid*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 7. Aufl. (München 1983), S. 26.

⁶ Das Bundesverfassungsgericht (Amtliche Sammlung [BVerfGE], Bd. 73, S. 280, 293 f.) spricht bei den Aufgaben des Notars von „Zuständigkeiten, die nach der geltenden Rechtsordnung hoheitlich ausgestaltet sein müssen“.

(BNotO) ihren Niederschlag gefunden hat. Amtshandlungen des Notars sind einer fachaufsichtlichen Korrektur deshalb nicht zugänglich und können lediglich mit Rechtsmitteln angefochten werden⁷. Eine hinreichende demokratische Legitimation wird dadurch sichergestellt, dass Notare – obwohl sie nicht in einem besoldeten Dienstverhältnis, sondern in einem besonderen öffentlich-rechtlichen Verhältnis eigener Art zum Staat stehen und ihren Lebensunterhalt aus den Gebühreneinnahmen bestreiten⁸ – der Dienstaufsicht und der Disziplinargewalt der Justizverwaltung unterliegen und von ihr ausgewählt und bestellt werden⁹.

III. Einheitlicher Notarberuf in Deutschland

In Deutschland existiert nach Maßgabe der Bundesnotarordnung grundsätzlich nur ein einzig und einheitlicher Notarberuf mit gleichen Berufs-, Verfahrens- und Kostenregelungen¹⁰. Diese finden ihre Grundlage bislang in der einheitlichen Justizkompetenz des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG, genauer in den dort erwähnten Kompetenztiteln „bürgerliches Recht, gerichtliches Verfahren, Rechtsanwaltschaft, Notariat und Rechtsberatung“¹¹. Zwar hat der Bundesgesetzgeber – den historischen Gegebenheiten Rechnung tragend – für unterschiedliche Landesteile zwei verschiedene Notariatsverfassungen vorgesehen. Die Regelung dieser beiden Notariatsverfassungen – Nurnotariat und Anwaltsnotariat – ist aber wiederum bundeseinheitlich und länderübergreifend erfolgt. Im Übrigen betreffen die Unterschiede zwischen Nurnotariat und Anwaltsnotariat im Wesentlichen nur die Regelung des Berufszugangs¹² und der Sozietätsfähigkeit¹³. Die Berufsausübung, die Amtspflichten und die Gebühren sind dagegen für alle Notare bundeseinheitlich und identisch geregelt¹⁴. Die bisweilen

⁷ § 15 Abs. 2 BNotO.

⁸ Zur statusrechtlichen Stellung des Notars näher *Römer*, Notariatsverfassung und Grundgesetz (München 1963), S. 12-49, *Preuß*, Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger (Tübingen 2005), S. 93-297.

⁹ Vgl. §§ 3 ff. BNotO (Bestellung) bzw. §§ 92 ff. BNotO (Dienstaufsicht) und §§ 95 ff. BNotO (Disziplinarverfahren).

¹⁰ *Löwer*, MittRhNotK 1998, S. 312; *Bohrer*, Das Berufsrecht der Notare (München 1991), S. 6.

¹¹ Vgl. zur Zuordnung des Beurkundungswesens und der zugehörigen Gebührenregelungen etwa BVerfGE 11, S. 192, 199; 47, S. 285, 313.

¹² §§ 6, 7 BNotO.

¹³ § 9 BNotO.

¹⁴ Lediglich in Baden-Württemberg bestehen aufgrund des Reservatrechts nach Art. 138 GG gewisse Besonderheiten für die Notare im Landesdienst. In diesem Zusammenhang ist jedoch zu betonen, dass Art. 138 GG keine eigenständige Gesetzgebungskompetenz der süddeutschen Länder begründet, sondern nur ein besonderes Zustimmungserfordernis aufstellt. Aufgrund dieses besonderen Zustimmungserfordernisses hat der Bund für die Notare im Landesdienst in Baden-Württemberg von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG hinsichtlich des Berufsrechts keinen Gebrauch gemacht. Weil die Bundesnotarordnung für Anwaltsnotare und selbständige Nurnotare in Baden-Württemberg

geäußerte Behauptung, das Notariat sei landesrechtlich geprägt, ist deshalb so unzutreffend und in diesem Zusammenhang etwas irreführend.

