

# Grußwort zum Jahreswechsel

Sehr geehrte Frau Kollegin,  
sehr geehrter Herr Kollege,

ein arbeitsreiches Jahr neigt sich seinem Ende zu. Dies gibt Anlass zu einem kurzen berufspolitischen Rückblick auf die vergangenen zwölf Monate.

Gleich zu Beginn des Jahres stand Brüssel im Mittelpunkt unserer Aufmerksamkeit. Anlässlich der Eröffnung des Büros des Deutschen Notarvereins in Brüssel fand unsere 3. Tagung Berufspolitik statt, die sich hochrangigen und zahlreichen Besuches erfreute. Die Tagung stand ganz im Zeichen der europäischen Rechtspolitik. Einen Schwerpunkt bildete Artikel 45 EGV. Die Bereichsausnahme des Artikels 45 EGV gilt nach deutscher Auffassung auch für die Notare in vollem Umfang, was von der EU-Kommission jedoch in Abrede gestellt wird (s. *notar* 2001, S. 7 ff). Ein entsprechendes Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland ist angekündigt. Die Argumente der deutschen Seite, maßgeblich mitunterstützt durch den Deutschen Notarverein, haben immerhin dazu geführt, dass die Klage beim EuGH bis heute noch nicht eingereicht ist. Eine jüngste Entscheidung des EuGH gibt zu der Hoffnung Anlass, dass ein Umdenken stattfindet (s. den Beitrag in diesem Heft S. 158 f.).

Die Europäische Kommission befasst sich unterdessen intensiv mit dem Berufsrecht der freien Berufe und auch der Notare unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten. Mario Monti hat eine Studie veranlasst, die den Regulierungsgrad der freien Berufe in Europa untersucht. Gemäß dieser Studie weist das deutsche Notariat mit den höchsten Regulierungsgrad aller freien Berufe in Europa auf. Voreilige Schlüsse des Wettbewerbskommissars, derartige „Wettbewerbshemmnisse“ gelte es abzubauen, sind bereits mehrfach in öffentlichen Äußerungen angeklungen. Es ist Aufgabe der Interessenvertretung der Notare, insoweit der besonderen Funktion des Notariats als Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit Geltung zu verschaffen.

Auch auf nationaler Ebene gab es vielfältige politische Aktivitäten des Deutschen Notarvereins. In der schon seit einigen Jahren vorbereiteten Reform des Kostenrechts dürften in den nächsten Monaten mit konkreten gesetzgeberischen Arbeiten zu rechnen sein. Die Kostenrechtsreferenten der Länder haben ihre Vorarbeiten hierzu abgeschlossen. Im Zuge der Mitwirkung der Verbände hat der Deutsche Notarverein eine gemeinsame Stellungnahme mit dem Deutschen Anwaltverein vorgelegt, um hierdurch zu unterstreichen, dass das gesamte deutsche Notariat bei der Reform des Kostenrechts gleichlaufende Interessen hat. Anliegen dieser Stellungnahme sind sowohl die Vereinfachung der Struktur der Kostenordnung mit einer stärkeren Betonung der beratenden Tätigkeit des Notars als auch die Forderung, bei der Überarbeitung der Kostenordnung die Notarkosten nicht von der Entwicklung der Gerichtskosten und der Rechtsanwaltsvergütungen abzukoppeln. Der Deutsche Notarverein hat sich nochmals entschieden gegen die Deckelung der Notargebühren ausgesprochen. Er hat gefordert, die seit Jahrzehnten unveränderten Höchstgebühren

der allgemeinen Kostenentwicklung anzupassen sowie der Tatsache Rechnung zu tragen, dass seit Jahren rückläufige Gebührenaufkommen flächendeckend zu einer erheblichen Schwächung der wirtschaftlichen Ertragskraft der Notariate geführt haben, insbesondere in den neuen Ländern. Durch das zum 1. Juli 2004 in Kraft tretende Kostenrechtsmodernisierungsgesetz wird nun zumindest der Gebührenabschlag Ost aufgehoben; ein Anliegen, das der Deutsche Notarverein seit Jahren verfolgt hat.

Ein weiteres Thema der Arbeit des abgelaufenen Jahres war die sogenannte „Föderalismusreform“. Eine gemeinsame Kommission von Bundestag und Bundesrat wurde soeben eingesetzt mit dem Ziel, die Kräfteverteilung zwischen Bund und Ländern zu überdenken. Als Kuriosum dieser Überlegungen zeigte sich im Vorfeld das Vorhaben der Ministerpräsidentenkonferenz, die Zuständigkeit für das Notariatswesen aus Artikel 74 GG auf die Länder zu übertragen. Hiergegen hat sich der Deutsche Notarverein mit Entschiedenheit ausgesprochen.

Einige Bundesländer verfolgen das Ziel, die Übertragung der Handelsregister auf die Industrie- und Handelskammern durch eine Öffnungsklausel im HGB zu ermöglichen. Der scharfe Protest des Deutschen Notarvereins hat bisher immerhin dazu geführt, dass der entsprechende Entwurf des Bundesministeriums der Justiz zum Justizmodernisierungsgesetz eine solche Regelung anders als der Referentenentwurf nicht mehr enthält. Nachdem sich auch der BDI gegen eine Öffnungsklausel ausgesprochen hat, ist vorsichtiger Optimismus angebracht. Als erfreuliche Tatsache kann schließlich festgehalten werden, dass die Justizministerkonferenz beschlossen hat, einen seit längerem vorliegenden Katalog des Notariats zur Entlastung der Gerichtsbarkeit durch Notare einer näheren Prüfung zu unterziehen. Gedacht ist etwa an die ausschließliche Zuständigkeit für die Aufnahme von Erbscheinsanträgen, die Zuständigkeit für die Eröffnung und Verwahrung von Testamenten oder die Einrichtung eines zentralen Testamentsregisters. Ein erster Schritt könnte sein, dass die Bundesnotarkammer in einem aktuellen Gesetzesentwurf als zuständige Stelle für die Führung eines zentralen Registers für Vorsorgevollmachten vorgesehen ist.

Dies alles, liebe Kolleginnen und Kollegen, ist nur ein kleiner Ausschnitt der Themen, die unsere Arbeit im vergangenen Jahr geprägt haben. Mein besonderer Dank gilt den Geschäftsführern und Mitarbeitern der Geschäftsstellen des Deutschen Notarvereins in Berlin und Brüssel. Danken möchte ich vor allem Notarassessor Detlef Heins, der uns nach drei Jahren in Folge einer ehrenvollen Berufung in das Sächsische Staatsministerium der Justiz verlässt.

Ihnen allen, Ihren Mitarbeitern sowie Ihren Familien wünsche ich ein harmonisches Fest und ein gutes Jahr 2004.

*Ihr*

*Stefan Zimmermann*

<b>Grußwort zum Jahreswechsel</b>	137
<b>notar editorial</b>	138
<b>notar impressum</b>	141
<b>notar intern</b>	
Bericht über den Bayerisch-Pfälzischen Notartag 2003 in Würzburg – <i>Notarassessor Tobias Greiner</i>	139
Jahresversammlung des Vereins für das Rheinische Notariat in Düsseldorf – <i>Notarassessorin Nikola Halding-Hoppenheit</i>	140
Mitteilung über die Mitgliederversammlung des Badischen Notarvereins – <i>Notar Dr. Joachim Mellmann</i>	141
Zweiter „Tag der offenen Tür in den Notariaten“ des Landes Brandenburg – <i>Notarin a.D. Karin Bencze</i>	141
<b>notar info</b>	
Symposium „Die Europäische Aktiengesellschaft – Umsetzungsfragen und Perspektiven“ in Frankfurt am Main – <i>Notar Dr. Oliver Vossius</i>	142
Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung – der „vergessene“ Notar – <i>Notar Dr. Thomas Renner</i>	144
Zur General- und Vorsorgevollmacht aus Sicht systemischer Familienberatung – <i>Dr. Elisabeth Mackscheidt</i>	146
<b>notar service</b>	
Das perfekte Notariat – <i>Notarin Johanna Brücker</i>	151
Betrachtungen und Hinweise des Beraters – <i>Michael Germ</i>	156
DNotV Privatrente – Rückblick auf ein erfolgreiches Jahr	157
<b>notar europa</b>	
Notare auf hoher See? EuGH-Urteil zum Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Kapitäne der spanischen Handelsmarine	158
Freiwillige Gerichtsbarkeit in Europa – Ökonomische Analysen und Perspektiven – <i>Professor Dr. Claus Ott</i>	159
15. Notarenkolloquium Mitteleuropa in Budapest	175
Neuer Präsident der Österreichischen Notariatskammer/ Verabschiedung des bisherigen Präsidenten	177
<b>notar international</b>	
TACIS-Projekt: Unterstützung bei der Rechtsreform in Kazachstan: Die Notariatsreform – <i>Notarassessor Dettel Heins</i>	177
Rechtsberatungsprojekt Serbien	179
10 Jahre freiberufliches Notariat in Estland – <i>Notar Dr. Guido Harder</i>	182
10 Jahre freiberufliches Notariat in Lettland – <i>Notarassessor Burkhard Lischka</i>	183
<b>notar kurz vor schluss</b>	
Aktuelle Themen/Gesetzgebungsvorhaben	186
Personalien/Sonstiges	187
Zwischenruf: Ausgleichende Gerechtigkeit – <i>Notar Dr. Hans Wolfsteiner</i>	187



Liebe Leserinnen und Leser,

die Beurkundung von Vorsorgevollmachten und die damit verbundene Beratung rechtsuchender Bürgerinnen und Bürger nimmt immer mehr Raum in der notariellen Praxis ein. Gleichwohl spielt der Notar in der öffent-

lichen Debatte dieses Themas nur eine untergeordnete Rolle. Notar Dr. Thomas Renner untersucht in seinem (selbst-)kritischen Beitrag die Gründe hierfür. Der Aufsatz von Dr. Elisabeth Mackscheidt zum selben Thema zeigt auf, welche komplexen familienpsychologischen Problemlagen der Berater im Blick haben muss. Die standardmäßige Verwendung eines Formulars kann dem nicht gerecht werden; auch die Einführung einer Beglaubigungszuständigkeit für die Betreuungsbehörden, die derzeit vom Gesetzgeber erwogen wird, erscheint vor dem geschilderten Hintergrund nicht sachgerecht.

In der Rubrik *notar service* berichtet Notarin Johanna Brücker über die Zertifizierung ihres Notariats. Der Deutsche Notarverein sieht sich durch dieses geglückte Projekt in seinen Bemühungen um ein Qualitätsmanagement im Notariat bestärkt.

Professor Dr. Claus Ott untersucht in seinem Aufsatz zur freiwilligen Gerichtsbarkeit in Europa aktuelle europarechtliche Fragestellungen. Er nimmt außerdem eine ökonomische Analyse der freiwilligen Gerichtsbarkeit vor. Dabei werden die Vorteile der vorsorgenden Rechtspflege gegenüber einer ex-post-Kontrolle durch zivilrechtliche Haftung deutlich.

Aus Europa können wir über ein aus unserer Sicht erfreuliches Urteil des EuGH zum Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Kapitäne der spanischen Handelsmarine berichten.

In weiteren Beiträgen wird über unsere Arbeit, die der Mitgliedsvereine sowie aktuelle Tagungen berichtet.

Unser bisheriger Geschäftsführer Dettel Heins wird künftig auf Wunsch der Notarkammer Sachsen als abgeordneter Notarassessor im Sächsischen Staatsministerium der Justiz tätig sein. Wir danken ihm für sein berufspolitisches Engagement und wünschen ihm eine glückliche Hand für seinen neuen Aufgabenbereich.

Ihnen und Ihren Familien sowie Ihren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern wünschen Till Franzmann und ich ein gesegnetes Weihnachtsfest und ein glückliches und erfolgreiches Jahr 2004.

Herzlichst

Ihr  
Thomas Schwerin

# Bericht über den Bayerisch-Pfälzischen Notartag 2003 in Würzburg

**Notarassessor Tobias Greiner, Vilshofen**

Vom 17. bis 19. Oktober 2003 fand in der Hauptstadt Unterfrankens der diesjährige bayerisch-pfälzische Notartag statt. Der Veranstaltungsort hatte gerade für die Kollegen aus der Pfalz den Vorzug der relativ kurzen Wege.

Am Freitag, dem 17. Oktober 2003 fand in der festlichen Kelterhalle des Mainfränkischen Museums auf der Festung Marienberg der Begrüßungsabend statt, der nicht zuletzt aufgrund des angenehmen Ambientes eine gute erste Gelegenheit zum Auffrischen alter und zum Entstehen neuer Kontakte bot. Vor dem Begrüßungsabend war exklusiv für die Teilnehmer des Notartages das Mainfränkische Museum mit der beeindruckenden weltberühmten Riemenschneiderausstellung geöffnet, die reges Interesse fand.

