



Georg-August-Universität Göttingen

Juristische Fakultät

Professor Dr. Alexander Bruns LL.M.

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und
Wirtschaftsrecht, Versicherungsrecht und
Rechtsvergleichung



*Georg-August-Universität, Juristisches Seminar
Platz der Göttinger Sieben 5, 37073 Göttingen*

Postadresse:

Platz der Göttinger Sieben 6

☎ (0551) 39-14-659

📠 (0551) 39-14-655

✉ a.bruns@jura.uni-goettingen.de

**Schriftliche Stellungnahme
zum Reformvorschlag der
Übertragung der Regelungskompetenz für das Notariat einschließlich des
Gebührenrechts, ohne das Beurkundungsrecht an die Länder**

– Justiz (II. A. 2.) –

**im Rahmen der öffentlichen Anhörung
des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages und des Bundesrates
zur Föderalismusreform
am 17. Mai 2006**

- I. Geltendes Recht und Koalitionsentwurf zur Reform**
- II. Funktionen und Bedeutung des Notariats für die Rechtspflege**
- III. Rechtshistorische Genese des bundeseinheitlichen Notariats**
- IV. Das Notariat im europäischen Rechtsvergleich**
- V. Konsequenzen der geplanten Kompetenzübertragung auf die Länder**
- VI. Das Notariat im Lichte der europäischen Marktfreiheiten**
- VII. Zusammenfassung**

I. Geltendes Recht und Koalitionsentwurf zur Reform

1. Das bundeseinheitliche Notariat und bestehende landesrechtliche Besonderheiten

a) Bereichsübergreifende konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Das geltende Verfassungsrecht weist das gesamte Notariat ebenso wie das bürgerliche Recht, die Gerichtsverfassung, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsanwaltschaft mit Rechtsberatung der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes zu (Artt. 74 Abs. 1 Nr. 1, 72 GG). Dabei muss man sich immer klarmachen, dass dem Bund ein konkurrierendes Gesetzgebungsrecht verliehen ist, über dessen Ausschöpfung er grundsätzlich im Rahmen gesetzgeberischen Ermessens selbst entscheiden kann: soweit er davon keinen Gebrauch macht, liegt die Kompetenz schon *de constitutione lata* bei den Ländern (Artt. 70, 72 Abs. 1 GG). Der Bund hat seine Kompetenzen, soweit das Notarrecht betroffen ist, unter anderem ausgeschöpft in Gestalt bürgerlichrechtlicher Formvorschriften (z.B. §§ 128, 129, 152; 311b Abs. 1, 3, 5, 518; 1410; 2276, 2348, 2371 BGB), des Beurkundungsgesetzes, der Bundesnotarordnung und der Kostenordnung, aber auch bestimmter Verfahrensvorschriften, wie z.B. über die Zuständigkeit zur Entgegennahme von Auflassungen (§ 925 Abs. 1 S. 2 BGB), die Zuständigkeit zur Klauselerteilung für Anwaltsvergleiche (§ 796c ZPO) und – in der Praxis von hervorragender Bedeutung – die Rechtsmacht zur Schaffung notarieller vollstreckbarer Urkunden (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO). Die Zuweisung des Gesamtpakets einschlägiger Kompetenztitel erspart dabei die im Detail schwierige, wenn nicht gar teilweise unmögliche Zuordnung einzelner einfachrechtlicher Regelungskomplexe zu einem bestimmten Sachgebiet bzw. Kompetenztitel. Wenn etwa die Wirksamkeit von Grundstückskaufverträgen an die Wahrung notarieller Form gebunden (§ 311b Abs. 1 BGB) oder die Eigenschaft vollstreckbarer Urkunden als Vollstreckungstitel (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) festgelegt wird, kann der Gesetzgeber die Qualifikation der Urkundsperson als Notar, die zentrale Bedeutung für die Erreichung des Formzwecks bzw. für die Rechtfertigung der Titelqualität hat, in einem Zug mit definieren, ohne dass es einer Entscheidung darüber bedürfte, ob die Frage der Qualifikation dem Bereich des bürgerlichen bzw. Verfahrensrechts oder des Notariats zuzuordnen ist. Das geltende System der Gesetzgebungskompetenzen eröffnet also legislatorischer Praktikabilität weite Spielräume.

b) Einheitliches Berufsbild nach Maßgabe der Bundesnotarordnung

Die Bundesnotarordnung verwirklicht trotz der Unterscheidung zwischen hauptberuflichen und Anwaltsnotaren (§ 3 BNotO) weithin ein einheitliches Berufsbild. Die zentralen Cha-

rakteristika des Berufsbildes werden ohne Rücksicht auf die Berufsausübungsform einheitlich geregelt¹: Status des Notars als unabhängiger und unparteilicher Amtsträger (§§ 1, 2, 13, 14 Abs. 1 BNotO), Berufszugang und Bestellungsverfahren (§§ 4–6b, 12 BNotO), Nebentätigkeit (§ 8 Abs. 1, 2 S. 1 HS. 1, 3 und 4 BNotO), Amtssitz, Amtsbereich und Amtsbezirk (§§ 10–11a BNotO), Amts- und Verschwiegenheitspflichten (§§ 14–16, 18, 25–32 BNotO), Notarhaftung und Berufshaftpflichtversicherung (§§ 19, 19a BNotO), Zuständigkeiten (§§ 20–24 BNotO), Abwesenheit und Verhinderung sowie Notarvertretung (§§ 38–46 BNotO), Erlöschen des Amtes und Notariatsverwaltung (§§ 47–64 BNotO), Verwaltungsverfahren (§ 64a BNotO), Kammerorganisation (§§ 65–91 BNotO) und Aufsicht und Disziplinarverfahren (§§ 95–110a BNotO). Die Vorschriften, die zwischen hauptberuflichen Notaren und Anwaltsnotaren unterscheiden, beruhen – abgesehen von wenigen Detailregelungen² – im Wesentlichen darauf, dass der Anwaltsnotar mindestens zwei Berufe (Anwalt und Notar) ausübt³ und die Zugangsregelungen naturgemäß nicht ohne Differenzierungen auskommen⁴. Im Übrigen fixiert die Bundesnotarordnung ein einheitliches Berufsbild.

c) Landesrechtliche Besonderheiten

Das Grundgesetz garantiert in Art. 138 GG den im Zeitpunkt des Inkrafttretens bestehenden Einrichtungen des Notariats in den Ländern Bayern und Baden-Württemberg (Baden, Württemberg-Baden, Württemberg-Hohenzollern) einen Bestandsschutz in Gestalt eines Vetorechts bei Änderungen. Die historisch gewachsene Notariatsstruktur in diesen Bundesländern ist also mit besonderem verfassungsrechtlichem Schutz umkleidet⁵. Die Bundesnotarordnung enthält Sonderregelungen über die Bayerische Notarkasse (§ 113 BNotO), die Ländernotarkasse in Leipzig für die neuen Bundesländer (§ 113a BNotO) und

¹ Ausnahmen: §§ 6 Abs. 2 und 3 S. 1, 29 Abs. 3, 24 Abs. 2, 39 Abs. 3 S. 2 HS. 2, 47 Nr. 3, 56 Abs. 2, 69 Abs. 3, 80, 86 Abs. 4, 108 Abs. 1 S. 4 HS. 2, 110 BNotO.