IV. Untrennbarer Zusammenhang zwischen materiellem Recht, Beurkundungsverfahren und Berufsrecht

Der Bundesgesetzgeber ordnet aufgrund seiner Gesetzgebungskompetenz im bürgerlichen Recht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) und im Handelsrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) Beurkundungserfordernisse bei solchen Rechtsgeschäften an, bei denen er aufgrund der besonderen wirtschaftlichen Bedeutung der Transaktion (wie z.B. im Grundstücksrecht)¹⁵, der persönlichen oder vermögensrechtlichen Tragweite (wie z.B. im Familienrecht)¹⁶ oder der Auswirkungen auf Dritte (wie z.B. für Arbeitnehmer oder Gläubiger im Gesellschaftsrecht)¹⁷ neutrale und unabhängige Beratung sowie Rechts- und Beweissicherheit zum Zweck späterer Streitvermeidung für besonders wichtig hält.

Die Erreichung dieser Ziele setzt jedoch begriffsnotwendig ein geeignetes Verfahren unter der Leitung einer geeigneten Beurkundungsperson voraus. Nur wenn das Verfahren so ausgestaltet ist, dass die Beteiligten tatsächlich von einer objektiv und unabhängig handelnden Urkundsperson über Bedeutung und Tragweite ihrer Handlungen aufgeklärt werden und ihr Wille zutreffend ermittelt und in rechtlich einwandfreier Form festgehalten wird, bleiben Rechts- und Beweissicherheit sowie Konfliktvermeidung als Verfahrensziele erreichbar.

Bei der Unterschriftsbeglaubigung gilt entsprechendes: Eine effektive Identitätsfeststellung ist ebenso wie eine Evidenzkontrolle hinsichtlich Geschäftsfähigkeit und Willensfreiheit des Erklärenden¹⁸ nur bei einem ordnungsgemäßen Verfahren und bei Zuverlässigkeit der handelnden Urkundsperson

jedoch stets uneingeschränkte Geltung besessen hat, war der Anpassungsdruck für den Landesgesetzgeber so groß, dass er wesentliche Regelungen aus dem Bundesrecht für die Notare im Landesdienst uneingeschränkt übernommen hat (vgl. § 20 des Landesgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit [LFGG], dazu *Wilke*, in: Eylmann/Vaasen [Fn. 1], § 114 BNotO Rn. 8; *Schippel*, BNotO, 7. Aufl. [München 2000], §§ 114, 115 Rn. 15).

Bei einem Wegfall der Bundeskompetenz für das Notariat würde die Bundesnotarordnung bis zum Erlass entsprechender Landesgesetze zwar zunächst nach Art. 125a GG fortgelten. Schon wegen der rasch drohenden Versteinerung würde von ihr jedoch kein vergleichbarer Harmonisierungseffekt mehr ausgehen. Falls nicht mit erheblichem bürokratischen Aufwand eine Einigung zwischen den Ländern über einen Musterentwurf herbeigeführt werden könnte, wäre vielmehr mit einer Zersplitterung des Berufsrechts zu rechnen.

¹⁵ § 311b Abs. 1 BGB; dazu *Stürner*, in: Baur/Stürner (Fn. 1), § 21 Rn. 11.

¹⁶ Vgl. z.B. §§ 1410, 1587o BGB.

¹⁷ Vgl. z.B. §§ 23 AktG, 2 GmbHG.

¹⁸ Vgl. zur Evidenzkontrolle *Limmer*, in: Eylmann/Vaasen (Fn. 1), § 40 BeurkG Rn. 19 ff.

gewährleistet. Eine Entlastung der Justiz im Bereich des Grundbuchs, des Handels-, Vereins-, Genossenschafts- oder Partnerschaftsregisters¹⁹ tritt nur dann ein, wenn die jeweiligen Registeranmeldungen (wie beim Entwurf durch den Notar bislang sichergestellt²⁰) von einem juristisch hinreichend qualifizierten Amtsträger rechtlich zutreffend abgefasst sind.

Beurkundungsverfahren und materielles Recht sind deshalb eng miteinander verzahnt. Die materiellen Vorschriften über Beurkundungserfordernisse und die registerrechtlichen Vorschriften über die Unterschriftsbeglaubigung knüpfen an die Grundnormen in §§ 128, 129 BGB an, die jedoch selbst keine Definition von Beurkundung und Beglaubigung enthalten, sondern eine Regelung dieser Rechtsinstitute durch das Beurkundungsgesetz (BeurkG) voraussetzen²¹ und beide einer durch das Berufsrecht zu definierenden Urkundsperson – dem Notar – anvertrauen.