Während das Begleitprogramm einen Besuch des neuen Museums am Dom vorsah, begann am Samstagmorgen im festlichen Kaisersaal der Würzburger Residenz die Mitgliederversammlung des Bayerischen Notar-

vereins. Die Begrüßung erfolgte durch den Vorsitzenden *Dr. Hans Wolfsteiner*. Er spannte dabei einen weiten Bogen vom kaiserlichen Notariat über den Reichsdeputationshauptschluss, das Ventöse-Gesetz, das letztlich über die Pfalz zur Einführung des noch heute bestehenden Notariatssystems in Bayern führte, bis hin zu aktuellen berufs- und europarechtlichen Themen. Als Ehrengäste wurden allen voran Herr Richter am Bundesverfassungsgericht Professor Dr. Udo Steiner sowie mehrere Richter des Bundesgerichtshofes begrüßt. Daraufhin sprach der Amtschef des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz Ministerialdirektor *Wolfgang Held* ein Grußwort und bedankte sich für die hervorragende Zusammenarbeit des Justizministeriums mit dem Notariat in Bayern während seiner Amtszeit, die sich nunmehr dem Ruhestand entgegenneige. Sodann sprach die Staatssekretärin des rheinland-pfälzischen Justizministeriums, Frau *Dr. Stefanie Weber-Lejeune*, ein Grußwort. Der anschließende mit Spannung erwartete Festvortrag der Notarin *Eva Maria Brandt* aus Friedberg befasste sich mit dem Thema „Vertragsfreiheit bei der Gestaltung von Eheverträgen?“, das seit den jüngsten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts rege diskutiert wird. Der Vortrag stellte einen vorzüglichen Abriss über die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Ehevertrag dar und ließ viele Entscheidungen im Kontext verständlicher erscheinen. Dabei wies die Festrednerin deutlich darauf hin, dass es nicht ihre Absicht sei, nach diesem „Paukenschlag der Rechtsprechung“ nun Patentrezepte zur Vertragsgestaltung zu liefern. Die Entscheidungen seien von ihrem Ausgangspunkt her nachvollziehbar; unverzichtbar sei aus notarieller Sicht eine ausgiebige Besprechung sowie eine solide Beh-

lung über die mit dem geplanten Ehevertrag verbundenen Konsequenzen im Vorfeld. Gespannt darf die weitere Umsetzung der verfassungsgerichtlichen Vorgaben durch die obergerichtliche Rechtsprechung zur Wirksamkeit von Eheverträgen erwartet werden. Die Mitgliederversammlung wurde am Sonntagvormittag im Hotel fortgesetzt, während das Begleitprogramm die Besichtigung der berühmten Würzburger Residenz vorsah.



**Notarin Eva Maria Brandt hält den Festvortrag**

Der Samstagabend endete mit dem gesellschaftlichen Glanzpunkt des Notartages im Maritimhotel Würzburg. Nach einem Cocktailempfang im Foyer des Hotels und einem gemeinsamen Abendessen hatten die Mitglieder und Gäste des Bayerischen Notarvereins ausreichend Gelegenheit, das Tanzbein zu schwingen und diverse Konversationen zu führen.

Insgesamt stellte der diesjährige Bayerisch-pfälzische Notartag sowohl fachlich als auch gesellschaftlich wieder den Höhepunkt des Vereinsjahres dar.



**Notar Dr. Hans Wolfsteiner bei seiner Begrüßungsansprache**

## Jahresversammlung des Vereins für das Rheinische Notariat in Düsseldorf

**Notarassessorin Nikola Halding-Hoppenheit, Köln**

„Düsseldorf – Stadt der Moderne“ – unter diesem Motto hatte der Verein für das Rheinische Notariat vom 7. bis 9. November 2003 in die Landeshauptstadt geladen. Den über 200 Mitgliedern und Gästen, die zum gemeinsamen Tagen und Feiern ange-reist waren, wurde an diesem Wochenende ein sehr attraktives Programm geboten.

Den Auftakt bildete am Freitagabend ein Empfang im Rathaus, bei dem Bürgermeister *Heinz Winterwerber* und der Vereinsvorsitzende *Dr. Stefan Zimmermann* die Anwesenden herzlich begrüßten. Anschließend klang der Abend mit einem geselligen Beisammensein bei deftigem Buffet und Altbier in der Hausbrauerei „Zum Schlüssel“ fröhlich aus.



**Notar Dr. Stefan Zimmermann begrüßt die Teilnehmer**

Der folgende Samstag begann mit der alljährlichen Mitgliederversammlung, bei der für die auf eigenen Wunsch ausscheidenden Vorstandsmitglieder Notar Hans Steffens und Notarin Julia Priemer die Anwesenden einstimmig Notar Dr. Peter Schmitz und Notarassessor Dr. Andree Adler in den Vorstand wählten.

Im Anschluss eröffnete Notar *Dr. Zimmermann* die Jahrestagung im In-

dustrieclub. In seiner Begrüßungsrede wies er unter anderem kritisch auf die geplante Deckelung des Geschäftswertes im Kostenrecht hin, die als Einzelmaßnahme ohne eine Reform des gesamten Kostenrechtes – bei der auch über eine Anhebung der seit vielen Jahren gleich gebliebenen Gebühren nachzudenken sei – wenig sinnvoll erscheine. Positiv bewertete er hingegen – gerade im Hinblick auf die europäische Entwicklung – die derzeit im Rahmen der Justizministerkonferenz stattfindende Diskussion, den Notaren weitere Kompetenzen zu übertragen. Diesen Punkt griff der nachfolgende Redner, Staatssekretär im BMJ *Dr. Hansjörg Geiger*, auf, der in seiner kurzen und prägnanten Ansprache darüber hinaus die aktuellen Pläne des Justizministeriums – unter anderem in den Bereichen Unterhalt und Versorgungsausgleich – skizzierte. Staatssekretär im Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen *Dieter Schubmann-Wagner* fand in seiner nachfolgenden Ansprache vor allem lobende Worte für das Engagement der Bundesnotarkammer und des Deutschen Notarvereins in Brüssel. Besonders erfreulich war, dass beide Redner deutlich machten, den Belangen der Notare – gerade im Hinblick auf europäische Entwicklungen – positiv und unterstützend gegenüberzu-stehen.

Den Höhepunkt des Vormittages bildete der informative und äußerst detaillierte Vortrag zum Thema „Grenzen ehevertraglicher Gestaltung“ von *Dr. Meo-Micaela Hahne*, Vorsitzende Richter am BGH. In ihrem Vortrag zeigte Frau Dr. Hahne zunächst anhand einer Art Stufen-Theorie die diesbezüglich möglichen Entwicklungen in der Rechtsprechung auf. Dabei stellte sie den Unterhalt, welcher in sich ebenfalls in verschiedene Ebenen

unterteilt werden müsse, an die Spitze und beurteilte insoweit die Grenzen der möglichen Vertragsgestaltung – gerade beim Kindesbetreuungsunterhalt als dem ranghöchsten Unterhaltstyp – als besonders eng. Dem Unterhalt folgten dann in der Abstufung der Versorgungsausgleich, welchen sie als eine Art Altersunterhalt skizzierte, und der Güterstand, bezüglich dessen sie



**Dr. Meo-Micaela Hahne beim Festvortrag**

die weit reichendste Vertragsfreiheit ausmachte. Jeder dieser Punkte müsse jedoch einzelfallbezogen und differenziert im Rahmen eines Ehevertrages geprüft werden.

Als alternatives und ebenfalls sehr gut besuchtes Begleitprogramm wurde am Vormittag bei novembriger Kälte und strahlendem Sonnenschein ein geführter Rundgang durch den Düsseldorfer Medienhafen unternommen. Weiteres kulturelles Highlight dieses Tages war die nachmittägliche Führung durch das Museum K 21 im Ständehaus.

Den krönenden Abschluss des Samstages bildete dann der traditionelle Galaabend, dem das Künstlerhaus „Malkasten“ einen würdigen Rahmen verlieh. Nach einer Stärkung am üppigen und gut organisierten Büf-

fet schwangen die Festgäste in bester Stimmung das Tanzbein. Für besonderen Applaus sorgte das äußerst humorvolle Gedicht von Notarin Elke Weisgerber, welches sie bereits 1986 als Assessorin vorgetragen und das auch 17 Jahre später nichts von seinem Witz verloren hatte.

Zur Abrundung dieser äußerst gelungenen Jahresversammlung wurde den Tagungsteilnehmern am Sonntag-

vormittag mit dem Konzert des Pianisten Professor Markus Becker ein musikalischer Hochgenuss geboten, der

hervorragend auf die anschließende Führung durch das Museum K 20 einstimme.

## Mitteilung über die Mitgliederversammlung des Badischen Notarvereins

*Notar Dr. Joachim Mellmann, Rastatt und Baden-Baden*

Am 15.11.2003 fand in Pforzheim die ordentliche Mitgliederversammlung des Badischen Notarvereins e.V. statt.

Der Vorstand wurde für zwei Jahre neu gewählt. Präsident des Badischen Notarvereins ist weiterhin Notar a. D. Dr. Hans Eberhard Sandweg, Müllheim. Stellvertreter des Präsidenten sind – wie bisher – Notar Dr. Jürgen Rastätter, Heidelberg und Notar Stephan Randt, Villingen-Schwenningen sowie – neu gewählt – Herr Notar Dieter Ekkernkamp, Freiburg und Herr Notar Dr. Joachim Mellmann, Rastatt und Baden-Baden.

Herr Notar Professor Dr. Gerrit Langenfeld, Karlsruhe und Herr Notar

Gerd Huke, Freiburg kandidierten nicht mehr für den Vorstand.

Weiterhin verabschiedete die Versammlung eine Resolution zur Notariatsreform in Baden. Mit Blick auf das Zögern des Landes Baden-Württemberg bei der Umsetzung europarechtlicher Vorgaben für die Notariatskostenstruktur sprach sich die Versammlung – übereinstimmend mit den im Jahr 1991 gefassten „Kehler Beschlüssen“ des Vereins – erneut für die zügige Überführung des Badischen Amtsnotariats in ein freiberufliches Notariat bayerisch-pfälzischer Prägung aus. Sowohl diese Beschlussfassung als auch die Wahlen erfolgten einstimmig.

## Zweiter „Tag der offenen Tür in den Notariaten“ des Landes Brandenburg

*Notarin a. D. Karin Bencze, Geschäftsführerin der Notarkammer Brandenburg*

Am 20. Oktober 2003 fand in der Zeit von 16:00 bis 19:00 Uhr erneut ein „Tag der offenen Tür“ zu dem Thema „Erben und Vererben“ flächendeckend in den Notariaten des Landes Brandenburg statt. Es war bereits die zweite derartige Aktion der Notare des Kammerbereiches. Im vergangenen Jahr war der Aktionstag dem Thema „Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung“ gewidmet. Der Erfolg hatte

bei den Kammermitgliedern die Bereitschaft zu weiteren derartigen Veranstaltungen gestärkt.

In diesem Jahr hatten erstmals an dem gleichen Tag, zur gleichen Uhrzeit und auch zum gleichen Thema die Notare in den Bundesländern Sachsen-Anhalt und Brandenburg in ihre Büros eingeladen mit durchweg sehr guten Besucherresonanzen. Im Schnitt nutz-

### notar impressum:

#### Herausgeber:

Deutscher Notarverein  
Kronenstraße 73/74  
10117 Berlin

#### Redaktion:

Notarassessor Till Franzmann;  
Notarassessor Dr. Thomas Schwerin;  
Notar Dr. Peter Schmitz;  
Carola Vonhof-Stolz

Kronenstraße 73/74  
10117 Berlin

Telefon: +49(0)30/20 61 57 40

Telefax: +49(0)30/20 61 57 50

Email: dnotv@t-online.de  
http://www.dnotv.de

#### Verlag:

DNotV GmbH,  
Kronenstraße 73/74  
10117 Berlin

#### Gestaltung und Abwicklung:

OUTFIT, Agentur für  
Konzeption und Gestaltung,  
Ernst-Robert-Curtius-Straße 14,  
53117 Bonn,  
Telefon 0228/98 98 223

#### Druck:

Köllen Druck+Verlag GmbH,  
Ernst-Robert-Curtius-Straße 14,  
53117 Bonn,  
Telefon 0228/98 98 20

Erscheinungsweise: vierteljährlich

#### Bezugspreise:

Für Mitglieder der angeschlossenen  
Notarvereine kostenfrei.

Jahresabonnement: € 20,-  
(inkl. MwSt., zzgl. Versandkosten)

Einzelheft: € 6,-  
(inkl. MwSt., zzgl. Versandkosten)

#### Hinweise:

Alle Urheber-, Nutzungs- und  
Verlagsrechte vorbehalten.  
Namensbeiträge und Leserbriefe geben  
nicht notwendig die Meinung  
der Redaktion oder des Deutschen  
Notarvereins wieder. Die Redaktion  
behält sich vor, Leserbriefe zu kürzen.

ten zwischen 20 bis über 100 interessierte Bürger das kostenlose Angebot der Notare in den jeweiligen Büros. Viele, zum Teil auch jüngere Besucher, informierten sich über das sensible Thema *Erbrecht* und hierbei insbesondere auch über das *Pflichtteilsrecht*. Die Notare konnten auf Grund des stellenweise sehr großen Andrangs nur in kleinen Gruppen, aber auch in Einzelgesprächen die Fragen der Besucher beantworten. Es war deutlich zu spüren, dass immer mehr Menschen erkennen, dass sie für ver-

schiedene Bereiche des Lebens entsprechend Vorsorge treffen müssten und zunehmend auch wollen.

Die Medien im Land Brandenburg (wie auch in Sachsen-Anhalt) haben die Bedeutung des kostenlosen Angebotes der Notare, an einem „Tag der offenen Tür“ den Bürgern zu bestimmten Rechtsgebieten Rede und Antwort zu stehen, in zahlreichen Veröffentlichungen gewürdigt. Der Präsident der Notarkammer Brandenburg, Dietmar Böhmer, wurde durch den

RBB Brandenburg anlässlich des diesjährigen Aktionstages aufgesucht und die Sendung wurde noch am gleichen Abend ausgestrahlt. So wurde u.a. auch in der Sendung die verbraucher-schützende Funktion des Notars betont und auf die vielfältigen Aufgabengebiete eines Notars hingewiesen.