² §§ 39 Abs. 3 S. 2 HS. 2, 56 Abs. 1 und 2, 57 ff.; 69 Abs. 3, 80, 86 Abs. 4; 108 Abs. 1 S. 4 HS. 2 BNotO.

³ Vgl. §§ 8 Abs. 2, 9 Abs. 2, 29 Abs. 3 (teilweise für nichtig erklärt durch BVerfG, Beschluss vom 8. März 2005 – 1 BvR 2561/03 = BVerfGE 112, 255 ff.); 24 Abs. 2; 47 Nr. 3; 97 Abs. 3, 110 BNotO.

⁴ §§ 6 Abs. 2, 3 S. 2; 7 BNotO.

⁵ Der Begriff „Einrichtungen“ im Sinne von Art. 138 GG umfasst Organisationsstruktur und Organisationseinheiten und ist nicht auf Einrichtungen im engeren Wortsinne beschränkt; vgl. z.B. *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz. Kommentar, Band 6, Stand Februar 2004, Art. 138 Rn. 1 ff., 6 ff.; v. *Campehausen*, in: v. *Mangoldt/Klein/Starck*, Grundgesetz. Kommentar, Band 3, 2005, Art. 138 Rn. 1 ff.; s. noch unten sub V 2 a.

die Notarkammern außerhalb der Tätigkeitsbereiche der Notarkasse und der Ländernotarkasse (§ 113b BNotO).

Besondere Aufmerksamkeit erheischen die Sondervorschriften für Baden-Württemberg (§§ 114, 115, 116 Abs. 1 BNotO)⁶: es gelten jeweils Sonderregeln für das württembergische und das badische Rechtsgebiet. In Württemberg gibt es neben hauptberuflichen und Anwaltsnotaren die so genannten Bezirksnotare, deren Berufsausübung der Bundesnotarordnung grundsätzlich nicht unterliegt (§ 114 Abs. 1 S. 1 BNotO); wichtige Ausnahme ist das Beurkundungsverfahren (§ 64 S. 1 BeurkG). Bezirksnotare bedürfen nicht der Befähigung zum Richteramt, sondern werden an der Württembergischen Notarakademie ausgebildet⁷, sie sind Beamte im Landesdienst, die neben ihren Dienstbezügen einen Teil der vereinnahmten Gebühren bei eigener Gebührengläubigerschaft behalten dürfen⁸, und für ihre Pflichtverletzungen haftet der Staat gemäß Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB. Zu ihren Aufgaben gehören außer dem aus dem Bundesrecht bekannten Tätigkeitskreis etwa Vormundschaftssachen (§§ 1 Abs. 2, 37 BW LF GG; Ausnahme: Adoption), die Aufgaben des Nachlassgerichts und die amtswegige Erbenermittlung nach Landesrecht (§ 41 BW LF GG) sowie die Aufgaben des Grundbuchamtes (§ 29 BW LF GG). Die notwendigen bundesrechtlichen Öffnungsklauseln finden sich in Art. 147 EGBGB in Verbindung mit § 189 FGG und in § 143 GBO.

In Baden besteht seit der Reform 2005 neben dem überkommenen Amtsnotariat, das früher die einzige Notariatsverfassung darstellte, die Möglichkeit zum Anwaltsnotariat und Amtsnotariat (§ 115 BNotO n.F.)⁹. Die badischen Notare im Landesdienst müssen die Befähigung zum Richteramt vorweisen (§ 17 Abs. 2 BW LF GG), sie sind ebenfalls Landesbeamte, ihr Gebührenrecht ist abweichend von dem der Bezirksnotare geregelt, für Pflichtverletzungen gelten jedoch ebenfalls Amtshaftungsgrundsätze (Art. 34 GG, § 839 BGB). Ihr Aufgabenkreis entspricht im Wesentlichen dem der Bezirksnotare, nur dass

⁶ In Hamburg und Rheinland-Pfalz gilt § 3 Abs. 2 BNotO nicht, so dass es dort, nachdem die Überleitung zum exklusiven Nurnotariat mittlerweile vollzogen ist, keine Anwaltsnotare mehr gibt (§ 116 Abs. 2 BNotO).

⁷ Hierzu *Wilke*, in: Eylmann/Vaasen, Bundesnotarordnung/Beurkundungsgesetz, 2. Aufl. 2004, § 114 BNotO Rn. 6 m.N.

⁸ Zum Ganzen *Wilke*, a.a.O. (Fn. 7), § 114 Rn. 7 m.N.

⁹ Geändert durch das Vierte Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung vom 22.7.2005, BGBl. I, S. 2188.

Vormundschaftssachen in Baden nicht in die Zuständigkeit der Notariate fallen und Besonderheiten im Grundbuchverfahren bestehen¹⁰.

Hinzu kommt im badischen wie im württembergischen Rechtsgebiet die eingeschränkte Beurkundungs- und Beglaubigungsbefugnis der Ratschreiber (§ 32 Abs. 3, 4 BW LFGG), so dass in Baden-Württemberg alles in allem fünf Notariatsverfassungen konkurrieren.

d) Bewertung

Die einheitliche Notariatsverfassung mit ihren territorial eng begrenzten historisch gewachsenen Divergenzen in Baden-Württemberg hat sich insgesamt bewährt, ohne dass es zu gravierenden Verwerfungen oder Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit des Notariats gekommen wäre. Insbesondere hat die uneingeschränkte Subsidiarität der Staatshaftung gegenüber anderweitigen Ersatzmöglichkeiten bei Fahrlässigkeit (vgl. § 839 Abs. 1 S. 2 BGB mit § 19 Abs. 1 S. 2 BNotO) letztlich keine derart gravierenden Nachteile gebracht, dass eine Anpassung an die tatbestandlich strengere Haftungsnorm des § 19 BNotO erforderlich wäre. Denn immerhin bietet die Staatshaftung praktisch unbeschränkte Bonität, während die obligatorische Berufshaftpflichtversicherung gemäß § 19a BNotO nicht in jedem Fall hinreichende Deckung unbedingt garantiert. Auch die Regelung des Bezirksnotariats, die auf die Qualifikation zum Richteramt verzichtet, birgt aufgrund der anerkannt hohen Qualitätsstandards der besonderen Notarusbildung an der Württembergischen Notarakademie keine qualitativen Gefahren. Das bedeutet aber nicht, dass jedwede weitere Freigabe berufs- und kostenrechtlicher Regelungskompetenzen durch den Bund unproblematisch wäre. Im Gegenteil: die Besonderheiten in Baden-Württemberg basieren letztlich auf Art. 138 GG, der als Reservatrecht bei Inkrafttreten des Grundgesetzes bestehende Strukturen des Notariats in Bayern und Baden-Württemberg gegen nicht von den Ländern konsentierten gesetzgeberischen Zugriff schützt, und auf der korrespondierenden Öffnung der Bundesnotarordnung (§§ 114, 115 BNotO). Dabei kann sich der Bundesgesetzgeber auf vorhandene und zuverlässig erprobte Sonderformen ohne nennenswertes Fehlentwicklungsrisiko stützen. Dagegen ist für gesetzgeberische Experimente aller Landesgesetzgeber im Bereich der Notariatsverfassung mit unter Umständen weitreichenden und schwerwiegenden Folgen für die Qualität der vorsorgenden Rechtspflege unter geltendem Recht kein Raum.

¹⁰ Z.B. das so genannte Durchgriffsrecht des Notars bei verweigertem Antragsvollzug durch den Rechtspfleger – streitig!; hierzu *Wilke*, a.a.O. (Fn. 7), § 115 BNotO Rn. 9 m.N.