Mit anderen Worten: Beurkundungs- und Beglaubigungserfordernisse im materiellen Recht sind eine leere Hülle, sofern nicht zugleich ein hierauf abgestimmtes, inhaltlich ausgewogenes, faires und transparentes Beurkundungsverfahren gewährleistet ist. Das Beurkundungsverfahren wiederum kann aber nur dann ausgewogen, fair und transparent sein, wenn Qualifikation, persönliche, sachliche und wirtschaftliche Unabhängigkeit der Urkundsperson durch entsprechende Anforderungen des Berufsrechts gewährleistet sind. Materielles Recht, Beurkundungsverfahren und Berufsrecht bilden mithin eine unauflösbare Einheit und sollten deshalb durch denselben Normgeber geregelt werden.

Genauso wie die Gesetzgebungskompetenz für Statusrechte und -pflichten der Richter und der Rechtsanwälte beim Bund bleiben soll²², weil eine bundesgesetzliche Regelung des Gerichtsverfahrens ohne gleichzeitige Kompetenz zur Festlegung von Mindestanforderungen an den Status verfahrensleitender Personen und beteiligter Parteivertreter wenig sinnvoll erschiene, sollte deshalb auch die Zuständigkeit zur Regelung der Statusrechte und -pflichten der Notare weiterhin dem Bund zugewiesen sein²³.

¹⁹ Vgl. zur Entlastungsfunktion des Notars für die Justiz allgemein *Limmer*, in: Eylmann/Vaasen (Fn. 1), § 1 BeurkG Rn. 9.

²⁰ *Limmer*, in: Eylmann/Vaasen (Fn. 1), § 40 BeurkG Rn. 21 mit weiteren Nachweisen.

²¹ *Hertel*, in: Staudinger, BGB, Bearbeitung 2004 (Berlin 2004), vor § 128 Rn. 2.

²² Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 und 27 GG-E.

²³ Soweit ersichtlich ist auch überall sonst in Europa das notarielle Berufsrecht national einheitlich geregelt, und zwar auch in Bundesstaaten wie z.B. in Österreich; Überblick zu den westeuropäischen Mitgliedstaaten der EU vor dem 1.1.1995 bei *Hergeth*, Europäisches Notariat und Niederlassungsfreiheit nach dem EG-Vertrag (Baden-Baden 1996), S. 31 ff.; zu Österreich und Ost-/Mitteleuropa bei *Rechberger* (Hrsg.), Notarbild

V. Systemwidrige Aufspaltung justizieller Kompetenz bei Verlagerung des Berufsrechts auf die Länder

Angesichts der engen Verknüpfung von Beurkundungsverfahrensrecht und notariellem Berufsrecht ist es nicht verwunderlich, dass eine klare Trennung zwischen beiden Materien bislang nicht versucht wurde und vielfach auch gar nicht möglich ist. So finden sich Regelungen zur Gewährleistung der Unabhängigkeit des Notars, wie zum Beispiel die Mitwirkungsverbote bei eigener Vorbefassung oder persönlicher Betroffenheit, trotz ihres primär berufsrechtlichen Charakters nicht nur in der Bundesnotarordnung, sondern gleichzeitig auch im Beurkundungsgesetz²⁴. Auch bei der Neutralitätspflicht geht es um die Sicherung der Unabhängigkeit und Objektivität des Notars und mithin in erster Linie um eine berufsrechtliche Regelung. Dennoch hat der Gesetzgeber sie nicht ausschließlich der Bundesnotarordnung zugeordnet, sondern teilweise eben auch im Beurkundungsgesetz geregelt²⁵. Umgekehrt findet die im Rahmen der präventiven Rechtskontrolle elementare Pflicht zur Ablehnung rechtswidriger Amtshandlungen als primär verfahrensrechtliche Regelung ihre Grundlage nicht allein im Beurkundungsgesetz, sondern auch in der Bundesnotarordnung²⁶.