Die Notare des Landes Brandenburg werden sich im kommenden Jahr erneut an einem „Tag der offenen Tür in den Notariaten“ nochmals den Fragen des Erbrechts widmen.

## Symposium „Die Europäische Aktiengesellschaft – Umsetzungsfragen und Perspektiven“ in Frankfurt am Main

**Notar Dr. Oliver Vossius, München**

Am 6./7. 11. 2003 fand in Frankfurt am Main ein internationales Symposium zum Stand der Umsetzung der Verordnung der EU über die Europäische Gesellschaft (SE) in die nationalen Rechte der EU-Mitgliedsstaaten statt.

Das Symposium wurde durch *Professor Dr. Dr. Theodor Baums*, Johann-Wolfgang-Goethe-Universität in Frankfurt am Main, Institut für Bankrecht, organisiert. Ziel der Veranstaltung war die wechselseitige Information über den Stand der Transformationsgesetzgebung in den einzelnen EU-Mitgliedsstaaten. Die Staaten waren teils durch Mitarbeiter der Justizministerien (Schweden, Deutschland, hier auch durch das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung), teils durch diesen Ministerien nahestehende Mitglieder von Beratungsgremien (Polen), teils durch Praktiker (Luxemburg), im Wesentlichen aber durch Vertreter der Rechtswissenschaft vertreten (Vereinigtes Königreich, Nieder-

lande, Frankreich, Italien, Österreich). Diese gaben in ihren Referaten Überblicke über den Stand der Gesetzgebung in ihrem jeweiligen Herkunftsland.

Anhand der einzelnen Referate ließ sich folgender Überblick über den derzeitigen Stand der Gesetzgebung gewinnen:

Veröffentlichte Diskussionsentwürfe gibt es bereits in Deutschland, Frankreich, Schweden und dem Vereinigten Königreich. Ein noch nicht veröffentlichter interner Entwurf liegt in Österreich vor. Im Übrigen hat die Diskussion in den Einzelstaaten jedenfalls die Ebene von Vorüberlegungen erreicht; Gesetzesvorlagen befinden sich im Stadium der Formulierung.

Inhaltlich geht die Tendenz in allen vertretenen EU-Mitgliedsstaaten (mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs und evtl. auch Polens) dahin, im Fall der Gründung einer SE mit Sitz in

einem anderen Mitgliedsstaat den Aktionären Austrittsrechte zu gewähren. Auch über einen präventiven (d.h. über § 22 UmwG hinaus gehenden) Gläubigerschutz wird nachgedacht. Auch Schweden scheint unter dem Druck der entsprechenden Lobby insoweit von seinem ursprünglichen Regelungansatz abzurücken.

Die Einführung der dualistischen Organisationsverfassung (Trennung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat) ist für Staaten mit monistischer Tradition (Verwaltung der Gesellschaft durch ein einheitliches Organ) offenbar ein ebenso großes rechtspolitisches Problem wie umgekehrt. Die einzelnen Lösungen weichen hier deutlich voneinander ab.

Das Vereinigte Königreich will, seiner gesetzgeberischen Tradition folgend, die nähere Ausgestaltung einer dualistischen Organisationsverfassung der Rechtspraxis überlassen. Wegen der insoweit bereits *de lege lata* be-

stehenden Gestaltungsfreiheit sei die Schaffung einer *Limited Company* oder einer *plc* mit dualistischer Binnenstruktur bereits jetzt ohne weiteres möglich. Das dualistische System solle damit ebenso wenig geregelt werden wie das monistische.

Frankreich will – in bemerkenswert mutiger Auslegung der Ermächtigungsgrundlage in Art. 9 Abs. 1 der SE-Verordnung – die Binnenstruktur der SE mit Sitz in Frankreich nicht den Regelungen der *Société Anonyme (S.A.)*, sondern denen der *Société par Actions Simplifiée (S.A.S.)* unterwerfen. Damit würde der französischen Praxis ein für die kontinentaleuropäische Tradition außerordentlicher Gestaltungsspielraum eröffnet.

In den Niederlanden und in Schweden wird über den notwendigen Regulierungsgrad für das jeweils andere (monistische bzw. dualistische System) diskutiert. Italien verfügt aufgrund der jüngsten, schon mit Blick auf die SE unternommenen Reformen des Gesellschaftsrecht im *Codice Civile* schon jetzt über mehrere Optionsmodelle für die Unternehmensverfassung. Österreich nimmt die SE-Verordnung offenbar zum Anlass, die monistische Binnenverfassung für alle Aktiengesellschaften in Österreich zur Wahl zu stellen, allerdings mit hoher Regulierungsdichte.

Die Implementierung der Unternehmensmitbestimmung (anzutreffen in Deutschland, Österreich und in den Niederlanden) in die SE wird allorts als ein großes rechtspraktisches Problem gesehen. Die Chancen einer Verhandlungslösung nach der SE-RL wurden von mehreren Teilnehmern unter spieltheoretischen Aspekten wegen des bereits feststehenden Ergebnisses für den Fall der Nichteinigung (Auffanglösung) skeptisch beurteilt. Dem wurde entgegnet, die Mitbestimmung werde in den Ländern romanischer Rechtstradition selbst von Gewerkschaftsseite abgelehnt, da man Verhandlungsergebnisse konfrontativ und nicht im Konsens mit der

Unternehmerseite erreichen wolle. Zudem könnte die Mitbestimmung in Ländern mit Außenhaftung von Organmitgliedern anders beurteilt werden als in Deutschland. Selbst in Österreich ist, wie am Rande der Tagung zu erfahren war, die Streikkasse einer Gewerkschaft bereits als Haftungsquelle für schuldhaftes Pflichtverletzen von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmerseite herangezogen worden. Damit habe die Verhandlungslösung durchaus noch eine Chance.

Referate über die SE aus der Sicht einer Großkanzlei und aus der Perspektive eines internationalen Großunternehmens rundeten die Veranstaltung ab. Zum Abschluss wurde die SE in einem in seinen Schlussfolgerungen teilweise recht weitgehenden Vortrag eines deutschen Hochschullehrers im Lichte der neueren EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungs-

freiheit (*Überseering, Inspire Art*) behandelt. Zu Recht aufgeworfen wurde die im Ansatz neue Frage einer Normenkontrolle von EU-Recht anhand des EU-Vertrages, vor allem anhand der Frage nach der Vertragskonformität von Ermächtigungen zur Wegzugsbeschränkung in der SE-VO.

Bei allen Teilnehmern war die Skepsis deutlich erkennbar, ob die Rechtsform der SE in der Rechtswirklichkeit eine „Überlebenschance“ haben könne. Als Haupthindernisse wurden neben der Mitbestimmung, die starke „Färbung“ der SE nach dem Recht ihrer Sitzstaaten gesehen. Damit werde der Beratungsaufwand eher noch verstärkt als verringert. Als Einheitsgesellschaft mit verschiedenen Betriebsstätten komme die SE nicht in Frage, eher noch als Europa-Holding, die sich durch die Wahl der Rechtsform einen „supranationalen“ Anstrich geben wolle.

VORSORGE MUSS NICHT TEUER SEIN

## Justiz-Versicherungskasse

Lebensversicherungsverein auf Gegenseitigkeit

Als SELBSTHILFEEINRICHTUNG

der Angehörigen des JUSTIZ- und STRAFVOLLZUGSDIENSTES bieten wir Ihnen, Ihren Angehörigen und den mit Ihnen in häuslicher Gemeinschaft lebenden Personen zu anerkannt günstigen Tarifen und Bedingungen Versicherungen bis zur Höchstsumme von **8.000,00 EURO**

- auf den Todes- und Erbensfall
- zur Bildung eines Kapitals

### **Anerkannte Leistungsmerkmale, die für uns sprechen:**

Sofortiger Versicherungsschutz – nach Zahlung des 1. Beitrages –  
Schon nach einem Jahr bei Fälligkeit hoher Gewinnzuschlag  
Hohe Beteiligung an den Überschüssen

### **Außerdem:**

Grundsätzlich kein ärztliches Zeugnis  
Das Vertrauen unserer Mitglieder – stellen auch Sie uns auf die Probe –  
Wir würden uns freuen, Sie als Mitglied unserer berufsständischen Gemeinschaft begrüßen zu dürfen.

Weitere Auskünfte erteilt Ihnen unsere Geschäftsstelle in Köln:

Anschrift: **Drosselweg 44, 50735 Köln**  
**Tel.: 02 21 - 71 44 77 oder 71 47 23**  
**Fax: 02 21 - 7 12 61 63**  
**E-Mail: Justiz-Versicherungskasse@t-online.de**  
**Internet: www.Justiz-Versicherungskasse.de**



In der Veranstaltung wurde der Bedarf an gegenseitiger Abstimmung unter den verschiedenen EU-Mitgliedsstaaten offenbar. Trotz der klaren Vorgaben des EU-Vertrages (Niederlassungsfreiheit, Freiheit des Kapitalverkehrs) bestehen in zahlreichen Mitgliedsstaaten deutliche – auch gesellschaftsrechtlich motivierte – Vorbehalte gegen die grenzüberschreitende Sitzverlegung. Verbunden mit den vorgetragenen Belangen der „Aktionärschützer“ könnten diese zum Versuch

führen, den „Wegzug“ von Kapitalgesellschaften zu behindern.

Auch wenn die Rechtspraxis mit der SE vor völlig neuen Aufgaben steht, wird derzeit in vielen Mitgliedsstaaten nicht daran gedacht, ihr durch einen hohen Anteil dispositiven Rechts den Regelungsrahmen zu schaffen, der für die Herausbildung europaweiter Standards bei SE-Satzungen erforderlich wäre. Die Praxis hätte damit die Chance, die verschie-

denen SE-Formen der einzelnen Mitgliedsstaaten durch Herausbildung einer *best practice* für die Gestaltung von Satzung, Geschäftsordnungen, *Corporate Governance* Standards etc. zu harmonisieren. Insoweit verdienen die liberalen Regelungsvorschläge Schwedens, Frankreichs und des Vereinigten Königreichs Lob.

Den Veranstaltern und Referenten sei an dieser Stelle für das rundum gelungene Symposium herzlich gedankt.

## Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung – der „vergessene“ Notar

**Notar Dr. Thomas Renner, Erfurt**

### 1. Ausgangslage

Noch vor wenigen Jahren haben Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der Praxis der meisten Notare kaum eine Rolle gespielt. Dann hat sich die Situation schnell verändert: Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen gehören heute zur täglichen „Routine“.

In der Fachliteratur sind eine Vielzahl von Monographien, Aufsätzen und Büchern erschienen, die das Thema zum Gegenstand haben; die „Flut“ ist kaum noch überschaubar. Auch in den Massenmedien und in der populärwissenschaftlichen Literatur wird das Thema gerne aufgegriffen. Überraschend ist jedoch, dass viele Veröffentlichungen in den Massenmedien den Notar praktisch nicht zur Kenntnis nehmen. Besonders auffällig ist das bei Patientenverfügungen. Es wird praktisch nicht zur Kenntnis genommen, wie viel Sach- und Fachkunde bei den Notaren besteht und wie vorteilhaft die notarielle Beurkundung ist.

Zwei aktuelle Beispiele:

Sechs Seiten widmete der „Stern“ im November diesen Jahres dem Thema Patientenverfügungen. Völlig zu Recht hält er fest, dass sie oft das Pa-

pier nicht wert sind, auf dem sie stehen. Mit keinem Wort wird jedoch die Möglichkeit der notariellen Beratung und Beurkundung angesprochen. Im Gegenteil: Der Bericht singt das Hohelied der handschriftlichen und möglichst frei und persönlich formulierten Patientenverfügung, die vielleicht noch von Zeugen oder vom Hausarzt mitunterschieden werden kann.

Am 19. 3. 2003 wurde die „Patientencharta“ von Bundesjustiz- und Bundesgesundheitsministerium vorgestellt. Dort heißt es wörtlich: „Informationen zu Patientenverfügungen können beispielsweise bei Landesgesundheitsbehörden, Ärztekammern, Kirchengemeinden, Wohlfahrtsverbänden, Verbraucherzentralen, Patientenorganisationen oder Sozialstationen angefordert werden“. Der Notar als Berater findet in der Charta mit keinem Wort Erwähnung.

### 2. Die Vorteile der notariellen Beurkundung

An dieser Stelle die Vorteile der notariellen Beurkundung ausführlich darzustellen, hieße Eulen nach Athen zu tragen. Sie sollen nur schlagwortartig zusammengefasst werden:

- Das notarielle Beurkundungsverfahren sichert besser als jedes andere Verfahren, dass der Wille der Beteiligten erfasst, sie über die rechtliche Tragweite belehrt und die Erklärungen unzweideutig und klar in der Urkunde festgehalten werden (vgl. § 17 BeurkG).
- Das Beurkundungsverfahren eröffnet Gestaltungsspielräume, die sonst nicht vorhanden wären: Das Original bleibt in der Verwahrung des Notars. Wem, wann und wie viele Ausfertigungen zu erteilen sind, kann mit den Beteiligten abgesprochen werden. Dazu kommt die Möglichkeit der Erteilung von auszugsweisen Ausfertigungen (z.B. beschränkt auf den vermögensrechtlichen Teil der Vorsorgevollmacht).
- Die Geschäftsfähigkeit der Beteiligten muss der Notar bei der Beurkundung prüfen (§ 11 BeurkG). Jeder weiß, wie schwer es ist, den Gegenbeweis gegen die vom Notar bejahte Geschäftsfähigkeit anzutreten.
- Einige Rechtsgeschäfte verlangen bereits für die Vollmacht einer bestimmten Form (aus § 29 GBO ergibt sich die Notwendigkeit öffent-



licher Beglaubigung in Grundbuchsachen; Verbraucherkreditverträge können von Bevollmächtigten nur aufgrund einer notariell beurkundeten Vollmacht abgeschlossen werden; vgl. § 492 Abs. 2 S. 2, Abs. 4 BGB).