2. Kein grundlegender Reformbedarf im Bereich des Notariats

Die Novellierung des Berufsrechts der Notare 1998¹¹ hat die Rechtseinheit auf dem Gebiet des Notarrechts gebracht, indem sie die Geltung der Bundesnotarordnung auf die Länder Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen sowie das ehemalige Amt Neuhaus erstreckt hat. Die Erreichung eines weithin bundeseinheitlichen notariellen Berufsrechts wurde seinerzeit von Kennern der Materie als „dringend erwartet“ bezeichnet¹². Im Zuge dieser Reformnovelle wurden unter anderem die Sozialisierungsmöglichkeiten für Anwaltsnotare erweitert (§§ 8, 9 BNotO), Mitwirkungsverbote verschärft (§ 3 BNotO) und die Berufspflichten transparenter und teilweise liberaler ausgestaltet¹³. Ein dringender grundlegender Bedarf zur Reform des Notariats insgesamt wurde in der rechtspolitischen Diskussion – soweit ersichtlich – bislang nicht dargelegt. Reformanliegen betrafen und betreffen eher Detailkorrekturen und behutsame Fortentwicklungen des bestehenden Systems. Besondere Beachtung verdient allerdings die im Rahmen der geplanten Reform des Verfahrens in Familiensachen und Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit den Notaren zugeordnete Rolle bei einverständlicher Scheidung¹⁴. Diese Reformüberlegungen bestätigen letztlich den Befund, dass die Notariatsverfassung keine grundlegenden Schwächen hat. Der Reformgesetzgeber sieht im Gegenteil das bestehende Notariat offenbar als so funktionstüchtig und zuverlässig an, dass die Übertragung weiterer Aufgaben gerechtfertigt ist.

3. Ziele der Föderalismusreform und Inhalt des Reformvorschlages

Die geplante Föderalismusreform formuliert ihre Ziele wie folgt: Verbesserung der Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit von Bund und Ländern, deutlichere Zuordnung der politischen Verantwortlichkeiten und Steigerung der Zweckmäßigkeit und Effizienz der Aufgabenerfüllung¹⁵. Der Koalitionsentwurf sieht vor, in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG die Wörter „das Notariat“ durch die Wörter „das Recht der Beurkundung (ohne das Gebührenrecht der Notare)“ zu ersetzen. Damit wäre das notarielle Berufs- und Kostenrecht voll in die

¹¹ Drittes Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung und anderer Gesetze vom 31.08.1998, BGBl. I, 2585, berichtigt BGBl. 1999 I, S. 194

¹² So der damalige Vorsitzende des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages Horst Eylmann, NJW 1998, 2929.

¹³ Zum Ganzen *Eylmann* NJW 1998, 2929, 2930 ff.; noch detailgenauer *Vaasen/Starke* DNotZ 1998, 661 ff.

¹⁴ Dazu noch sub V 2 d.

¹⁵ Koalitionsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes, BT-Drucks. 16/813, S. 1 (sub A).

Zuständigkeit der Landesgesetzgeber überantwortet, wohingegen die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Beurkundungsrecht – entgegen dem Koalitionsvertrag – erhalten bleiben soll. Unklar ist, ob die bislang offenbar beabsichtigte Beibehaltung von Art. 138 GG notwendig wäre. Der Koalitionsentwurf eines Föderalismusreform-Begleitgesetzes enthält bislang keine Regelungen betreffend die Streichung der berufsrechtlichen Teile der Bundesnotarordnung, also des weit überwiegenden Teils mit Ausnahme der Haftungsnorm des § 19 BNotO möglicherweise der Versicherungspflicht gemäß § 19a BNotO, sowie der notarkostenrechtlichen Teile der Kostenordnung (§§ 140–157 KostO), die zur Verwirklichung einer Kompetenzübertragung auf die Länder notwendig wären. Die folgenden Überlegungen beschränken sich dementsprechend auf die vorgeschlagene Grundgesetzänderung.

II. Funktionen und Bedeutung des Notariats für die Rechtspflege

Das Notariat hat hervorragende Bedeutung für die vorsorgende Rechtspflege. Das notarielle Beurkundungswesen ist bewährter Garant für die juristisch einwandfreie Gestaltung von Verträgen, Verfügungen und Rechtsakten im Grundstücks- und Gesellschaftsrecht sowie im Familien- und Erbrecht. Notarielle Beglaubigung ist ein zentraler Baustein eines funktionsfähigen Registerwesens. Vorsorgende Rechtspflege unterstützt den Bürger bei der Verwirklichung seiner Entscheidungs- und Gestaltungsfreiheit in Beurkundungs-, Register-, Nachlass- und Vormundschaftssachen, sichert die Rechtsgüter der Beteiligten, fördert Rechtssicherheit und Rechtsfrieden und vermeidet künftige zeit- und kostenintensive Rechtsstreitigkeiten. Damit leistet das Notariat unter anderem auch einen wichtigen Beitrag zur Entlastung der Justiz. Die vorsorgende Rechtspflege ist wesentlicher Bestandteil der freiwilligen Gerichtsbarkeit, deren Hauptfunktion die Vorsorge für die Zukunft ist¹⁶, und zugleich Grundbedingung für die Funktionsfähigkeit der modernen Wirtschaftsordnung. Damit verwirklicht das Notariat nicht nur in zentralen Bereichen das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG), sondern ermöglicht zugleich die Wahrnehmung der Grundrechte durch den Einzelnen, insbesondere in Gestalt der Privatautonomie und der Eigentumsgarantie (Artt. 2 Abs. 1, 14 GG). Der besonderen Bedeutung des Notariats für das Gemeinwesen entspricht die Stellung des Notars als unabhängiges staatliches Rechtspflegeorgan (§ 1 BNotO).

¹⁶ *Habscheid*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 7. Aufl. 1983, S. 33; *Bärmann*, Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht, 1968, S 18 ff.

III. Rechtshistorische Genese des bundeseinheitlichen Notariats

1. Vom römischen Recht bis zum Ende des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation

Das Notariat hat seine Wurzeln im römischen Recht¹⁷. Mit der Rezeption des römischen Rechts im 13. Jahrhundert wurde in vielfältiger partikularer Gestalt auch das Institut des Notariats in Deutschland rezipiert¹⁸. Der erste historische Schritt zu einer Vereinheitlichung des Notariatsrechts im Reichsgebiet war die unter Kaiser Maximilian I. vom Reichstag 1512 verabschiedete Reichsnotarordnung¹⁹. Der Notar wurde nach Prüfung seiner Vorbildung ernannt, geregelt waren seine Gebühren, die Haftung sowie die Beurkundungsform. Die Urkunden der Notare waren mit besonderer Beweiskraft ausgestattet. Im weiteren Verlauf brachen die Landesherren die reichseinheitliche Regelung des Notariats zunehmend auf, ohne dass die Reichsgewalt die erneute Partikularisierung letztlich aufhalten konnte. In Preußen begann im Jahre 1781 mit der Einführung beamteter Advokaten und Justizkommissare die Entwicklung des Notariats als Institut des kodifizierten Landesrechts; die Verbindung beider Ämter ist die historische Wurzel des Anwaltsnotariats²⁰. Nach dem Ende des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation 1806 entwickelte sich das Notariat in landesrechtlicher Vielfalt, deren filigraner Facettenreichtum kaum überschaubar war. Dabei war im Grundprinzip das französische Vorbild vielfach prägend (Rheinland 1798, Hamburg 1810): der Notar als unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes auf Lebenszeit, Gebührenhebungsrecht, Nurnotariat, staatliche und Kammeraufsicht.