Die Schwierigkeit einer eindeutigen Zuordnung zeigt sich auch im Fall der Aufklärungs- und Belehrungspflichten, die zwar als Grundvoraussetzung eines rechtsstaatlichen Verfahrens zutreffend im Beurkundungsgesetz geregelt sind²⁷, effektiv jedoch nur von einer Urkundsperson erfüllt werden können, deren Neutralität und Objektivität berufsrechtlich in geeigneter Form sichergestellt ist. Als letztes Beispiel für die Untunlichkeit einer klaren Trennung zwischen Berufs- und Verfahrensrecht mag die in der Bundesnotarordnung normierte Verschwiegenheitspflicht des Notars dienen²⁸, die einerseits die Vertraulichkeit des Verfahrens sichert, andererseits aber nur bei hinreichender Integrität und Zuverlässigkeit der Urkundsperson aufgrund entsprechender berufsrechtlicher

in Mitteleuropa (Wien 2003). Einzige Ausnahme ist die Schweiz (näher: *Brückner*, Schweizerisches Beurkundungsrecht [Zürich 1993], S. 3 ff.), wo aber in letzter Zeit verstärkt Reformbemühungen zur Überwindung der als hinderlich und rückständig empfundenen kantonalen Rechtszersplitterung angestellt werden; vgl. *Pflüger/Notter*, Notar 2006, S. 21, 23. Notarielle Besonderheiten in Alsace-Lorraine haben historische Gründe und sind nicht repräsentativ; zum dortigen *droit local* statt vieler *Stürner*, DNotZ 1995, 343, 357.

²⁴ Vgl. § 16 BNotO einerseits, §§ 3, 6 und 7 BeurkG andererseits.

²⁵ Zum Verhältnis von § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO und § 3 BeurkG *Winkler*, in: Keidel/Winkler, BeurkG, 14. Aufl. (München 1999), § 3 Rn. 4 f.

²⁶ Vgl. § 4 BeurkG einerseits, § 14 Abs. 2 BNotO andererseits.

²⁷ §§ 17-21 BeurkG.

²⁸ § 18 Abs. 1 BNotO.

Anforderungen an die persönliche Eignung und an die Art und Weise der Amtsführung gewährleistet ist.

Bislang sind die vielfältigen Überschneidungen zwischen Beurkundungsverfahrensrecht und notariellem Berufsrecht kompetenzrechtlich unbedenklich, weil der Bund beide Bereiche aufgrund seiner umfassenden Justizkompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG vollumfänglich und abschließend regeln kann²⁹. Bei einer eher künstlichen Aufspaltung der Justizkompetenz durch Übertragung der Zuständigkeit für das notarielle Berufsrecht auf die Länder wären Kompetenzkonflikte zwischen Bund und Ländern vorgegeben. Unausbleibliche Widersprüche zwischen landesgesetzlich geregelter Berufsrecht und bundesgesetzlich geregelter Verfahrensrecht könnten nicht nur unnötige Unsicherheit zulasten der Verfahrensbeteiligten herbeiführen, sondern dürften auch reichlich Konfliktstoff für Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht bieten. Das mit der Föderalismusreform verfolgte Ziel einer Entflechtung der Kompetenzen von Bund und Ländern³⁰ wäre durch eine Aufteilung im Bereich des Notariatswesens verfehlt. Vielmehr würde die bisherige klare Kompetenzverteilung hier durch eine unübersichtliche und oft schwer auflösbare Gemengelage ersetzt.

VI. Notwendigkeit eines gemeinsamen interlokalen Zuständigkeitsrechts als Folge der vorgesehenen Kompetenzaufteilung?

Die Fragwürdigkeit der vorgeschlagenen Kompetenzaufteilung zeigt sich insbesondere bei der Regelung notarieller örtlicher Beurkundungszuständigkeit. Die örtliche Zuständigkeit des Notars ist bislang allgemein im Berufsrecht und damit in der Bundesnotarordnung geregelt³¹. Bei unterschiedlichen berufs- und kostenrechtlichen Standards könnten sich einzelne Bundesländer veranlasst sehen, beschränkende Zuständigkeiten für örtliche Notare festzulegen, die zum Beispiel an die Grundstücksbelegenheit innerhalb der jeweiligen Landesgrenzen oder an den Sitz einer Gesellschaft im jeweiligen Bundesland anknüpfen³². Der Bundesgesetzgeber

²⁹ Vgl. zur kaum durchführbaren Abgrenzung der Kompetenztitel „bürgerliches Recht, gerichtliches Verfahren und Notariat“ BVerfGE 11, S. 192, 199; 47, S. 285, 313; lesenswert ferner *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, 3. Aufl. (München 1996), Art. 74 Rn. 11 und 22.