- Die anfallenden Notargebühren sind für jeden erschwinglich.
- Und nicht zu vergessen: Die Ausfertigung einer notariellen Urkunde (mit Siegel und möglichst mit Umschlag) weckt Vertrauen; sie macht „mehr her“ als jede andere Form.

### 3. Aktuelle Entwicklungen

Kaum ein Rechtsgebiet ist im Moment so „in Bewegung“ wie das Betreuungsrecht. Dazu gehören auch die Bereiche Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung:

- Die Entscheidung des BGH vom 17.3.2003 zum „Behandlungsabbruch“ hat viel Aufmerksamkeit erregt. Sie wird im Einzelnen sehr kontrovers diskutiert; der BGH selbst hat eine gesetzliche Regelung für „wünschenswert“ gehalten. Weitgehendes Einvernehmen besteht jedoch darin, dass die Entscheidung die „Patientenverfügung“ gestärkt hat.
- Im Oktober 2002 hat die 85. Vertreterversammlung der BNotK in Gütersloh die Einrichtung einer Registerdatenbank für Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen beschlossen. Das Register wird Vormundschaftsgerichten schnell und zuverlässig Informationen über relevante Verfügungen geben. Innerhalb weniger Monate wurden die Voraussetzungen für den Probetrieb geschaffen; schon jetzt sind mehr als 40.000 Vollmachten bei der BNotK registriert.
- Im Juni 2003 hat die von den Justizministerien der Länder im Jahre 2001 eingesetzte Bund-Länder-Ar-

beitsgruppe „Betreuungsrecht“ ihren Abschlussbericht vorgelegt. Dieser sieht unter anderem die flächendeckende Verwendung einheitlicher Mustervorsorgevollmachten vor. Vorsorgevollmachten sollen zentral durch die BNotK registriert werden. Weiterhin soll eine gegenständlich beschränkte gesetzliche Vertretungsmacht für Ehegatten und Lebenspartner eingeführt werden; im Bereich der Gesundheitsorge sollen sogar Kinder und Eltern nachrangig vertretungsbefugt sein. Die Herbstkonferenz der Justizminister hat am 6.11.2003 einen ersten Gesetzesentwurf zur Reform des Betreuungsrechts gebilligt. Der Entwurf will die Vorsorgevollmacht durch eine zentrale Registrierungsmöglichkeit aller Vorsorgevollmachten bei der BNotK stärken; Beglaubigungen sollen allerdings für 10,-€ bei der Betreuungsbehörde möglich sein. Vorgesehen ist weiterhin eine gesetzliche Vertretungsmacht, insbesondere für Ehegatten, in bestimmten Teilbereichen.

Die BNotK, die Notarkammern, der Deutsche Notarverein und die regionalen Notarvereine versuchen alles ihnen mögliche zu tun, um aus notarieller Sicht falsche oder zumindest problematische Entwicklungen zu vermeiden. Unabhängig von diesen „politischen“ Bemühungen, ist es jedoch ebenso wichtig, auf allen Ebenen die Bedeutung der Notare im Zusammenhang mit Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen deutlicher werden zu lassen.

### 4. Möglichkeiten erforderlicher Öffentlichkeitsarbeit

Werbung ist dem Notar heute zwar nicht mehr generell verboten, aber dennoch der Tradition des Berufsstandes fremd. Es fällt nicht ganz leicht, sich Anzeigenkampagnen in Zeitungen oder gar Werbespots im Fernsehen vorzustellen, in denen die Notare Wer-

bung für ihre Beratungskompetenz in Sachen „Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung“ machen. Letztlich muss der Gedanke hier nicht vertieft werden – derartige Kampagnen sind unglaublich teuer; es ist nicht damit zu rechnen, dass einzelne Notare oder die Notarkammern sich dieses Instruments bedienen werden.

Es gibt auch andere Möglichkeiten, um das „**Kompetenzzentrum Notar**“ in Sachen „Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung“ nach außen stärker erkennbar werden zu lassen:

- Vorträge, die sicherlich jeder Kollege ohne viel Vorbereitungszeit halten kann, sind ein möglicher Weg. Was spricht dagegen, die eigene Bereitschaft zu einem Vortrag in Alten- und Pflegeheimen, vor Ärzten, im kirchlichen Bereich oder gegenüber Wohlfahrtsverbänden mitzuteilen? Im Hinblick auf den „kollegialen Frieden“ ist es allerdings wünschenswert, solche Aktivitäten mit der zuständigen Notarkammer abzusprechen oder – noch besser – über die Kammer zu organisieren.
- „Tage der offenen Tür“ erfreuen sich auch bei den Gerichten immer größerer Beliebtheit. Was spricht dagegen, wenn Notare sich an solchen Veranstaltungen beteiligen und an einem „Infostand“ über Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen informieren? In einigen Kammerbezirken wurden übrigens bereits mit viel Erfolg „Tage des offenen Notariats“ organisiert.
- In Erfurt fand in diesem Jahr die dreitägige Messe „50 +“ statt, die sich an die etwas ältere Generation richtete. An allen Tagen haben Thüringer Notare und Notarassessoren dort an einem Stand über Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen (und natürlich auch erbrechtliche Angelegenheiten) informiert. Darüber wurde später in der Presse und im mdr-Fernsehen berichtet.

- Viele Tageszeitungen veranstalten sog. Telefonforen, bei denen Leser anrufen und Fragen zu bestimmten Themenbereichen an Fachleute richten können. Darüber wird dann in der Presse berichtet. Auch hier können sich Notare problemlos „einbringen“. Zumindest die Erfahrungen in den neuen Bundesländern beweisen, dass die Resonanz in der Öffentlichkeit außerordentlich groß ist.
- Lektüre im „Wartezimmer“ des Notars wird in der Regel mit Aufmerksamkeit gelesen. Auch das bietet die Möglichkeit, über Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen und die notarielle Beratungskompetenz zu informieren.

Die Liste der Beispiele könnte leicht verlängert werden.

## 5. Schlussfolgerungen

Immer wieder hört man in der Bevölkerung die Redewendung: „Wir mussten zum Notar“. Aus dem Unter-

ton wird gleichzeitig deutlich, dass sie die Beurkundung als einen unverständlichen, teuren und ziemlich überflüssigen Akt empfunden haben. Es ist nicht immer leicht, den Menschen die Einseitigkeit dieses Bildes aufzuzeigen. Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen geben dazu jedoch die Möglichkeit: Hier kann der Notar einzelfallbezogen seine Beratungskompetenz beweisen. Dies ist möglich in einer Sprache, die auch der Laie versteht, und zu Kosten, die für jeden erschwinglich sind. Das Vorsorgeregister der BNotK ist dabei ein „Pfund, mit dem sich wuchern lässt“: Am liebsten wenden sich die Ratsuchenden im Vorsorgebereich an eine Stelle, die ihnen das „Gesamtpaket“ – bestehend aus Beratung, Beurkundung und Hinterlegung – bietet. Es ist Aufgabe der Notarkammern, der Notarvereine und aller Notare für das Register zu werben und Vorsorgeurkunden dort zu registrieren.

Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen sind somit ein gutes Beispiel für den aus Österreich über-

nommenen Slogan des deutschsprachigen Notariats: „Lieber gleich zum Notar“! Gerade die Notare in Österreich haben in den letzten Jahren in ihrem Land sehr erfolgreiche „aktive“ Öffentlichkeitsarbeit geleistet. Dabei haben sie die Grenzen des auch in Österreich geltenden strengen Standesrechts nicht verlassen. Geht man ins Internet und schaut in den gängigen „Suchmaschinen“ nach, wie viele „Treffer“ man mit den Eingaben „Vorsorgevollmacht“, „Patientenverfügung“ oder „Patiententestament“ erhält, sind es Tausende von Verweisen. Engt man die Suche ein auf die Begriffe „Vorsorgevollmacht + Notar“, „Patientenverfügung + Notar“ oder „Patiententestament + Notar“, ist das Ergebnis ernüchternd: Nur noch ganz wenige „Treffer“ werden angegeben. Am 23.11.2003 meldete „fireball.de“ zu dem Stichwort „Patiententestament + Notar“ 17 Treffer. Es mag ein Zufall sein oder nicht: 16 bezogen sich auf Österreich (allerdings mit Mehrfachnennungen), nur einer auf Deutschland.

# Zur General- und Vorsorgevollmacht aus Sicht systemischer Familienberatung

**Dr. phil. Elisabeth Mackscheidt, Mitglied der Arbeitsgemeinschaft für psychoanalytisch-systemische Forschung und Therapie e.V., Köln**

Nicht wenige Institutionen haben es sich inzwischen zur Aufgabe gemacht, insbesondere ältere Menschen dazu anzuregen, einer Person ihres Vertrauens eine Vorsorgevollmacht oder auch Generalvollmacht zu erteilen. Und in der Tat kann eine solche Vollmacht – verbunden vielleicht mit einer Patientenverfügung – erheblich

zur Selbstbestimmung eines Menschen beitragen. Denn wenn hohes Alter oder Krankheit einen Menschen daran hindern, über seine eigenen Angelegenheiten selbst entscheiden zu können, werden aufgrund der Bevollmächtigung seine Vorstellungen vom Leben (und Sterben) über das Handeln eines Dritten, dem er vertraut, dennoch zum Tragen kommen können.

Nun lässt sich aus psychologischer Sicht sicherlich mancher Grund dafür anführen, warum viele alte Menschen zögern, dieses Instrument einzusetzen. Da ist zum einen die Tatsache zu

nennen, dass alte Menschen im Allgemeinen dazu neigen, sich selbst noch gar nicht als wirklich alt zu empfinden, so dass sie meinen, diese Frage getrost noch aufschieben zu können. Untersuchungen haben gezeigt, dass junge Menschen den Abstand zum alten Menschen deutlich größer einschätzen, als es umgekehrt der Fall ist, und dass diese „positive Illusion“ als eine der Bewältigungsstrategien des Alterwerdens gewürdigt werden muss. Zum anderen lässt sich gut nachvollziehen, dass es immer noch leichter ist, sich mit der blanken Tatsache auseinander zu setzen, dass wir alle einmal nicht mehr auf dieser Erde sein

Frau Dr. Mackscheidt hat zu dem Thema dieses Beitrags gemeinsam mit Notar Heinrich Eckelskemper, Leverkusen, eine Fortbildung vor Notarassessoren aus dem Bereich der Rheinischen Notarkammer gehalten.

werden, als sich mit der Vorstellung zu konfrontieren, in einen Zustand zu geraten, den Alltag nicht mehr eigenständig regeln zu können, ja, auch im Blick auf die ureigensten Angelegenheiten nicht mehr entscheidungsfähig zu sein. Das mag dann umso schwerer fallen, wenn der Abbau schon spürbar begonnen hat. Nicht von ungefähr haben manche Menschen die Wunschvorstellung, einmal plötzlich tot umzufallen oder eines Morgens nicht mehr aufzuwachen. Das heißt, auch wer sich durchaus der Formulierung eines Testaments widmet, möchte sich unter Umständen (noch) nicht mit dem Thema „Vollmacht“ beschäftigen.

Ein weiterer Grund, das gesamte Thema „Hilfsbedürftigkeit im hohen Alter“ eher zu verdrängen, als es aktiv anzugehen, könnte auch darin liegen, dass nicht wenige alte Menschen ganz unrealistische Befürchtungen hegen, welcher starken Zugriff der Staat auf Vermögen und Einkommen ihrer Kinder haben würde, wenn etwa institutionelle Hilfe bei der Pflege nötig werden sollte.

Natürlich kann die Zurückhaltung speziell in Sachen Vollmacht auch daher rühren, dass keine Person da ist, der der Betreffende ein so uneingeschränktes Vertrauen entgegenbringen würde, dass eine Bevollmächtigung sich anböte, erst recht nicht, wenn diese Vollmacht als Generalvollmacht konzipiert wäre, was allerdings ihrem Zweck, nämlich eine schnelle und umfassende Handlungsmöglichkeit zu bieten, am besten entsprechen würde. Dem Missbrauch einer Vollmacht kann nun einmal nicht vollständig vorgebeugt werden.

## Grundeinsichten systemischer Beratung

Wenn man die Einsichten berücksichtigt, die systemische Beratung über familiäre Dynamik gewonnen hat, so wird man aber noch ganz andere Befürchtungen als die eines Missbrauchs in Rechnung stellen müssen.

Systemische Beratung betrachtet den Einzelnen im Kontext seines Bezugssystems. Sie geht davon aus, dass man das Verhalten eines Menschen nur verstehen kann, wenn man es – jedenfalls *auch* – unter dem Gesichtspunkt betrachtet, welchen Sinn dieses Verhalten im Zusammenspiel derjenigen Personen haben könnte, auf die dieser Mensch sich bezieht. Dabei lehrt die Erfahrung, dass für die meisten Menschen ihre Familie ein hochrelevantes Bezugssystem bildet.