2. Von der Reichsgründung 1871 bis zum Ende des Zweiten Weltkrieges

Nach der Reichsgründung 1871 schlugen die Bemühungen Preußens um eine Vereinheitlichung des Notariats 1874 endgültig fehl²¹. Um die Jahrhundertwende gab es in Deutschland 16 verschiedene Notariatsverfassungen. Neuerliche Bemühungen um eine reichseinheitliche Notariatsordnung fanden Niederschlag zunächst in Vorschlägen der Notartage

¹⁷ Zum römischen Notariats- und Beurkundungsrecht grundlegend *Oesterley*, Das deutsche Notariat, Band 1, Geschichte des Notariats, 1842 (Neudruck 1965), S. 5 ff.; ferner *Frischen* DNotZ 1992, 403 ff.

¹⁸ Zur deutschen Rechtsentwicklung *Oesterley*, a.a.O. (Fn. 17), S. 356 ff.; *Conrad*, DNotZ 1960, 3 ff.

¹⁹ Text und Erläuterungen bei *Grziwotz*, Kaiserliche Notariatsordnung von 1512, 1995; hierzu im Überblick *Lerch*, in: *Arndt/Lerch/Sandkühler*, Bundesnotarordnung, 5. Aufl. 2003, Einleitung Rn. 6; ferner *Schüler*, Die Entstehungsgeschichte der Bundesnotarordnung vom 24. Februar 1961, 2000, S. 31.

²⁰ Ausführlich *Wiedemann*, Preußische Justizreformen und die Entwicklung zum Anwaltsnotariat in Altpreußen (1700–1849), 2002, insbes. S. 36 ff.

²¹ Nachweise bei *Schüler*, a.a.O. (Fn. 19), S. 32.

1925 und insbesondere 1929, auf dem der von *Hermann Oberneck* und *Leo Sternberg* ausgearbeitete Entwurf einer Reichnotariatsordnung vorgelegt wurde²². Nach der Machtergreifung der Nationalsozialisten wurden 1936 die Kostenordnung, die eine gebührenrechtliche Gleichstellung von Gerichten und Notaren brachte, und am 13.2.1937 die Reichsnotarordnung²³, die in wesentlichen Teilen auf dem Entwurf von 1929 beruhte und die – in Folge der Kriegswirren niemals vollendete – zwingende Einführung des freiberuflichen Nurnotariats in ganz Deutschland vorsah, im Verordnungswege erlassen²⁴.

3. Nachkriegszeit und Überwindung der Teilung Deutschlands

Nach dem Zweiten Weltkrieg galt die Reichsnotarordnung zunächst als Landesrecht fort, wurde aber durch Besatzungsrecht teilweise erheblich überlagert. Das Grundgesetz räumte dem Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz ein (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG), schützte dabei aber als Reservatrechte besonders die bestehenden Notariatsverfassungen in Bayern und den badischen und württembergischen Landesteilen (Art. 138 GG). Die Bundesnotarordnung vom 24.2.1961 basiert im Prinzip auf der bewährten Reichsnotarordnung 1937 – mit einer wichtigen Ausnahme: der Versuch einer Vereinheitlichung zum exklusiven Nurnotariat wurde aufgegeben zugunsten des Nebeneinanders von hauptberuflichem und Anwaltsnotariat und unter Wahrung der Besonderheiten der Notariatsverfassung in Baden-Württemberg.

In der DDR galt seit 1952 das Staatliche Notariat, das unter anderem mit Aufgaben der freiwilligen Gerichtsbarkeit betraut wurde, die bis 1952 den im gleichen Zuge abgeschafften Amtsgerichten übertragen waren: Nachlasssachen, Nachlassenteilungssachen, Verwahrung und Eröffnung von Testamenten und Erbverträgen, Vormundschaft und Pflegschaft über Volljährige, Abwesenheitspflegschaft sowie Hinterlegungssachen²⁵. Bereits ernannte Anwaltsnotare behielten grundsätzlich ihre Befugnisse, neue wurden jedoch nicht bestellt, und in Berlin wurden am 18.4.1953 rückwirkend alle Notarbestellungen für ungültig erklärt. Nach der Wende galt zunächst die Notarverordnung, die für alle neuen Länder Nurnotariat und im Bereich des Stadtgerichts Berlin Anwaltsnotariat vorsah²⁶ und durch den

²² Ausführlich *Schüler*, a.a.O. (Fn. 19), S. 34 ff.

²³ RGBl. S. 191.

²⁴ Hierzu *Lerch*, a.a.O. (Fn. 19), Einleitung Rn. 11.

²⁵ Grundlegend zur Geschichte des DDR-Notariats *Osterberg*, Das Notariat in der DDR, 2004, S. 1 ff.; zum Ganzen auch *Schippel* DNotZ 1991, 171 ff. m.N. auch zum Folgenden.

²⁶ Verordnung über die Tätigkeit von Notaren in eigener Praxis, GBl. DDR I, Nr. 37, S. 475.

Einigungsvertrag übernommen wurde²⁷. Die gesamtdeutsche Rechtseinheit im Notarrecht wurde erst durch die Reform 1998 wiederhergestellt²⁸.

4. Bewertung

Durch die Verwirklichung der gesamtdeutschen Rechtseinheit des Notariats im Jahre 1998 hat eine rund fünf Jahrhunderte andauernde Rechtsentwicklung einen vorläufigen Abschluss erreicht. Die im Koalitionsentwurf vorgesehene weitgehende Freigabe des Notariatsrechts und die Rückübertragung in die Zuständigkeit der Länder steht zu dieser Entwicklung letztlich in deutlichem Widerspruch und muss deshalb als Anachronismus erscheinen.

IV. Das Notariat im europäischen Rechtsvergleich

1. Das vorherrschende Einheitsmodell französischer Prägung

Die europäischen Staaten verwirklichen als Zentralstaaten ganz überwiegend die Einheit von materiellem Recht, Verfahrensrecht und notariellem Berufsrecht. Für das klassische lateinische Notariat Kontinentaleuropas weithin prägend ist das französische Notariatsmodell, das in der Loi Ventose vom 16. März 1803 bis heute seine Grundlage findet²⁹. In Frankreich gilt eine einheitliche Notariatsverfassung, die Berufsrecht und Gebührenrecht landeseinheitlich abschließend regeln³⁰; historisch bedingte territorial begrenzte Besonderheiten gelten nur in Elsaß-Lothringen als *droit local*, das den rechtsrheinischen Notarordnungen ähnelt³¹. Auch Belgien und Luxemburg folgen dem stark französisch geprägten Einheitsmodell³². Italien verwirklicht die einheitliche Notariatsverfassung im Legge sull'ordinamento del notariato e degli archivi notarili aus dem Jahre 1913³³. Das Einheitsmodell gilt ununterbrochen seit der Einführung durch die französische Besatzung 1811, über ein eigenes Notargesetz von 1842, das 1999 durch die heute geltende Neufassung abgelöst wurde³⁴. Eine einheitliche Notariatsverfassung beherrscht auch das spanische und

²⁷ Hierzu *Wandel* BWNNotZ1991, 1 ff.

²⁸ Vgl. bereits oben sub I 2.

²⁹ Historischer Überblick über die französische Rechtsentwicklung bei *Schubert* DNotZ 2003, 181 ff.