³⁰ BT-Drucks. 16/813, S. 1, 23. Zur wissenschaftlichen Diskussion um die Föderalismusreform *Henneke*, Föderalismusreform in Deutschland (Stuttgart 2005), S. 13 ff.; *Waldhoff*, ebenda, S. 55 ff.

³¹ §§ 10a Abs. 2, 11 Abs. 2 BNotO.

³² Dass derartige und ähnliche Überlegungen nicht fernliegend sind, zeigt die Situation in der Schweiz (dazu näher *Koller*, Der Grundstückskauf, 2. Aufl. [Bern 2001], S. 43, mit weiteren Nachweisen zur schweizerischen Rechtsprechung), die insoweit kein Beispiel für *good governance* zu sein scheint und wo derzeit Überlegungen zur Überwindung der Zersplitterung des Berufsrechts angestellt werden (*Pflüger/Notter*, Notar 2006, S. 21, 23).

könnte bei einer solchen Sachlage nur dann korrigierend eingreifen, wenn man die Zuständigkeitsregelungen als Verfahrensrecht qualifizieren würde, was im Streitfall vor dem Bundesverfassungsgericht geklärt werden müsste. Selbst wenn ein solcher Eingriff kompetenzrechtlich möglich sein sollte, wäre er jedoch gegebenenfalls von fragwürdiger Legitimität, falls es zum Beispiel infolge von Qualitätsunterschieden bei der Urkundsperson an einer Gleichwertigkeit der Beurkundung fehlen würde. Dass solche und ähnliche Schwierigkeiten künftiger Rechtsentwicklung für den überregionalen Rechts- und Wirtschaftsverkehr nicht förderlich wären, Transaktionen erschweren und damit Investitionshemmnisse schaffen würden, liegt auf der Hand.

VII. Notwendigkeit einheitlichen Kostenrechts

1. Gleichheitssatz und Regionalisierung des Kostenrechts

Notare erheben für ihre Amtshandlungen Gebühren nach der Kostenordnung (KostO), welche die Verfahrenskosten für die Justizorgane im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit bundeseinheitlich regelt. Weil es sich bei Beurkundung und Beglaubigung um hoheitliche, regelmäßig gesetzlich vorgeschriebene Verfahrenshandlungen handelt, sind individuelle Gebührenvereinbarungen zwischen dem Notar und den Verfahrensbeteiligten anders als z.B. bei anwaltlichen Dienstleistungen von vornherein unzulässig³³. Vielmehr zwingt der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG unabhängig von der Person der Beteiligten grundsätzlich flächendeckend zu einer einheitlichen Gebührenerhebung³⁴. Dies schließt freilich nicht aus, dass unterschiedliche Landesgesetzgeber für ihr Territorium unterschiedliche Gebührensätze festlegen, weil sich der Gleichheitssatz immer nur an denselben Normgeber richtet³⁵.

2. Notwendige Abstimmung zwischen Kostenrecht und Verfahrensrecht

Im Justizbereich wären Gebührenunterschiede zwischen den Bundesländern anders als etwa im Bereich der Verwaltung jedoch nicht sachgerecht, sondern mit gravierenden Nachteilen verbunden. Zum einen muss das Kostenrecht grundsätzlich stets mit dem Verfahrensrecht abgestimmt sein. Kostenregelungen orientieren sich begriffsnotwendig an den Verfahrensvorschriften, weil Gebühren von vornherein nur

³³ Einfachgesetzlich ausformuliert ist dies in § 140 KostO.

³⁴ Zur Bedeutung von Art. 3 GG für die Gebührenbemessung allgemein *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 6. Aufl. (München 2002), Art. 3 Rn. 53.