Für unsere Fragestellung sind vor allem folgende zwei Einsichten systemischer Beratung von Interesse:

- Im Miteinander der Generationen einer Familie entsteht ein Loyalitätszusammenhang, der dazu führt, dass eine grundlegende Motivation für die Interaktionen zwischen Familienmitgliedern das Bedürfnis ist, sich loyal zu verhalten, produktiv für andere im System zu sein. Im Blick auf das Verhalten eines Familienmitglieds hat es sich daher als erhellend erwiesen, nicht nur zu fragen: „Wer möchte hier was für sich selbst erreichen?“, sondern auch zu fragen: „Wer tut hier wem zuliebe was?“

- Die Dynamik eines Systems, auch eines Familiensystems, ist nicht von linearen Ursache-Wirkungs-Zusammenhängen bestimmt, sondern von zirkulären Wechselwirkungen. Das heißt aber auch: Wenn ich an einer Ecke eines Systems interveniere, so hat dies Auswirkungen auf alle Elemente des Systems und deren Zusammenspiel, bei einem Familiensystem also auf die Beziehungen aller Familienmitglieder zueinander.

Nun sollte man wissen, dass das Ergebnis einer solchen, im ersten Punkt genannten Motivationslage durchaus nicht konstruktiv sein muss. Die Erfahrung systemischer Familientherapie hat vielmehr gezeigt, dass oft gerade das problematische, vielleicht sogar destruktive oder selbstdestruktive

ve *individuelle* Verhalten im Blick auf das *System* als Hilfsangebot verstanden werden kann. Das Kind etwa, das anhaltend die Schule schwänzt, will vielleicht nicht nur einer Anstrengung ausweichen, sondern glaubt möglicherweise, zuhause unentbehrlich zu sein; und der junge Erwachsene, der „beschließt“, nicht erwachsen zu werden – wie auch immer das konkret aussehen mag –, hat vielleicht die (unbewusste) Phantasie, es sei wichtig, die Eltern weiterhin mit der Sorge um ihn zu beschäftigen bzw. miteinander zu vereinen. Hier wird im therapeutischen Bereich gewissermaßen in Großaufnahme etwas deutlich, was familiäres Leben überhaupt charakterisiert: Wir Menschen sind offenbar in hohem Maße bereit, eigene Entwicklungsschritte, eigene Interessen hinten zu stellen, wenn wir die (vielleicht nur unbewusste) Vorstellung haben, damit den Menschen, mit denen wir zutiefst verbunden sind, zu nutzen.

## Bevollmächtigung – eine Intervention ins Familiensystem

Auf die hier zur Debatte stehende Thematik angewandt heißt das:

- Ein Familienmitglied zum Bevollmächtigten machen, insbesondere, wenn es sich nicht um den Ehepartner oder z.B. das einzige Kind handelt (Rollen, die von vorneherein herausragend sind), ist eine Intervention in das gesamte Familiensystem, die die Beziehungen aller Familienmitglieder zueinander betrifft. Auswirkungen auf das Familienleben würde auch das Faktum bringen, gerade *kein* Familienmitglied ausgewählt zu haben.

- Es kann sein, dass ein älterer Mensch weniger die Befürchtung hat, selber einmal nicht gut zu fahren mit einer Bevollmächtigung, als vielmehr die Sorge, dass eine solche Intervention sich nachteilig auswirken könnte auf Menschen, die er liebt. Da erscheint es dann

unter Umständen leichter, sich dem eigenen unbekanntem Schicksal anheim zu geben, als an irgendeiner Form von Belastung eines Familienmitglieds oder vielleicht sogar an einer Irritation des familiären Beziehungsgefüges „schuld“ zu sein.

Obwohl eine Vollmacht ein notwendig gewordenes Handeln unkomplizierter macht und insofern den Angehörigen das Leben erleichtern kann, so bedeutet sie doch auch eine besondere Herausforderung, sich um den Bevollmächtigenden zu kümmern, und bringt unter Umständen auch einen erheblichen Verantwortungsdruck mit sich. Wir leben in einer Zeit, in der es nicht mehr selbstverständlich ist, dass die Kinder die Pflege ihrer alten Eltern selber in die Hand nehmen; andererseits ist die „Abgabe“ in ein Heim nach wie vor ein Thema, das meist auch dann noch mit Schuldgefühlen einhergeht, wenn die Le-

bensumstände eine solche Unterbringung als einzig angemessene Lösung erscheinen lassen. Und auch die allerletzte Phase des Lebens stellt uns heute manchmal noch vor Entscheidungen, die, selbst wenn eine Patientenverfügung vorliegt, nicht leicht zu treffen sind.

So kann es durchaus sein, dass ein alter Mensch deshalb zögert, seine Angelegenheiten durch eine Bevollmächtigung vorsorglich zu regeln, weil er seine Kinder nicht mit diesen Fragen belasten will. Gerade diejenigen, die selber noch viel Kraft in der Versorgung der damaligen älteren Generation gelassen haben – dies gilt besonders für die Frauengeneration –, möchten dies oft den eigenen Kindern ersparen und scheuen manchmal schon deshalb vor einer aktiven Auseinandersetzung mit der ganzen Thematik zurück. Auch dies kann ein Grund dafür sein, dass es eher die mittlere Generation ist, die das Thema

anspricht, und nicht die ältere selbst, obwohl es natürlich auch den umgekehrten Fall gibt, dass auf den ersten Hinweis eines älteren Menschen hin, die Kinder meinen, beschwichtigend sagen zu müssen: „Aber das ist doch noch kein Thema; Du bist doch erst 70!“

Das Bedürfnis, einander zu schonen, ist unserer Erfahrung nach jedenfalls eine viel stärkere Triebfeder innerfamiliären Verhaltens, als gemeinhin angenommen wird. Einem Notar mag diese Dynamik schon aus den vielen Beispielen vertraut sein, wo bei der Vereinbarung über Trennungs- und Scheidungsfolgen einer der Ehepartner zu Konzessionen bereit ist, die sich nur aus den aktuellen Schuldgefühlen – aus dem Wunsch, dem anderen nicht (noch) mehr zuzumuten – erklären lassen, so dass die Differenz zwischen dem, was juristisch einwandfrei ist, und dem, was im Loyalitätsgefüge einer Familie langfristig

## ■ RISIKOMANAGEMENT FÜR NOTARE



Risikomanagement für Notare - das bedeutet vor allem Beratung in allen Fragen der beruflichen Versicherungen und der persönlichen Vorsorge.

Die Funk Gruppe, Internationale Versicherungsmakler und Risk Consultants, hat gemeinsam mit dem Deutschen Notarverein kostengünstige Rahmenverträge entwickelt, mit dem Sie sowohl Ihre beruflichen Risiken als auch Ihre private Vorsorge- und Vermögensplanung optimal gestalten können.

Sie legen Wert auf:

- **Optimalen Deckungsschutz i. R. Ihrer Berufshaftpflicht**
- **die Absicherung Ihrer Familie**
- **die Absicherung im Falle der Berufsunfähigkeit**
- **renditeorientierten Kapitalaufbau für den Ruhestand**
- **Vorsorge für den Praxisausfall**

Wir legen Wert auf fachliches Know-how, innovative Riskobewältigung / Risikovorsorge und Unabhängigkeit - an 25 Standorten in Europa und gemeinsam mit unseren Partnern in über 70 Ländern der Welt. Seit 1879.

[www.funk-gruppe.com](http://www.funk-gruppe.com)  
[welcome@funk-gruppe.de](mailto:welcome@funk-gruppe.de)



**Funk Gruppe**  
**Internationale Versicherungsmakler & Risk Consultants**

Valentinskamp 20 ■ 20354 Hamburg  
 fon +49 (0)40 35914-0 ■ fax +49 (0)40 35914-407

tragfähig ist, ins Auge springt und den Notar zu einer oft gar nicht einfachen beraterischen Initiative herausfordert.

Andererseits hat die Erteilung einer Vollmacht beziehungs-dynamisch gesehen auch einen höchst positiven Aspekt: Sie ist ein starker Vertrauensbeweis. Gerade das aber kann es aus Sicht des älteren Menschen wiederum schwierig machen, insbesondere dann, wenn dieser meint, aus einer Reihe von Kindern eines auswählen zu sollen – erst recht, wenn es zudem ohnehin nur zwei Kinder gibt. Nicht immer ist das Vertrauen zu allen Kindern ähnlich groß, wobei die Zurückhaltung sich manchmal gar nicht so sehr auf das eigene Kind bezieht, als vielmehr auf den angeheirateten Partner. Doch es widerstrebt den meisten Eltern, einem Kind gegenüber ein Signal zu geben, das auf ein geringeres Vertrauen schließen lassen könnte; dazu ist Vertrauen ein zu elementarer Aspekt von Liebe. Deshalb wird im Übrigen auch die Information, dass eine Vollmacht jederzeit widerrufbar sei, nur sehr bedingt dazu angetan sein, einem Klienten die Entscheidung zu erleichtern. Denn wenn es stimmt, dass Klienten unter Umständen schon zögern, ein bestimmtes Familienmitglied nicht zu bevollmächtigen, weil sie fürchten, es zu kränken, so wird der Gedanke, einem Familienmitglied das Vertrauen möglicherweise einmal ausdrücklich entziehen zu müssen, erst recht bedenklich stimmen.

Fällt die Wahl auf das älteste Kind, so kann das für alle noch am ehesten stimmig erscheinen; wird das älteste Kind übersprungen, so bedarf dies einer Begründung, um nicht als Kränkung erlebt zu werden. Ein Grund könnte die örtliche Nähe sein oder der Umstand, dass es eine (vielleicht sogar unverheiratete) Tochter gibt, der man diese Aufgabe am ehesten zumuten mag. Oft gibt es ja in der Familie längst eine Person, häufig eine Tochter, die sich immer schon bei irgendwelchen Engpässen oder Notlagen als besonders verantwortungsbewusst gezeigt hat und die sich immer

schon mehr als die anderen um die Eltern gekümmert hat. Eine solche Tochter nicht einzubeziehen, könnte von ihr leicht als unverständlicher Miss-trauensbeweis erlebt werden. Und doch geht es vielleicht gar nicht um die Alternative „Vertrauen oder Miss-trauen“, sondern nur um die Frage, welches Kind mit seinen Entscheidungen wohl den Vorstellungen der Eltern selbst einmal am nächsten kommen wird, wenn es, wie die meisten Menschen, „nur das Beste“ für seine Eltern will; gerade tüchtige Kinder fühlen sich oft besonders schnell herausgefordert, die Dinge für die Eltern in die Hand zu nehmen, statt mit anzusehen, dass ein alter Mensch Fehler macht, Risiken eingeht – der Preis für die Selbständigkeit.

Geschwister haben jedenfalls häufig recht unterschiedliche Vorstellungen davon, was für ihre Eltern gut ist; und wahrscheinlich schätzen sie auch unterschiedlich ein, was die Eltern selbst jetzt von ihnen wünschen würden, wenn sie es noch zum Ausdruck bringen könnten. Das kann durchaus ein Argument für eine gemeinsame Bevollmächtigung sein; denn die Notwendigkeit, sich in diesen Fragen verständigen zu müssen, kann dazu führen, dass in komplexen Fragen eben auch unterschiedliche Gesichtspunkte zum Tragen kommen – gewissermaßen ein Synergieeffekt. Eine gemeinsame Beauftragung kann darüber hinaus auch Befürchtungen im Blick auf den Umgang mit dem Vermögen der Eltern vorbeugen, ein Thema, das auch dann ein heikles sein kann, wenn es keineswegs um eine Kategorie wie Betrug geht.

Eine gemeinsame Bevollmächtigung aller eigenen Kinder kann sich aber nur dann positiv auswirken, wenn es ein ausreichendes Maß an Verständigungsbereitschaft und -fähigkeit gibt. Manche Eltern haben daran ihre Zweifel und zögern vielleicht gerade deshalb, das Thema „Vollmacht“ in Angriff zu nehmen, obwohl sie sich eine solche Verständigung zwischen den Geschwistern meist sehr wünschen.

Nun lehrt die Erfahrung, dass in existentiell neuen Situationen, gerade auch in Ausnahmesituationen, eine Chance für neue Verständigungsprozesse und neue Rollenverteilungen in der Familie liegt. Für das spätere Verhältnis der Geschwister untereinander kann es jedenfalls sehr hilfreich sein, wenn in der Zeit vor dem Tod der Eltern jeder in seiner Weise noch etwas getan hat für die Eltern. So entlastend es sein kann, wenn man als Sohn oder Tochter weiß, dass es da schon ein Familienmitglied gibt, das sich um die alten Eltern kümmert, so ambivalent sind doch unter Umständen die Gefühle, die man diesem Familienmitglied entgegenbringt. Menschen, die ihre Eltern aufopferungsvoll pflegen, beklagen nicht selten, dass es ihnen letztlich von ihren Geschwistern nicht gedankt wird. Das hat meines Erachtens nicht nur mit der Eifersucht auf die Nähe zu den Eltern zu tun, sondern auch damit, dass die eigene seelische Stabilität in hohem Maße von dem Bewusstsein abhängt, sich den nächsten Bezugspersonen gegenüber loyal verhalten zu haben.

Es gibt einen alten Spruch, der diesen Aspekt gut wiedergibt: „Jeder Mensch bekommt sechs Brote; zwei zum Weitergeben, zwei zum Zurückgeben, eins zum Selberessen und eins zum Wegwerfen.“ Worauf es in unserem Zusammenhang ankommt, sind die beiden Brote, die wir zurückgeben möchten, um mit uns selbst im Reinen zu sein.