³⁰ Hierzu näher *Schützeberg*, *Der Notar in Europa*, 2005, S. 111 ff.; *Hergeth*, *Europäisches Notariat und Niederlassungsfreiheit nach dem EG-Vertrag*, 1996, S. 36 ff. m.w.N.

³¹ Hierzu *Hergeth*, a.a.O. (Fn. 30), S. 40/41.

³² Vgl. *Hergeth*, a.a.O. (Fn. 30), S. 46 ff. (Belgien), 48 ff. (Luxemburg).

³³ Nr. 89 vom 16.2.1913; vgl. *Hergeth*, a.a.O. (Fn. 30), S. 45 f. m.N.; *Curzel/Wälzholz* *Notar* 2001/2002, S. 42 ff.; *Lutterotti* *MittBayNot Sonderheft* 1990, 13 ff.

³⁴ *Schützeberg*, a.a.O. (Fn. 30), S. 168 ff. m.N.

portugiesische Recht³⁵. Das niederländische Recht hat mit der Novelle 1999 nach englischem Vorbild die Honorare freigegeben und versteht das Notariat im Gegensatz zu Frankreich stärker als eine Dienstleistung. Auch das österreichische Notariat ist einheitlich geregelt in der Notariatsordnung vom 25. Juli 1871³⁶ und im Notariatstarifgesetz 1973³⁷, und zwar – rechtsvergleichend von besonderem Interesse – trotz seiner eher föderativen Ordnung. Die Staaten Osteuropas folgen in ihren Neuregelungen ebenfalls tendenziell dem Einheitsmodell³⁸. Sogar das neue Notariatsgesetz der Russischen Föderation von 1993 folgt dem Modell einheitlicher Notariatsverfassung³⁹.

Das englische Notariat unterscheidet sich vom kontinentalen Recht ganz erheblich und ist nicht dem lateinischen Notariat zuzurechnen; dementsprechend kennt das englische *common law* z.B. keine notarielle öffentliche oder gar vollstreckbare Urkunde. Gleichwohl folgt das englische Notariat, vielleicht mit Ausnahme der kirchlichen Notare, zumindest seit der Reform durch den Access to Justice Act 1999 letztlich einem Einheitsmodell, allerdings, wie neuerdings in den Niederlanden, mit freiem Honorar⁴⁰.

2. Das föderalisierte Gegenmodell der Schweiz

Das Gegenmodell voller föderaler Vielfalt verwirklicht unter den wichtigen europäischen Staaten in ganzer Konsequenz – soweit ersichtlich – einzig die Schweiz. Das notarielle Berufsrecht der Schweiz ist kantonales Recht und deshalb in 26 Teilrechtsordnungen untergliedert, die sich zum Teil erheblich unterscheiden. Das führt beispielsweise dazu, dass die Kantone nach der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts nicht verpflichtet sind, Urkunden anderer Kantone automatisch anzuerkennen, wobei allerdings

³⁵ Hergeth, a.a.O. (Fn. 30), S. 53 ff. (Spanien), 55 f. (Portugal).

³⁶ RGBl. 1871/75.

³⁷ BGBl. I 1973/576.

³⁸ Kroatien: Notariatsgesetz 1993 (hierzu *Budimir*, in: Rechberger (Hrsg.), *Notarbild in Europa*, 2003, S. 19 ff.; Polen: Notariatsgesetz vom 14.2.1991 (hierzu *Tymecki*, in: Rechberger, a.a.O., S. 69 ff.; *ders.* DNotZ 1989, 723 ff.); Slowakische Republik: Notariatsordnung vom 6.5.1992 (hierzu *Kovács*, in: Rechberger, a.a.O., S. 89 ff.); Slowenien: Notariatsgesetz 1995 (hierzu *Gajšek*, in: Rechberger, a.a.O., S. 109 ff.); Tschechische Republik: Notariatsordnung 1993 (hierzu *Mrzena*, in: Rechberger, a.a.O., S. 147 ff.); Ungarn: Notariatsgesetz 1991 (hierzu *Parti/Janicsek/Orsolya Albert*, in: Rechberger, a.a.O., S. 167 ff.).

³⁹ Näher *Repin* DNotZ 1994, 284 ff.

⁴⁰ Zum Ganzen *Schützeberg*, a.a.O. (Fn. 30), S. 231 ff.

auch die Verfahrensrechte der Kantone divergieren⁴¹. Bemerkenswerterweise empfindet man die kantonale Rechtszersplitterung im Bereich der Justiz auch in der Schweiz als derart nachteilhaft, dass Reformen geboten sind. Ein wichtiges Beispiel ist die geplante Einführung einer einheitlichen Bundeszivilprozessordnung, die der Zersplitterung des Verfahrensrechtssystems in einem zentralen Bereich ein Ende setzen soll⁴². Insgesamt kann die Schweiz aus diesen Gründen nicht als erfolgreiches Modell einer Notariatsverfassung angesehen werden.

3. Rechtsvergleichende Bewertung des Gesetzentwurfs

Der Rechtsvergleich erweist das Modell einheitlicher Ausgestaltung des notariellen Berufs- und Kostenrechts im Bereich des lateinischen Notariats als weit überwiegenden Regelfall mit begrenzten historisch bedingten territorialen Besonderheiten und den voll föderalisierten Gegenentwurf als Schweizer Sonderweg mit teilweise ganz erheblichen Folgeproblemen. Andere föderative Systeme, wie z.B. Österreich und die Russische Föderation, bevorzugen dagegen das Einheitsmodell. Auch das nicht dem lateinischen Notariat zuzurechnende englische Notariat ist mittlerweile weithin einheitlich ausgestaltet. Die geplante Übertragung des Notariats in die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder wäre innerhalb der Europäischen Union eine ganz vereinzelte Erscheinung. Das bislang auch in Deutschland weithin geltende Einheitsmodell entspricht der europäischen Grundlinie. Die geplante Reform würde den gesamteuropäischen Gleichklang ohne Not aufbrechen.

V. Konsequenzen der geplanten Kompetenzübertragung auf die Länder

1. Keine quantifizierbaren Vorteile für die Länder und die Bürger

Die geplante Übertragung der Gesetzgebungskompetenz für das Notariat einschließlich des Gebührenrechts erweitert zunächst den Zuständigkeitsbereich der Landesgesetzgebung und schafft ihr ein neues Betätigungsfeld. Damit entspricht sie zumindest vordergründig dem Grundanliegen der Föderalismusreform, die Länderkompetenzen zu erweitern. Allerdings ist fraglich, ob eine vernünftige Ausübung der so gewonnenen Kompetenzen ohne sorgfältige Abstimmung der Länderparlamente und genaue Berücksichtigung gesamtstaatlicher Interessen überhaupt möglich ist. Darüber hinaus eröffnet der im Entwurf vorgesehene Zuständigkeitswechsel unter den Ländern einen Wettbewerb der Rechtsordnungen, wie er unter anderem auch auf europäischer Ebene bekannt ist. Ein solcher

⁴¹ BGE 47 II 383 ff., E. 4; BGE 46 II 391 ff.; BGE 113 II 501 ff., E. 3; aus der Literatur *Schöbi*, Grundstückskauf und europäisches Recht, 1999, S. 135 m.w.N.

⁴² Vgl. hierzu den Vorentwurf der Expertenkommission, Stand Juni 2003.