³⁵ *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* (Fn. 35), Art. 3 Rn. 10.

für die vom Verfahrensrecht vorgesehenen Amtshandlungen erhoben werden können. Kostenregeln haben zudem häufig eine steuernde Wirkung auf das Verfahrensverhalten der Verfahrensbeteiligten. Während das Verwaltungsverfahren in der Regel von den Ländern festgelegt wird³⁶ und deshalb hier auch eine Gebührenregelung durch die Länder nahe liegt, ist die Regelung des Gerichtsverfahrens und des Beurkundungsverfahrens dem Bund zugewiesen und soll auch nach der Föderalismusreform Bundesangelegenheit bleiben³⁷. Die Höhe der Gebühren kann für den effektiven Zugang zum Verfahren entscheidend sein, weshalb Verfahrens- und Kostenrecht in der Hand ein und desselben Normgebers liegen sollten. Wenn also das Beurkundungsverfahren beim Bund bleibt, spricht systematisch alles dafür, auch das Kostenrecht beim Bund zu belassen.

3. Regionales Gebührengelände, Beurkundungstourismus und flächendeckende Befriedigung des Beurkundungsbedarfs

Wichtiger ist jedoch ein anderer Gesichtspunkt: Im Verwaltungsverfahren sind abweichende Gebühren in verschiedenen Bundesländern normalerweise unschädlich, weil Verwaltungsmaßnahmen regelmäßig ortsgebunden sind. Es gibt in aller Regel eine klar umgrenzte örtliche Zuständigkeit der lokalen Behörden³⁸. Parallelzuständigkeiten sind selten. Ein Tourismus zur Erlangung „billiger“ Bau- oder Anlagengenehmigungen ist damit ausgeschlossen.

Im Justizbereich ergibt sich dagegen ganz allgemein ein gänzlich anderes Bild. Im Zivilprozess sind Parallelzuständigkeiten häufig; bereits das Gesetz sieht neben dem allgemeinen Gerichtsstand³⁹ eine Vielzahl von besonderen Gerichtsständen⁴⁰ vor. Außerdem können die Parteien vielfach Zuständigkeitsvereinbarungen treffen⁴¹. Um einen sachfremden „Prozesstourismus“ unter Gebührengesichtspunkten auszuschließen, hat der Gesetzgeber die Kosten für das streitige Gerichtsverfahren und für die freiwillige Gerichtsbarkeit deshalb bundeseinheitlich festgelegt.

Genau gleich liegt das Problem im Notarbereich. Zwar dürfen Notare grundsätzlich nur an ihrem Amtssitz beurkunden. Sie können aber jedenfalls bisher von überall her aufgesucht werden und ohne Rücksicht auf den Lageort Urkunden über Vermögensgegenstände im gesamten Bundesgebiet errichten. Im Interesse

³⁶ Art. 83 GG.

³⁷ Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG-E.

³⁸ Vgl. z.B. § 3 VwVfG.

³⁹ §§ 12 ff. ZPO

⁴⁰ §§ 20 ff. ZPO.

⁴¹ § 38 ZPO.

leichtgängigen überregionalen Rechts- und Wirtschaftsverkehrs sollte es dabei auch bleiben, wie dies bereits ausgeführt ist. Bei unterschiedlichen Gebührensätzen wäre also mit einem regen „Beurkundungstourismus“ zu rechnen. Das vor dem Hintergrund eines effektiven Zugangs zur vorsorgenden Rechtspflege mit dem Rechts- und Sozialstaatsprinzip harmonisierende⁴² und im Justizbereich allgemein anerkannte Prinzip der Wertgebühr⁴³ wäre bei einer solchen Entwicklung nicht oder nur sehr schwer zu halten. Zahlreiche notarielle Amtsgeschäfte (namentlich im Familien-, Erb-, GmbH- und Vereinsrecht) sind nicht kostendeckend. Die hier eintretenden Verluste werden durch Gebührenüberschüsse aus anderen Beurkundungsgeschäften aufgefangen. Würden einzelne Länder Gebührenkappungen vornehmen, dürfte schnell eine Konzentration höherwertiger Beurkundungsgeschäfte in diesen Regionen eintreten. Notariate in den anderen Ländern wären dann teilweise nicht mehr oder nur noch sehr eingeschränkt kostendeckend zu führen.