## Mögliche Konsequenzen

Nun kann man sicherlich einwenden, dass die nüchterne Frage einer Altersvorsorge über Bevollmächtigung nicht mit so vielen Überlegungen belastet werden sollte. Schließlich geht es zunächst einmal um Rechtssicherheit bei der Durchsetzung eigener Willenserklärungen oder auch des mutmaßlichen eigenen Willens und um Praktikabilität in der Gestaltung des Alltags bei Krankheit oder hohem Alter. Dennoch kann es meines Erachtens

tens von Nutzen sein, wenn ein Notar sich mit solchen familiendynamischen Zusammenhängen vertraut gemacht hat. Er wird die ambivalenten Gefühle seines Klienten oft besser einschätzen können. So wird er ein Zögern nicht nur als Hinweis darauf deuten, dass der Klient sicher sein möchte, dass seine Autonomie bestmöglich gewahrt und einem Missbrauch ausreichend vorgebeugt wird – zweifellos Themen, die guten juristischen Rat erfordern –, sondern sich offen halten für die Möglichkeit, dass ganz andere Sorgen dieser Motivationslage bestimmen.

Die juristische Ebene erfordert Eindeutigkeit; in ihr haben Ambivalenzen letztlich keinen Platz. Wenn diese aber da sind, dann sollten sie besprechbar gemacht werden – sei es beim Notar selbst, sei es an einem anderen Ort, möglicherweise auch in einem anderen professionellen Beratungssetting. Dazu brauchen die Klienten zunächst einmal Zeit. Sie brauchen nicht selten aber auch ein Wort der Ermutigung, ihre eigenen, vielleicht widersprüchlich erscheinenden Wünsche und Gefühle ernst zu nehmen und eine Klärung anzustreben.

Da die Erteilung einer Vollmacht, insbesondere wenn sie über die Partnerschaft selbst hinausgeht, *alle* Mitglieder der engeren Familie tangiert, wäre der beste Weg, wenn er denn gangbar ist, das gemeinsame Gespräch zwischen diesen Angehörigen. Jedenfalls aber sollte diese Entschei-

dung eingebettet sein in eine Reflexion der Frage, welche Rollen und Aufgaben *allen* nahen Angehörigen in der Sorge füreinander zukommen bzw. zukommen werden.

Ich bin überzeugt, dass der Notar große Chancen hat, einer Familie in einer solchen Situation, die eine Weichenstellung von langfristiger Auswirkung auf das familiäre Miteinander mit sich bringen kann, hilfreich zur Seite zu stehen. Man setzt bei ihm im Allgemeinen eine reiche Erfahrung im Umgang mit Vereinbarungen zwischen Familienmitgliedern voraus, und vor allem: Man betrachtet ihn in überdurchschnittlich hohem Maße als Vertrauensperson. So wie man von ihm weiß, dass er nicht nur das individuelle Interesse Einzelner, sondern auch das übergeordnete Interesse der staatlichen Gemeinschaft über ihre Rechtsordnung im Blick hat, so wird es einem auch nicht schwer fallen, ihm zuzuschreiben, dass er in einer Angelegenheit, die letztendlich *alle* Familienmitglieder betrifft, auf eine Lösung bedacht ist, die *allen* Familienmitgliedern gerecht wird – und im Übrigen gerade deshalb auch dem wahren Interesse seines Klienten dient.

Es mag sein, dass viele Notare einwenden werden, dass sie weder die Zeit noch die Kompetenz haben, sich gewissermaßen als Familienberater zu betätigen. Und tatsächlich wird es Familien geben, die sogar eher den Familientherapeuten brauchen, um sol-

che Fragen zu klären. Ich denke aber, ein Notar kann seinem Klienten schon dadurch weiterhelfen, dass er ihm ausdrücklich Zeit einräumt für eine solche Entscheidung, vielleicht auch einmal durch eine Frage wie „Was meinen Sie, was Ihre ältere Tochter dazu denkt?“ ein nicht genanntes Familienmitglied mit hinein nimmt in die Überlegungen und so zu einem Überdenken der Entscheidung, zum Gespräch im Familienkreis und unter Umständen auch zur Inanspruchnahme einer anderen fachlichen Beratung anregt. Viel jedenfalls ist schon gewonnen, wenn ihm selbst bewusst ist, dass Rechtssicherheit und vor allem Praktikabilität allein noch keine ausreichenden Kriterien abgeben. Die „praktischste“ Regelung ist nicht immer auch diejenige, die dem familiären Zusammenspiel und damit im Zweifelsfall auch dem Mandaten selbst am ehesten gut tun wird.

So sind manche Notare zu der Einschätzung gekommen, dass in den Fällen, in denen eine gute Vertrauensbasis unter den Familienmitgliedern vorhanden zu sein scheint und dennoch, vielleicht sogar mit Zögern, nur *eine* Tochter oder *ein* Sohn aus der Geschwisterreihe für eine Bevollmächtigung in Betracht gezogen wird, sie als Notar anregen sollten, dass vorher näher geklärt wird, ob nicht z. B. die folgende Regelung stimmig sein könnte: Es wird eine General- und Altersvorsorge-Vollmacht an alle Geschwister erteilt, die so gestaltet ist, dass jeder

## GEBRÜDER WEISS & CIE. MÜNCHEN

seit  1830

älteste Spezialfirma für Notare

80469 München · Reichenbachstraße 18

Telefon 089-2015642 · Fax 089-2013179

e-mail: [notarbedarf@t-online.de](mailto:notarbedarf@t-online.de) · <http://www.notarbedarf.com>

auch einzeln handlungsberechtigt ist; möglicherweise wird sie noch mit einem Zusatz versehen, der diejenigen Angelegenheiten benennt, bei denen das Zusammenwirken von mindestens zwei Bevollmächtigten nötig ist – z.B. eine Heimunterbringung, der Verkauf einer Immobilie oder das Einstellen lebenserhaltender Maßnahmen. Es wird ausdrücklich vermerkt, dass die Vollmacht auch der Vermeidung einer Betreuung dient.

Mir scheint, dass eine solche Regelung für eine Familie, deren Mitglieder einander vertrauen und miteinander reden können, durchaus hilfreich sein könnte. Das Kind, welches – vielleicht weil es vor Ort wohnt oder weil es die immer schon fürsorgliche Tochter ist – unter Umständen alleine bevollmächtigt werden sollte, wird die

Entlastung spüren, dass in schwierigen Situationen die Geschwister Mitverantwortung übernehmen. Natürlich könnte dies im innerfamiliären Bereich auch ohne juristische Basis durch Absprachen stattfinden. Die Erfahrung der familienrechtlichen Praxis lehrt aber, dass ein guter rechtlicher Rahmen das familiäre Zusammenspiel erleichtern kann – auch wenn man zugeben muss, dass gerade in Familiensachen die Grenzen der Steuermöglichkeit durch das Recht offenkundig sind.

Ein Kind – gemeint sind natürlich die erwachsenen Mitglieder der nächsten Generation –, das vielleicht weiter entfernt wohnt und nur deshalb zunächst nicht in Betracht gezogen werden sollte, wird sich bei diesem existenziell gewichtigen Thema der Fami-

lie nicht mehr so außen vor fühlen. Ein anderes Kind, das vielleicht „geschont“ werden sollte, wird es trotz aller Belastung wahrscheinlich als Stärkung seines Selbstwertgefühls erleben, in dieser Sache gefordert zu sein. Erst recht aber wird ein Kind, dem die Familie gar nicht zutraut, sich fürsorglich für andere zu engagieren, es als Chance erfahren können, eine veränderte Rolle in der Familie einzunehmen.

Und nicht zuletzt darf man davon ausgehen, dass es nach dem Tod der Eltern der Beziehung der Geschwister untereinander im Zweifelsfall gut bekommen wird, wenn alle mitverantwortet haben, von welchen äußeren Bedingungen die letzte Lebensphase der Eltern bestimmt wurde.

## Das perfekte Notariat

### Ein persönlicher Erfahrungsbericht über Qualitätsmanagement und Zertifizierung

*Notarin Johanna Brücker und Notar Dr. Jörg Tröder, Düsseldorf*

Jeder Notar, häufig schon jeder Notarassessor, hat sein perfektes Notariat genau vor Augen. Das Bild sieht ungefähr so aus: In einem modernen, hellen, zentral gelegenen Büro arbeiten freundliche, kompetente und mit sich und der (Arbeits-)Welt im Einklang lebende Mitarbeiter harmonisch mit den Notaren zusammen. Jeder setzt sein spezielles Wissen ein, um zu einer für die Klienten, die Gerichte, die Behörden, die Banken und die anderen Beteiligten optimalen Lösung zu kommen. Der Erfolg zeigt sich an zufriedenen Klienten, die das Büro gerne weiterempfehlen und die Notare mit Dankesbriefen überschütten.

Wenn Sie nach kurzer Überlegung zu dem Schluss kommen, dass Sie dieses Bild in Ihrem Notariat bereits ver-

wirklicht haben, lesen Sie bitte nicht weiter, es wäre reine Zeitverschwendung.

Sollte es Ihnen aber wie uns gehen, und Sie machen im Alltag die Erfahrung, dass Ihre anspruchsvollen Vorstellungen nicht immer der Realität standhalten, haben Sie zwei Möglichkeiten: 1. Sie belassen alles so, wie es ist, weil in dieser Welt nichts perfekt ist oder 2. Sie versuchen, etwas zu verändern, weil Sie Ihrem Ideal zumindest näherkommen wollen.

Wir haben uns für die 2. Möglichkeit entschieden und standen schon wieder vor einer Entscheidung. Versuchen wir, Verbesserungen in Eigenregie umzusetzen oder nehmen wir professionelle Beratung in Anspruch?

Auch hier haben wir die 2. Lösung gewählt. Für externe Hilfe sprach vor allem, dass wir immer wieder die Erfahrung gemacht hatten, dass es zwar viele gute Ideen zur Verbesserung gibt, sie aber auch umgesetzt werden müssen: Umsetzungsproblem („Ich müsste dringend die Mustersammlung überarbeiten“). Immerhin hatten wir einige unserer Ideen schon umgesetzt, oder zumindest umzusetzen versucht, aber die Routine im Büro wies eine gewisse Inkompatibilität mit diesen Maßnahmen bis hin zur Resistenz gegenüber Neuerungen auf: Nachhaltigkeitsproblem (Rundläufe mit neuen Anweisungen werden zwar gelesen und zunächst sogar angewendet, aber geraten dann bereits nach wenigen Monaten in Vergessenheit und müssen wiederholt werden). Schließlich

konnten wir nicht ganz ausschließen, dass ein Außenstehender vielleicht noch perfektere Lösungen für ein perfektes Büro finden kann: Problem der Betriebsblindheit.

Möglicherweise lag der Grund aber auch einfach darin, dass wir zufällig auf einer Veranstaltung des Deutschen Notarvereins die GeRMCONSULT kennen lernten und uns der engagierte Vortrag über Qualitätsmanagement so gefallen hat, dass wir sofort einen Termin vereinbarten.

### Erste Schritte

Wie sieht die Arbeit konkret aus? Auf der Grundlage eines 1- bis 2-tägigen Praxis-Checks erfolgt eine Analyse aller Schwachstellen des Büros, einschließlich der Notare als Teil der Organisation. Das Ergebnis liegt nach wenigen Tagen in einer gebundenen Mappe schwarz auf weiß, teilweise in Farbe mit anschaulichen Skizzen, auf dem Schreibtisch, zunächst nur der Notare. Es enthält, sorgfältig recherchiert und aufbereitet, eine detaillierte und strukturierte Übersicht der Schwachstellen und der Möglichkeiten zur Verbesserung. Einiges gehört zu den Umsetzungs- oder Nachhaltigkeitsproblemen, ist also schon irgendwie bekannt; beispielsweise gab es seit langem Planungen, die unterschiedlichen Abwicklungsbögen oder Laufzettel zu vereinheitlichen, allerdings hatte bislang jeder Mitarbeiter gute Gründe gefunden, gerade seine

Version für die Beste zu halten. Andere Vorschläge waren völlig neu, weil wir darüber noch nie ernsthaft nachgedacht hatten; sollte z.B. die gesamte interne Kommunikation über ein elektronisches mail-System erfolgen und lässt sich das mit unserer Notarsoftware kombinieren?

### Erste Erfolge

Für die aufgezeigten Schwachstellen werden nun Lösungen mit den Mitarbeitern erarbeitet und in Protokollen der Mitarbeiterbesprechungen festgehalten; zur Umsetzung der Lösungen werden unmittelbar verantwortliche Mitarbeiter benannt, die mit einer konkreten Aufgabenstellung und Zeitvorgabe mit der Umsetzung der Lösung beauftragt werden. Wir haben die Lösungen bereits in diesem Stadium mit allen Mitarbeitern diskutiert, um eine möglichst hohe Akzeptanz zu erreichen. Werden Lösungen allein von den Notaren oder einzelnen Mitarbeitern entwickelt, werden sie möglicherweise – unabhängig davon, wie gut oder schlecht sie wirklich sind – später von den anderen Mitarbeitern nicht akzeptiert und es kommt zu Durchsetzungsproblemen. Dann wäre bereits erheblicher Arbeitsaufwand investiert und es kommt zu Frustrationen bei den beauftragten Mitarbeitern, was den Erfolg aller anderen Maßnahmen gefährden kann. Wichtig ist auch, dass ein realistischer Zeitplan aufgestellt und eingehalten wird; einzelne Mitarbeiter sind für Sonderaufgaben freizu-

stellen (hier kann eine großzügige Überstundenregelung mit Freizeitausgleich als Äquivalent für Mehrarbeit hilfreich sein).