Wettbewerb eröffnet die offene Konkurrenz um die bessere Lösung und kann für den Rechtsuchenden unter Umständen Qualitäts- und Kostenvorteile im Bereich der vorsorgenden Rechtspflege mit sich bringen, wenn das gleiche Verfahren von den Notaren in einem Bundesland zu günstigeren Gebühren erledigt wird als in anderen Ländern. Diese Konkurrenzsituation könnte unter Umständen gesamtwirtschaftliche Effizienzgewinne mit sich bringen, die freilich *ex post* – wenn überhaupt – schwer zu beziffern sein dürften und noch viel weniger *ex ante* prognostizierbar sind. Greifbare echte Vorteile der geplanten Reform sind kaum auszumachen

2. Nachteile, Risiken und Inkonsistenzen

Den mehr als bescheidenen Chancen der geplanten Reform stehen teilweise ganz erhebliche Nachteile, Risiken und Inkonsistenzen gegenüber.

a) Aufspaltung der Einheit von materiellem Recht, Verfahrensrecht, Berufs- und Kostenrecht

Die geplante Zuständigkeitsübertragung auf die Länder würde zu einer Aufspaltung der weithin geltenden Einheit von materiellem Recht, Verfahrensrecht, Berufs- und Kostenrecht führen. Für Richter und Rechtspfleger liegt die vergleichbare Regelungskompetenz für die Grundbedingungen und Rechtsfolgen ihrer Tätigkeit ungeteilt beim Bund. Auch im Anwaltsrecht liegt die klare Regelungskompetenz für die zivilrechtliche Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant sowie das Berufs- und Kostenrecht beim Bund. Niemand erwägt derzeit ernsthaft, anwaltliches Berufsrecht oder gar den Zugang zum Richteramt in die Länderkompetenz zu überführen. Deshalb ist die geplante Abspaltung des Berufs- und Kostenrechts der Notare als Träger eines hoheitlichen Amtes systematisch verfehlt.

Darüber hinaus birgt die Kompetenzspaltung aber auch verfassungsrechtliche Schwierigkeiten und Probleme, die bislang in dieser Form nicht bestehen. Denn es müsste für jede einfachrechtliche Norm geklärt werden, ob sie dem Bereich des bürgerlichen Rechts mit Beurkundung bzw. des gerichtlichen Verfahrens zuzuordnen ist oder dem Notariat unterfällt. Selbst wenn man Haftungsregeln generell dem bürgerlichen Recht zuschlägt, würde sich etwa im Bereich der Berufshaftpflichtversicherung die Zuordnungsfrage in voller Schärfe stellen: bürgerliches Recht oder Berufsrecht? Ein weiteres Beispiel zeigt sich bei der landesrechtlichen Aufgabenübertragung auf die Notare: So überträgt z.B. das baden-württembergische Landesgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit wie dargelegt den

Notariaten zusätzliche Aufgaben in Nachlass- und Vormundschaftssachen⁴³. Die Regelung sachlicher oder funktioneller Zuständigkeiten gilt gemeinhin als Aufgabe des Gerichtsverfassungs- und Verfahrensrechts. Andererseits statet Art. 138 GG den bei Inkrafttreten des Grundgesetzes vorhandenen Bestand der „Einrichtungen des Notariats“ in Baden-Württemberg mit besonderem Schutz aus. Könnte der Gesetzgeber den Bezirks- und Amtsnotaren in Baden-Württemberg die Zuständigkeit in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ganz oder teilweise entziehen, wäre eine Aushöhlung von Art. 138 GG möglich. Deshalb wird man den Begriff der „Einrichtungen des Notariats“ auf die Möglichkeit der Aufgabenzuweisung zumindest im bisherigen Umfang zu erstrecken haben. Deshalb erweist sich die Zuständigkeit insoweit auch als Frage der Regelungsmaterie Notariat. Eine sachlich überzeugende klare Abgrenzung von Verfahrensrecht und Notariat ist im Grenzbereich nahezu unmöglich. Der Facettenreichtum möglicher künftiger Zweifelsfragen ist kaum vorherzusehen. Die aus solchen Zweifeln über die Reichweite der Kompetenztitel resultierende Rechtsunsicherheit wird voraussichtlich die Fachgerichte und das Bundesverfassungsgericht länger beschäftigen und, wenn man divergierende Regelungsmodelle der Bundesländer unterstellt, größere Bereiche des Notariats betreffen. Derartige Rechtsunsicherheit ist in größerem Umfang unter dem geltenden Recht kaum denkbar und läuft der zentralen Funktion der vorsorgenden Rechtspflege, Rechtssicherheit und Transparenz zu gewährleisten, letztlich zuwider.

b) Berufsrechtliche Regelungsmöglichkeiten der Länder und fehlender bundesrechtlicher Maßstab

Dass der Reformentwurf das Beurkundungsrecht der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes vorbehalten will, ist zweifelsohne begrüßenswert, weil das Beurkundungswesen eine ganz zentrale Aufgabe des Notariats ist: einmal steht es in unauflösbarem sachlichem Zusammenhang mit den zivilrechtlichen Formvorschriften, zum anderen fällt in diesen Bereich die Errichtung notarieller vollstreckbarer Urkunden, die im deutschen wie europäischen Recht als Zwangsvollstreckungstitel hohe Verkehrsfähigkeit genießen⁴⁴. Allerdings sind mit diesem Vorbehalt keineswegs alle Zweifel aus der Welt. Denn durch die Öffnung des Berufsrechts und damit insbesondere auch des Berufszulassungsrechts

⁴³ Oben sub I 1 c.

⁴⁴ Zur vollstreckbaren Urkunde unter der Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung grundlegend *Leutner*, Die vollstreckbare Urkunde in Europa, 1996; hierzu und zur Vollstreckung unter der neuen Europäischen Vollstreckungstitelverordnung auch *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Aufl. 2006 (im Erscheinen), Rn. 55.5 ff. und 55.72 ff.

ist die Wahrung eines gleichmäßig hohen Qualifikationsniveaus der Notare in Frage gestellt und bundesrechtlicher Kontrolle und Korrektur entzogen. Das bedeutet nicht, dass Fehlleistungen der Landesgesetzgeber in dieser und anderen Fragen automatisch vorprogrammiert wären. Immerhin besteht auch für die Länder durchaus ein Interesse an qualitativ einwandfreier vorsorgender Rechtspflege. Divergenzen zwischen den Landesregelungen werden sich aber praktisch nicht vermeiden lassen, es sei denn, die Länder verständigten sich wie in anderen Bereichen auf konzertiertes Vorgehen, was freilich nicht ohne ganz erheblichen Zeit- und Kostenaufwand möglich sein wird. Die Korrektur einzelner Fehlentwicklungen wäre aber – anders als bei bloßer Streichung berufsrechtlicher Teile der Bundesnotarordnung unter geltendem Verfassungsrecht mit „Wiedereintrittsmöglichkeit“ des Bundes kraft konkurrierender Kompetenz⁴⁵ – dem Bundesgesetzgeber in jedem Fall verwehrt und besserer Einsicht des jeweiligen Landesgesetzgebers anheim gestellt. Sollten sich stärkere Divergenzen im notariellen Berufsrecht entwickeln, könnte irgendwann auch der Punkt erreicht sein, an dem die Wahrung der bürgerlichrechtlichen Formzwecke der notariellen Beurkundung oder die Anerkennung als Vollstreckungstitel in Frage gestellt sind. Dieser Gefahr könnte man nur dann zuverlässig begegnen, wenn unter dem Kompetenztitel „Recht der Beurkundung“ berufsrechtliche Mindeststandards bundeseinheitlich gesetzt werden könnten. Dann gäbe es – ähnlich wie infolge der kantonalen Rechtszersplitterung in der Schweiz⁴⁶ – möglicherweise Notare, die Beurkundungen im Sinne des Bundesrechts vornehmen könnten, und solche, deren Tätigkeitskreis auf andere Aufgaben beschränkt ist. Auch an dieser Stelle zeigt sich die Fragwürdigkeit und die Schwierigkeit des geplanten Vorhabens.