4. Gefährdung notarieller Unabhängigkeit und Neutralität durch regional differenzierte Kostensysteme

In der Möglichkeit des „Rosinenpickens“ steckt auch eine Gefahr für die Unabhängigkeit der Notare in negativ betroffenen Regionen. Zur Unabhängigkeit gehört gerade auch ein gewisser Grad an wirtschaftlicher Unabhängigkeit. Die gleichen Gebührensätze in der ganzen Bundesrepublik gewährleisten wirtschaftlich einheitliche Rahmenbedingungen der notariellen Berufsausübung. Der finanzielle Erfolg des Notars sollte von der Qualität seiner Leistung unter gleichen Rahmenbedingungen und nicht von unterschiedlicher Gebührenfestlegung durch verschiedene Landesgesetzgeber abhängen. Ein existentieller „Kampf“ um den Mandanten, wie ihn regionale preisliche Varianz teilweise provozieren könnte, ist mit der Neutralität und Unabhängigkeit des Notars schwer oder gar nicht vereinbar. Das unterscheidet den Notar deutlich vom Anwalt, der zwar gegenüber dem Mandanten ebenfalls in gewisser Weise unabhängig sein soll, aber als Parteivertreter und nicht als neutraler Dritter agiert, obwohl selbst beim Anwalt die schlechtverdienende und damit besonders abhängigkeitsgefährdete Kanzlei nicht dem berufsrechtlichen und berufsethischen Ideal entspricht.

⁴² Näher *Reimann*, in: Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 15. Aufl. (2002), Einführung Rn. 20; allgemein zu den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen von Gebühren im Bereich der Rechtspflege BVerfGE 10, S. 264, 267 f.; 85, S. 337, 347.

⁴³ § 3 Gerichtskostengesetz (GKG), § 2 Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG), § 18 KostO.

VIII. Die vorsorgende Rechtspflege als Stärke des deutschen Rechts im Wettbewerb der Rechtskulturen

Das deutsche Recht pflegt in wichtigen Bereichen präventive Konfliktvermeidung durch vorsorgende neutrale Beratung und Hilfestellung bei rechtlich klarer Ausformung individuellen Willens. Es steht in Europa vor allem im Wettbewerb mit dem anglo-amerikanischen Rechtskreis, der traditionell öffentlich organisierte vorsorgende Rechtspflege nicht kennt, die rechtliche Gestaltung ganz den Parteien überlässt und dann aber nachträglich Verstöße hart und in oft nur schwer vorhersehbarer Weise sanktioniert. Erst in neuerer Zeit gewinnt der Gedanke an Raum, dass schon bei der Vertragsgestaltung vorsorgende neutrale Beratung sinnvoll sein könnte. Auf der anderen Seite steht in vielen anderen europäischen Staaten mit notariellem Beurkundungssystem die Beweissicherung als Beurkundungszweck stärker im Vordergrund als in Deutschland.


Anfängliche Ausgewogenheit rechtlicher Gestaltung und Rechtsklarheit durch neutrale Beratung und Beurkundung sind ein wichtiger Standortvorteil des deutschen Rechts. Durch die Gewährleistung der Ausgewogenheit und der Wirksamkeit vertraglicher Vereinbarungen und durch die Errichtung von Vollstreckungstiteln mit erhöhter Beweiskraft leisten die Notare zur Effizienz des deutschen Rechtssystems einen wesentlichen Beitrag. Das deutsche Notariat genießt deshalb national wie international hohes Ansehen. Eine Regionalisierung des Berufs- und Kostenrechts müsste sich negativ auf die internationale Durchsetzungsfähigkeit und Konkurrenzfähigkeit des deutschen Modells auswirken und wäre vor diesem Hintergrund keinesfalls zu empfehlen.

IX. Ergebnis

Die Übertragung der Gesetzgebungskompetenz für das notarielle Berufs- und Kostenrecht vom Bund auf die Länder wäre unter systematischen wie unter praktischen Gesichtspunkten verfehlt. Sie würde erhebliches verfassungsrechtliches Konfliktpotenzial schaffen, für die Verfahrensbeteiligten gegebenenfalls erhebliche

Nachteile mit sich bringen und das deutsche Rechtssystem mit seinem Modell präventiver Konfliktvermeidung im Wettbewerb der Rechtsordnungen schwächen.

Freiburg, am 8. Mai 2006

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Rolf Stürner'. The signature is written in a cursive style with a prominent initial 'R' and a long, sweeping tail.

(Professor Dr. Rolf Stürner)