Um Motivation aufzubauen haben wir zunächst mit kleineren Maßnahmen begonnen, die zur Verbesserung nur einen geringen Aufwand erfordern, aber größtmögliche Effektivität erzielen. Mitarbeiter, die einen eher kritischen Standpunkt gegenüber den neuen Maßnahmen erkennen ließen, standen dabei nicht im Vordergrund. Als ausgesprochen motivationsfördernd hat sich herausgestellt, mit Schwachstellen im Bereich der Notare zu beginnen und diese konsequent abzubauen. Beispielsweise lösten in unserem Büro die schwer lesbaren, handschriftlichen Besprechungsvermerke der Notare immer gewissen Unmut aus; bei den Mitarbeitern, weil sie zu Rückfragen genötigt waren oder Gefahr liefen, Fehler zu machen, aber auch bei den Notaren, weil sie durch Rückfragen gestört wurden oder die Anweisungen falsch verstanden wurden. Inzwischen werden alle Vermerke entsprechend bestimmten Vorgaben diktiert oder unmittelbar in das mail-System geschrieben. Sie sind jetzt für den Mitarbeiter, aber auch die Notare selbst besser zu lesen, umzusetzen und zu überprüfen.

Spätestens, wenn sich die ersten Erfolge einstellen, ist das Fundament für die Motivation – auch der anfangs skeptischen Mitarbeiter – gelegt. Andere unserer Mitarbeiter wiederum waren so engagiert, dass wir schon wieder etwas dämpfen müssen, um das Büro nicht zu überfordern.

### Wir machen weiter

Sind erst einmal alle herausgearbeiteten Schwachstellen abgearbeitet, könnte man sich zufrieden zurücklehnen. Wir haben das zunächst auch gemacht und uns von unserem Berater mit Dank verabschiedet.

Aber der Geist der Veränderung war gesät, er ließ sich nicht mehr auf-

Dr. Jörg Tröder und Johanna Brücker arbeiten als Zweier-Sozietät in Düsseldorf zusammen. Das Büro besteht aus insgesamt 16 Mitarbeitern, die ohne Bürovorsteher in vier Teams zusammenarbeiten: Empfang: zuständig für Telefon, Betreuung der Klienten und Notare; Handelsregister, zuständig für alle Gesellschaftsangelegenheiten; Objekte und Bauträger, zuständig für Teilerklärungen, Serienbeurkundungen und Bauträger, sowie Individualverträge, zuständig für Individualkaufverträge, Übertragungen und Erb- und Familienrecht. Dem Notariat steht eine Kammerassessorin als volljuristische Mitarbeiterin zur Verfügung, es werden regelmäßig bis zu 3 Auszubildende betreut. Das Notariat hat ein Qualitätsmanagementsystem nach der Norm DIN EN ISO 9001:2000 eingeführt und ist seit dem 17. Juli 2003 durch ein Audit der DQS Deutsche Gesellschaft zur Zertifizierung von Managementsystemen mbH zertifiziert.



halten. In den nun regelmäßig stattfindenden Mitarbeiterbesprechungen gab es ständig neue Anregungen, von denen das meiste auch umgesetzt wurde. Aber die Lösungen waren punktuell, manchmal spontan, einige Mitarbeiter oder Abteilungen waren besonders aktiv, andere wieder mehr zurückhaltend, so dass sich für das Büro insgesamt ein uneinheitliches Bild ergab. Auch zeigten sich hier und da schon wieder Umsetzungsprobleme.

Was ist die Lösung? Ein Qualitätsmanagementsystem? Könnte das weiter helfen und waren wir bereit, kaum dass die ersten Verbesserungen sich zeigten, schon wieder ein neues Projekt in Angriff zu nehmen.

Auch hier half der Zufall nach: Die uns schon bekannte GeRMCONSULT bot in Zusammenarbeit mit der DNotV GmbH eine Gruppenberatung für ein Qualitätsmanagement an. Da der finanzielle und zeitliche Aufwand überschaubar schien, haben wir uns in das Abenteuer gestürzt, ein Qualitätsmanagementsystem für unser Notariat zu erarbeiten, ohne dass wir die geringste Ahnung hatten, was das eigentlich bedeutet. An dieser Stelle erlauben wir uns den Hinweis, dass die Unkenntnis von Vorteil war.

## **Was ist ein Qualitätsmanagement-System**

Wie wir schnell feststellten, bewegten wir uns mit der Implementierung eines Qualitätsmanagementsystems auf einem anderen Niveau der Büroorganisation: der Ansatz ist umfassender, geht mehr in die Tiefe und erfordert daher einen größeren Aufwand, zeitlich und finanziell. Anstatt einzelne Aspekte zu regeln, wie „die Mustersammlung“, „den Postausgang“ oder „die Ausfertigung von Urkunden“, werden systematisch alle Prozesse des Unternehmens Notariat beschrieben. Grundlage ist die DIN EN ISO 9001:2000. Die Norm ist zwar ursprünglich für Industrieunternehmen

eingeführt worden, hat aber einen so hohen Abstraktionsgrad, dass sie inzwischen auch von Dienstleistungsunternehmen eingesetzt wird. Falls Vorgaben der Norm für ein Notariat unpassend sind, kann man sie „ausschließen“, also einfach übergehen. Man muss es allerdings begründen, wenn man auf ein Zertifikat hinarbeitet. Da Begründungen Juristen aber nicht schwer fallen, haben wir von den Ausschlüssen regen Gebrauch gemacht.

Eine ausgesprochen große Hilfe bei der Umsetzung der Norm in ein Kanzleihandbuch war das von GeRMCONSULT vorbereitete Musterhandbuch. Das Handbuch hat bereits alle Vorgaben der Norm in Form einer ausführlichen Gliederung für uns in Kanzleisprache übersetzt und zum besseren Verständnis mit Mustertexten unterlegt. Die Texte mussten jedoch vollständig überarbeitet, auf unsere Kanzlei zugeschnitten und mit Leben gefüllt werden. Wir bekommen eine erste Ahnung, worauf wir uns einlassen haben.

Um einen Einblick in die Arbeit zu geben, hier einige Beispiele:

Im Mittelpunkt stehen zunächst die sog. Wertschöpfungsprozesse, also alle Leistungen, die das Notariat für seine Klienten erbringt und mit denen Gebühren eingenommen werden: Beurkundung, Beglaubigung, Beratung, Treuhandtätigkeit und so weiter. Dabei handelt es sich um den zentralen Bereich, für den bereits die meisten Dokumente im Büro vorhanden sind. Ein Notariat ohne Mustersammlung ist genau so wenig vorstellbar, wie ohne Ablauf- oder Verfügungsbogen oder ohne Anweisung zum Anlegen von Akten. Insoweit konnten wir auf vieles zurückgreifen, mussten die Dokumente nur überarbeiten, neu sortieren oder ergänzen. Notare haben es auch insoweit leichter als andere Dienstleister, weil vieles gesetzlich vorgegeben oder sogar ausführlich in der Dienstordnung für Notare geregelt ist. In diesen Fällen werden selbstverständlich die

rechtlichen Vorgaben zugrunde gelegt, teilweise wird auch nur darauf verwiesen, gegebenenfalls werden sie ergänzt.

Aber es gibt auch andere Bereiche des Qualitätsmanagements, wie Strategie und Ziele des Notariats oder die Entwicklung neuer Dienstleistungen. Beides Themen, die bislang allenfalls vage im Kopf der Notare existierten, kaum jedoch einmal ausgearbeitet und zu Papier gebracht, und schon gar nicht durch Schulung an die Mitarbeiter weitergegeben wurden. Hier gibt es also eine Menge Arbeit, hauptsächlich für die Notare. Welche Ziele verfolgen wir speziell mit unserem Büro, welche Strategien wenden wir an? Die Errichtung einer sachlich richtigen und den Interessen aller Beteiligten gerecht werdenden Urkunde ist gesetzliche Vorgabe, aber was ist das entscheidende „Mehr“ für den Klienten, das wir erreichen wollen? Ist es die besondere Verständlichkeit der Urkunde oder das individuelle Eingehen auf Klienten, auch wenn die äußeren Umstände, wie Stress und schwierige Persönlichkeiten, das manchmal erschweren; möchten wir eine ständige Erreichbarkeit der Mitarbeiter oder, falls gewünscht, auch der Notare, möchten wir eine besonders schnelle und reibungslose Abwicklung für den Klienten erreichen? Viele Ziele fallen uns ein, die Strategien zur Erreichbarkeit müssen aber auch erarbeitet werden und manche Ziele scheinen miteinander unvereinbar. Vor allem aber stellt sich die Frage, welches Ziel das Besondere für unsere Kanzlei ist, was soll sozusagen als Leitmotiv unser Büro kennzeichnen. Viel Arbeit und viel Diskussion zunächst unter den Notaren, dann noch mehr Arbeit und Schulung mit allen Mitarbeitern. Aber spätestens da wird klar, wie wichtig gerade diese zentralen Strategie- und Führungsaufgaben sind. Allen Mitarbeitern wird schneller als wir erwartet hatten klar, dass Qualitätsmanagement sich nicht nur in einer Fülle von neuen Anweisungen erschöpft, sondern dass ein System dahinter steckt, das alles zusammenhält. Jeder Mitar-

beiter hat über seinen konkreten Zuständigkeitsbereich hinaus Einblicke in die Tätigkeiten der anderen Bereiche bekommen, Verständnis für deren Aufgaben und häufig erstmals den Blick für das Große und Ganze gewonnen. Zum Beispiel wurden die üblichen Probleme zwischen Empfang und Sachbearbeiter abgebaut, zum anderen ist den Sachbearbeitern bewusst geworden, dass die ständigen Telefonate Teil ihrer Arbeit sind, so dass sie nicht mehr als Störung empfunden werden, sondern die Klientenbeziehung stärken.

Wichtig für jedes Qualitätsmanagementsystem ist die Messung und Bewertung der erbrachten Leistungen. Nur so können die Bedürfnisse der Klienten ermittelt und die Qualität der eigenen Dienstleistung ständig verbessert werden. Die Vorstellung, an unsere Klienten mit umfangreichen Fragebogenaktionen über Kundenzufriedenheit heranzutreten, löste zunächst hitzige Diskussionen und einige Erheiterung aus. Vielleicht deshalb, weil wir uns sofort an ähnliche Aktionen in Hotels oder auf Flugplätzen erinnerten, bei denen man aber wenigstens ein kostenloses Hotelwochenende gewinnen kann oder ein nutzloses Geschenk erhält. Wir haben uns daher erst einmal für die arbeitsparende und klientenfreundliche Methode der persönlichen Befragung entschieden. Dauerkunden können anlässlich eines Termins angesprochen werden; Käufer eines Einfamilienhauses beispielsweise, wenn sie zur Grundschuldbestellung erscheinen. Natürlich wird aus dieser Methode erst dann Qualitätsmanagement, wenn die Ergebnisse auf Formularblättern festgehalten und regelmäßig und systematisch ausgewertet werden.

Weitere wichtige Themen sind die Auswahl, Motivation und Schulung der Mitarbeiter, die Kommunikation mit

Klienten und innerhalb des Büros, die Dokumenten- und Datenverwaltung, Wissensmanagement, und und und...

Sind alle Vorgaben des Musterhandbuchs abgearbeitet, hat man ein umfassendes Handbuch des Notariats erarbeitet, mit dem eine lückenlose Dokumentation aller Prozessabläufe im Büro zur Verfügung steht, die allen Beteiligten unzweideutig Zuständigkeiten und Verantwortung zuweist, so dass jeder Mitarbeiter weiß, für welche anfallenden Tätigkeiten er verantwortlich ist, wie er diese auszuführen hat und er auch durch Schulung in die Lage versetzt wurde, diese Aufgaben im Sinne der von den Notaren festgelegten Qualitätskriterien zu erfüllen.

### Der Ehrgeiz hat uns gepackt

Nachdem wir bereits einen großen Teil der Arbeit geschafft hatten, schien das Engagement langsam nachzulassen; wir hatten den Eindruck, erst einen kleinen Teil geschafft und unendlich viel Arbeit noch vor uns zu haben. Ein deutlicher Motivationsschub wurde gesucht und mit etwas Überredung durch unseren Berater auch gefunden: Das Zertifikat.

Dieses Ziel unmittelbar nach Beendigung der Gruppenberatung zu erreichen, ließ plötzlich neue Kräfte entstehen und führte zu fieberhaften Aktivitäten im ganzen Büro. Es war tatsächlich noch einiges zu erarbeiten, die bereits fertigen Themen mussten noch einmal mit Blick auf eine externe Zertifizierung überarbeitet werden und die bisher so großzügig angewendeten Ausschlüsse einzelner Themen jeweils mit guten, auch nach außen haltbaren Begründungen versehen werden. Dann noch die Schulung des gesamten Systems für alle Mitarbeiter. Wir schafften eine Punktlandung und waren einen Tag vor dem festgelegten

Audit fertig. Allerdings nur, um bei einer letztem Überprüfung am Abend festzustellen, dass der Auditor an dem für ihn vorgesehenen Platz im Beurkundungszimmer keinen vollständigen Zugriff auf das gesamte QM-Handbuch hatte. Wie soll man einem Auditor erklären, dass die gesamte Bürokommunikation elektronisch erfolgt und jeder Mitarbeiter nur elektronisch auf das Handbuch Zugriff hat, nur leider der Auditor nicht? Die Software-Experten hatten wie immer viele Erklärungen, aber keine Lösungen. Es folgte eine halbe Nacht zwischen Hoffen und Verzweifeln, Kopieren von Dateien, umstöpseln von Computern und am nächsten Morgen funktionierende die Software irgendwie doch.