c) Gebührenrecht

Die geplante Freigabe der Gesetzgebungskompetenz für das notarielle Gebührenrecht könnte die dargelegte Problematik durchaus noch verschärfen. Denn im Notariat kann auch bei Ausschöpfung aller Einsparungspotenziale ein angemessener Qualitätsstandard nur garantiert werden, wenn gewisse Mindestanforderungen an die Qualifikation der Notare und ihres Personals und an die sachliche Ausstattung gewahrt werden. Solche Mindeststandards könnte das Bundesrecht nach der geplanten Reform nicht mehr setzen. Die Länder könnten ihren Ehrgeiz daran setzen, notarielle Verfahren zu besonders günstigen Gebührensätzen anzubieten, die Auswirkungen auf die finanzielle Ausstattung der Notari-

⁴⁵ Vgl. dazu bereits oben sub I 1 a und noch unten sub e.

⁴⁶ S. hierzu bereits sub IV 2 und 3.

ate und damit mittelfristig auch auf die Qualität der Aufgabenerfüllung haben müssten. Hier droht ein „Wettlauf nach unten“ (*race to the bottom*), wie er beim Gläubigerschutz seit längerem im US-amerikanischen und nunmehr auch im europäischen Gesellschaftsrecht zu beobachten ist. Außerdem bestünde längerfristig die Gefahr, dass besonders hoch qualifizierte Juristen nicht mehr für das Notariat gewonnen werden könnten, wodurch die Qualitätssicherung zusätzlich gefährdet wäre.

d) Konsistenz der geplanten Föderalisierung mit weiteren Reformvorhaben?

Im Rahmen der Reform des Verfahrens in Familiensachen und den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit beabsichtigt der Gesetzgeber die Übertragung weiterer Aufgaben auf die Notariate. Nach der künftig geplanten Reform des familiengerichtlichen Verfahrens soll den Notaren bei einverständlicher Ehescheidung eine tragende Funktion zukommen: die Erarbeitung einer Regelung der Scheidungsfolgen betreffend Unterhalt und möglicherweise auch Hausrat als Grundvoraussetzung des vereinfachten Verfahrens. Scheidungswillige sollen durch übereinstimmende notariell beurkundete Erklärung das neue vereinfachte Scheidungsverfahren § 143 Abs. 1 Nr. 2 lit. b und c FamFG n.F.⁴⁷ wählen können, wenn eine notariell beurkundete Regelung über den Ehegattenunterhalt und eine formfreie Regelung über Hausrat und Ehwohnung vorliegen. Die Begründung zum Ergänzen Referentenentwurf 2006 erläutert im Zusammenhang mit der Verfahrenskostenhilfe die Regelung des § 17 Abs. 2 BNotO und die Besonderheiten des baden-württembergischen Notariats, für die §§ 5 Abs. 1, 3 Abs. 1 BW LF GG auf die bundesrechtliche Prozesskostenhilfe verweisen. Ob diese Lösung nach einer Freigabe des notariellen Gebührenrechts noch funktionieren kann, ist fraglich, soweit Landesgesetzgeber künftig abweichende Regelungen vorsehen. Auch unabhängig von der gebührenrechtlichen Seite sprechen Bedeutung und Sensibilität der Materie für ein Festhalten an der bisherigen bundeseinheitlichen Regelung des Notariats, die Gewähr für die Erfüllung der Beurkundungszwecke bietet und deren Fortbestand durch die geplante Verlagerung der Gesetzgebungskompetenzen auf die Länder stark gefährdet wäre.

e) Eingeschränkte Revisibilität der geplanten Kompetenzübertragung

Schließlich muss man sich klar vor Augen halten, dass der Bund mit der Verwirklichung der geplanten Kompetenzübertragung die Möglichkeit einer Revision weitestgehend aus

⁴⁷ Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Ergänzer Referentenentwurf, Stand 14. Februar 2006; vgl. hierzu die Pressemitteilung des Bundesministeriums der Justiz vom 6.6.2005 („Moderne Verfahrensordnung für die Familiengerichte“).

der Hand gibt. Denn eine Korrektur möglicher Fehlentwicklungen bliebe dem verfassungsändernden Gesetzgeber vorbehalten. Darin liegt letztlich ein weiterer gravierender Nachteil des vorliegenden Koalitionsentwurfs, der nur vermeidbar ist, wenn auf die vorgeschlagene Kompetenzübertragung verzichtet wird.

3. Zwischenergebnis

Den schwer prognostizierbaren, kaum quantifizierbaren und deshalb überaus fragwürdigen Chancen der geplanten Kompetenzübertragung auf die Länder stehen vielfältige Nachteile, Risiken und offene Fragen gegenüber, die den Zwecken des Notariats insgesamt diametral zuwiderlaufen. Deshalb ist ein Festhalten an der geplanten Übertragung der Gesetzgebungszuständigkeiten für Notariat und Gebührenrecht auf die Länder nicht empfehlenswert. Vielmehr sollte es bei der bisherigen bewährten Kompetenzverteilung bleiben.

VI. Das Notariat im Licht der europäischen Marktfreiheiten

Der nationale Befund, dass die geplante Kompetenzübertragung nicht ratsam erscheint, wird durch einen Blick auf die Stellung des deutschen Notariats im Licht der Marktfreiheiten bestätigt. Die europäische Kommission hat die Bundesregierung durch Mahnschreiben vom 6. November 2000 und ergänzendes Mahnschreiben vom 10. Juli 2002 unter Berufung auf die unmittelbare Geltung der primärrechtlichen Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 43 EG-Vertrag) aufgefordert, das Staatsangehörigkeitserfordernis beim Zugang zum Notariat fallen zu lassen⁴⁸. Das System der beschränkten Notarstellen und der gesetzlichen Gebührenordnung wird von der Kommission unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten (Art. 81 EG-Vertrag) mit dem Argument der Marktfreiheiten angegriffen⁴⁹. Natürlich lassen sich diese Regelungen durchaus mit guten Erfolgsaussichten als Konkretisierungen immanenter Schranken der Dienst- und Niederlassungsfreiheit verteidigen, weil sie zur Sicherung der Unabhängigkeit des Notars unabdingbar sind, zumal der EuGH bei der Prüfung immanenter Schranken zur Wahrung des Subsidiaritätsprinzips einen großzügigen Maßstab anlegt⁵⁰. Doch sind die Versuche der Kommission, die Marktfreihei-

⁴⁸ Hierzu BNotK-Intern 6/2000, 8, 2/2001, 1 f., 6/2001, 6 f., 1/2003, 1.

⁴⁹ Bericht der Kommission „über den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen“ vom 9.2.2004, KOM (2004) 83 endg., Nr. 36, 48, 56 f. (zum Gemeinschaftskartellrecht); zurückhaltender Commission Staff Working Document SEC (2005) 1064 vom 5.9.2005 (KOM [2005] 405 endg.), Nr. 56 f., 71 f.

⁵⁰ EuGH Slg. 1993, I-6099, Rn. 16 f. (Keck); 1993, I-6787, Rn. 21 ff. (Hündermund); 1996, I-6511, Rn. 28 ff. (Reisebüro Broede).

ten unter Missachtung des hoheitlichen Charakters des Notariats gegen die herrschende Notariatsverfassung in Stellung zu bringen, auch für das deutsche Notariat eine empfindliche Bedrohung. Interessanterweise werden diese Angriffe ganz offenbar weit überwiegend von Vertretern des angloamerikanischen Rechtskreises initiiert und unterstützt, die letztlich jede abweichende Rechtsordnung und damit auch das in Kontinentaleuropa vorherrschende lateinische Notariat als Beeinträchtigung ihrer Marktchancen wahrnehmen. Die Abwehr derartiger Angriffe auf die hoheitlich ausgestaltete Notariatsverfassung, die angesichts von Art. 45 EG-Vertrag und der Unanwendbarkeit des EG-Kartellrechts einer tragfähigen europarechtlichen Rechtsgrundlage entbehren, wäre durch die geplante Abspaltung der Notariatsverfassung in 16 Teilrechtsordnungen und die daraus folgende Schwächung des Gesamtsystems nachhaltig erschwert. Auch deshalb empfiehlt es sich, von der geplanten Verfassungsänderung abzusehen, wenn man das bewährte leistungsfähige System der vorsorgenden Rechtspflege erhalten und zukunftsweisend weiter ausbauen will.

VII. Zusammenfassung

1. Im notariellen Berufs- und Gebührenrecht besteht derzeit kein grundlegender Reformbedarf. Das Notariat wird seiner überragend wichtigen Funktion im Bereich der vorsorgenden Rechtspflege unter geltendem Recht voll gerecht. Die bestehende Notariatsverfassung ist Garant für ein leistungsfähiges Notariat, das für die Transparenz, Rechtssicherheit und Leichtigkeit des modernen Wirtschaftsverkehrs unverzichtbar ist. Die geplante Reform der Gesetzgebungszuständigkeiten ist deshalb nicht erforderlich.
2. Die geltende Notariatsverfassung bündelt die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für materielles Recht, Verfahrensrecht sowie notarielles Berufs- und Gebührenrecht sachgerecht und systemrichtig beim Bund. Die geplante Abspaltung der Zuständigkeiten für Notariat und Gebührenrecht steht in systematischem Widerspruch zum anwaltlichen Berufsrecht und stellt im Bereich der Rechtspflege einen Fremdkörper dar. Die Umsetzung der geplanten Zuständigkeitsspaltung brächte kaum lösbare verfassungsrechtliche Zweifelsfragen mit sich, weil die bislang entbehrliche zweifelsfreie Abgrenzung der Zuständigkeitsmaterien und die Zuordnung einzelner Regelungen zum materiellen und Beurkundungsrecht bzw. zum Verfahrensrecht einerseits oder zum Notariat und Gebührenrecht andererseits letztlich unmöglich ist. Die drohenden kompetenziellen Unsicherheiten stehen in eklatantem Widerspruch zur Aufgabe des Notariats, Transparenz und Rechtssicherheit zu gewährleisten.

3. Die geplante Überführung der Gesetzgebungskompetenzen für Notariat und Gebührenrecht in die Länderzuständigkeit ist rechtshistorisch widersprüchlich und schwer nachvollziehbar. Die Bestrebungen zur Schaffung einer einheitlichen Notariatsverfassung auf deutschem Boden sind historisches Grundmotiv der letzten 500 Jahre. Die Einheit des Notariats ist historisch betrachtet logische Folge der Einheit des materiellen und Verfahrensrechts. Die Angleichung der Notariatsverfassung in den neuen Bundesländern 1998 an das bewährte westdeutsche System hat eine jahrhundertelange rechtsgeschichtliche Entwicklung zu einem vorläufigen Abschluss gebracht. Die erneute Aufspaltung des notariellen Berufsrechts in 16 Teilrechtsordnungen wäre vor diesem Hintergrund ein Anachronismus.
4. Im europäischen Rechtsvergleich entspricht das geltende deutsche Modell einheitlicher Notariatsverfassung dem vorherrschenden System im Bereich des lateinischen Notariats. Die Schweiz ist als einzige nennenswerte und durch historische Besonderheiten bedingte Ausnahme ein Beispiel für die Defizite und Schwächen einer multipolar gespaltenen Notariatsverfassung, unter anderem weil kantonale Divergenzen und Mängel bei Berufszulassung und Berufspflichten die Wahrung der materiellrechtlichen bundeseinheitlich geregelten Formvorschriften vereiteln. Die künftig geplante Schaffung einer bundeseinheitlichen Schweizer Zivilprozessordnung gibt beredtes Zeugnis von der Einsicht in die Nachteile einer Rechtszersplitterung und ist Beleg für einen Trend zur nationalen Rechtsvereinheitlichung im Justizbereich. Die geplante Reform ist deshalb rechtsvergleichend eine singuläre Erscheinung und angesichts der negativen Erfahrungen in der Schweiz nicht empfehlenswert.
5. Die nach einer Zuständigkeitsübertragung auf die Länder mögliche und wahrscheinliche teilweise Herabsenkung berufsrechtlicher Standards ist eine Gefahr für die Funktionstüchtigkeit und Leistungsfähigkeit des Notariats. Im Zusammenspiel mit der möglichen Konkurrenz bei der Gebührenhöhe droht im Wettbewerb der Länder ein „Wettlauf nach unten“ (*race to the bottom*), wie er aus dem US-amerikanischen und europäischen Gesellschaftsrecht bekannt ist. Die stetige Herabsetzung der Gebühren kann mittel- und langfristig nicht ohne Auswirkungen auf die Qualität der notariellen Aufgabenerfüllung bleiben. Die geplante Reform ist auch deshalb abzulehnen.

6. Aus der geplanten Kompetenzspaltung resultierende Fehlentwicklungen könnten nur durch den verfassungsändernden Gesetzgeber korrigiert werden und wären im Übrigen irreparabel. Darüber hinaus passt die geplante Grundgesetzänderung, die Qualitätsstandards der notariellen Berufsausübung gefährdet, nicht mit der künftigen Reform des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zusammen, die bei der Übertragung wichtiger Funktionen auf das Notariat bei einverständlicher Ehescheidung auf die bewährte Qualität notarieller Aufgabenerfüllung vertraut und aufbaut.

7. Die gegenwärtige Notariatsverfassung, die den Notar als unabhängigen Träger eines öffentlichen Amtes qualifiziert, wird von der Europäischen Kommission unter Berufung auf die Marktfreiheiten und europäisches Kartellrecht unter Druck gesetzt. Diesen Angriffen, die im Europarecht letztlich keine tragfähige Grundlage finden, aber tatsächlich erhebliches Gefährdungspotenzial entfalten, könnte die Bundesrepublik mit einem in 16 Teilrechtsordnungen gespaltenen und dadurch geschwächten Notariat ungleich schwerer begegnen. Die geplante Grundgesetzänderung ist deshalb abzulehnen. Der Gesetzgeber sollte davon insgesamt absehen und an der bisherigen Kompetenzverteilung für das Notariat festhalten.

Göttingen, 8. Mai 2006

Professor Dr. Alexander Bruns, LL.M. (Duke University)