Was hat uns die Zertifizierung im Rückblick gebracht, außer einer schönen Urkunde im Empfang? Die Bestätigung, dass wir ein Qualitätsmanagementsystem eingeführt haben: immer schön, wenn man von kompetenter Seite bestätigt wird. Anerkennung von einigen Klienten, weil sie selbst über ein Zertifikat verfügen, noch daran arbeiten oder über eine Zertifizierung nachdenken.

Im Bericht hat der Auditor das besondere Engagement unserer Mitarbeiter hervorgehoben: Das wussten wir zwar auch schon vorher, trotzdem ist es schön, wenn dies ein Außenstehender bestätigt.

Und noch etwas, das wie ein Motto seit der Zertifizierung über dem Büro schwebt: Es gibt keine Fehler, nur Anlässe etwas zu verbessern.

### Schluss

Wenn Sie sich jetzt fragen, lohnt der ganze Aufwand: Lesen Sie noch einmal den Anfang.

# Qualitäts-Management

Verbesserungen wollen ++ Schwachstellen ermitteln ++ Lösungen entwickeln

## im Notariat

### QM-Projekt für Notare

Nach der Durchführung des Pilot-Projekts im Rheinland, das u.a. zur ersten Zertifizierung des QM-Systems eines Nur-Notariats führte, konnte wegen des entsprechenden Interesses nahtlos ein Anschlussprojekt in Mecklenburg-Vorpommern gestartet werden.

Aufgrund der erfolgreichen Startphase sollen nunmehr bundesweit alle Nur-Notariate eingeladen werden, sich mit dem Thema zu befassen.

Die DNotV GmbH bietet hierzu in Zusammenarbeit mit der Firma GERMCONSULT zwei Möglichkeiten an:

#### S e m i n a r

Besuchen Sie ein Tagesseminar und lernen Sie dabei ausführlich die Inhalte eines QM-Systems für Notare kennen, damit Sie sich selbst ein Bild davon machen können, wie Sie erfolgreich die Arbeitsabläufe und die Darstellung Ihrer Kanzleileistung verbessern können.

#### I n f o - V e r a n s t a l t u n g

Wenn Sie bereits über ausreichende Kenntnisse verfügen und von dem Nutzen eines QM-Systems überzeugt sind, können Sie unsere dreistündige Informations-Veranstaltung besuchen. Dort stellen wir Ihnen das Gruppenberatungsprojekt und dessen Ablauf und damit komprimiert die Inhalte und erreichbare Verbesserungen vor.

#### Unsere Termine sind:

Ort	Seminar	Info-Veranstaltung
Saarbrücken	21.01.2004	11.02.2004
Stuttgart	06.02.2004	27.02.2004
Dresden	03.03.2004	31.03.2004
München	24.03.2004	28.04.2004 (München)
Nürnberg	26.03.2004	
Hamburg	05.05.2004	04.06.2004

Die Teilnahmegebühren betragen:

- für das Tagesseminar: € 195,00 zzgl. MwSt. für den ersten Teilnehmer einer Kanzlei  
€ 145,00 zzgl. MwSt. für jeden weiteren Teilnehmer der Kanzlei
- für die Info-Veranstaltung: € 50,00 zzgl. MwSt. pro Person ohne vorherigen Seminarbesuch  
€ 25,00 zzgl. MwSt. pro Person mit vorherigem Seminarbesuch

Die Anzahl der Teilnehmer ist begrenzt. Sichern Sie sich Ihren Platz durch sofortige Anmeldung per Fax unter 030/206 157 50 bei der DNotV GmbH.

- Ja**, wir melden uns an:
- für das Tagesseminar in \_\_\_\_\_ mit \_\_\_\_\_ Personen
  - für die Info-Veranstaltung in \_\_\_\_\_ mit \_\_\_\_\_ Personen

Datum

Unterschrift

## Kanzleistempel

Die Anmeldung bitte ausschließlich per Fax verschicken. (DNotV GmbH: Es entscheidet der Zeitpunkt des Eingangs.)

## Betrachtungen und Hinweise des Beraters

*Michael Germ, GeRMCONSULT, Duisburg*

Aufgrund meiner Tätigkeit als Berater und Verantwortlicher des Projekts „Gruppenberatung für Notare“ möchte ich noch folgende Erfahrungen hinzufügen:

Nachdem sich abzeichnete, dass die Kanzlei Dr. Tröder Brücker als erstes deutsches Nur-Notariat eine Zertifizierung ihres Qualitätsmanagementsystems erreichen wollte, war dies natürlich eine gute Nachricht für das Projekt, aber zugleich auch eine Herausforderung, da mit dem Zertifizierungsaudit untrennbar verbunden war, dass von kompetenter und neutraler Stelle durch ein Zertifizierungsunternehmen festgestellt wurde, ob die Gruppenberatung hält, was sie vorher versprochen hat, und es mit dieser Form der Beratung und Vorbereitung möglich ist, ein individuelles QM-System in einer Kanzlei zu installieren.

Dies bedeutete, dass zum einen die Inhalte der Gruppenberatungstage alle Erfordernisse vollständig behandeln mussten, was uns aber nicht überraschen durfte, da bei der Konzeption des Projektes diese Anforderung bereits ausreichend behandelt wurde.

Zum anderen musste sich aber auch zeigen, dass

- die Terminierung der Zusammenkünfte,
- die Gewichtung der Stoffinhalte,
- deren sinnvolle Verteilung innerhalb der Vorbereitungstage,
- die Dauer der selbst gewählten Zeiträume zwischen den Terminen

geeignet sind, ein erfolgreiches QM-System in die Kanzlei zu importieren, das zudem auch sehr frühzeitig nach dem Abschluss der Einführung ein Zertifizierungsaudit vertragen musste.

In der Rückschau zur Bewertung der einzelnen Fragen komme ich dabei zu folgenden Ergebnissen:

Die Terminierung der Zusammenkünfte ist zeitgerecht erfolgt, da alle Kanzleien den Wechsel zwischen den Gruppenberatungstagen und der Kanzleitätigkeit als lösungsorientiert empfanden. Es ist nicht zu einer ungeheuer aufwändigen Konzentration auf die Arbeit am QM-System gekommen. Ganz im Gegenteil, es war genügend Zeit vorhanden, um sich in einem sinnvollen Verhältnis zwischen originärer Tätigkeit und Erfüllung von QM-Aufgaben zu bewegen.

Alle Teilnehmer sind sich einig darüber, dass die Gewichtung der Stoffinhalte insoweit verbesserungsfähig ist, als dass am ersten Tag sehr ausführlich die Software vorgestellt wurde. Dies wurde von den meisten Teilnehmern als in dieser Form nicht notwendig erachtet. Hier ließe sich sogar noch zu Gunsten der Vermittlung der Inhalte des QM-Systems mehr Zeit zur Verfügung stellen.

Die Verteilung der Stoffinhalte innerhalb der Vorbereitungstage entsprach ebenfalls den Vorstellungen der Teilnehmer, sodass alle Themenschwerpunkte entsprechend ihrer Relevanz im täglichen Kanzleileben behandelt wurden. Selbstverständlich wurden dabei die Bereiche wie „Erbringung der notariellen Dienstleistung“ ausführlicher behandelt als der Einsatz der Mitarbeiter, wobei aber auch ein Thema wie die „Wahrnehmung der Klientenzufriedenheit“ mit großem Interesse betrachtet wurde.

Es lag zwischen allen Terminen ausreichend Zeit, um in der Kanzlei die vereinbarten Hausaufgaben zu erledigen.

Einige der teilnehmenden Kanzleien waren nicht immer auf der Höhe des vereinbarten Fortschritts. Dies lag

aber nicht daran, dass die Aufgaben zu umfangreich waren, oder dass die Kanzlei aufgrund eines übergroßen Geschäftsanfalls keine Zeit zu deren Erledigung hatten, sondern vielmehr an einer gewissen Umständlichkeit der eingesetzten Software, sodass die Kanzleien, die ihre Hausaufgaben mit Verspätung erfüllt haben, hierfür einen nachvollziehbaren Grund nennen konnten.

Zudem würde sich jetzt auch unmissverständlich herausstellen, ob das vorbereitete Musterhandbuch eine geeignete Grundlage für das zu erstellende individuelle Kanzleihandbuch ist. Keinesfalls durfte es am Ende dazukommen, dass die Mustervorlage unverändert von der Kanzlei übernommen wurde oder dass die Vorlagen nicht praxisgerecht genug waren, sodass ein völlig neues Kanzleihandbuch erstellt werden musste.

Es ist beruhigend festzustellen, dass auch die Handbuchvorlage sich als praxisnah herausgestellt hat. Die Kanzlei hat sich durchaus kritisch zu dieser Frage geäußert, da die Mitarbeiter mehrfach zum Ausdruck brachten, dass es ein gutes Stück Arbeit ist, ein individuelles Kanzleihandbuch zu erstellen. Nachdem ich diesem Hinweis nachgegangen bin, war zunächst einmal festzustellen, dass der Aufwand im Vergleich zu der kompletten Neuerstellung eines Handbuchs immer noch sehr viel geringer ist. Zudem hat die Kanzlei – insbesondere die Mitarbeiter – bei dem Umfang und den Inhalten des Handbuchs schon besonderen Ehrgeiz entwickelt, sodass ich sagen kann, dass weniger hier ebenfalls ausgereicht hätte. Wenn es im Ergebnis auch leicht unterschiedliche Auffassungen gibt, bleibt grundsätzlich festzuhalten, dass die Mustervorlage geeignet ist, die Arbeit am eigenen Handbuch so zu gestalten, dass sie neben der notariellen Tätigkeit geleistet werden kann.

All diese Fragen hielten das gesamte Projekt von Beginn an unter Spannung und verlangten auch mir als Berater große Disziplin ab. Natürlich hätte ich um des Erfolges willen – und dabei wären Aspekte des Beratungshonorars völlig zurückgetreten – gerne die Kanzlei noch zusätzlich individuell vor Ort bei der eigentlichen Entwicklung betreut.

Dies aber erschien wegen der notwendigen Objektivität der Antwort auf

die zuvor aufgeworfenen Fragen als nicht zulässig, um ein verfälschtes Ergebnis ausschließen zu können. Also habe ich mich bei meinen Kanzleibesuchen ausschließlich darauf beschränkt, den Fortschritt der Bemühungen der Kanzlei zu überprüfen.

Hierdurch hat die Kanzlei nur zusätzliche Hinweise erhalten, um abschätzen zu können, ob sie sich auf einem erfolgreichen Weg zur Zertifizierung befindet.

Die Kanzlei hat die Erfolgsspur zu keiner Zeit verlassen und wird dies nach meiner Einschätzung auch in der Zukunft nicht tun. Ich bin der festen Überzeugung, dass die Installation des QM-Systems die Kanzlei dauerhaft bewegt.

## DNotV Privatrente – Rückblick auf ein erfolgreiches Jahr

**Marcus Wetzel, Geschäftsführer eVorsorge.de Vermittlungsgesellschaft mbH, Köln**

Vor knapp einem Jahr hat der Deutsche Notarverein seine Mitglieder an dieser Stelle das erste Mal über das neue Vorsorgekonzept informiert. Seitdem haben Infoveranstaltungen für einige Notarkammern und Notariatsmitarbeiter stattgefunden und es sind zahlreiche Vereinbarungen zwischen Notariaten und dem Kooperationspartner eVorsorge.de geschlossen worden.

Genereller Handlungsbedarf besteht für alle Notariate, denn mit der Rentenreform 2001 hat der Gesetzgeber jedem Mitarbeiter das Recht eingeräumt, dass sein Arbeitgeber ihm eine betriebliche Möglichkeit zur Nutzung der staatlichen Förderung zur Verfügung stellt.

Um den Aufwand für die Notariate so gering wie möglich zu halten, hat der Deutsche Notarverein über seine Servicegesellschaft DNotV GmbH zusammen mit eVorsorge.de ein Konzept ausgearbeitet. Mit diesem profitieren die Mitarbeiter von leistungsstarken Produkten und können die staatliche Förderung optimal nutzen. Die Arbeitgeber können sicher sein, dass der Verwaltungsaufwand minimiert ist und mit eVorsorge.de ein pro-

fessioneller Partner zur Verfügung steht.

eVorsorge.de ist die Tochtergesellschaft der Albatros Versicherungsdienste GmbH, die seit vielen Jahren den Lufthansa Konzern u.a. zum Thema „Betriebliche Altersvorsorge“ betreut und mit der Lufthansa Privatrente eines der erfolgreichsten BAV-Modelle ins Leben gerufen hat.

### Das Konzept im Überblick

Das Konzept des DNotV besteht aus drei Elementen, zwei betrieblichen und einem privaten.

1. Im Mittelpunkt des Konzepts steht die „DNotV Privatrente“, mit der Bruttoentgelt steuerfrei und ggf. bis 2008 auch sozialversicherungsfrei in Beiträge für eine Pensionskasse umgewandelt wird. Sie ist das Modell, mit dem sich nahezu alle Kanzlei-Mitarbeiter/innen die höchste Förderung sichern können.
2. Für Mitarbeiter mit einem Gehalt oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze zur Rentenversicherung (2004: 61.800,- €) kann zusätzlicher Vorsorgebedarf über eine Di-

rektversicherung abgedeckt werden.

3. Ist die Kinderzahl sehr hoch und das Einkommen gering, kann es sein, dass die „Riester-Rente“ mit der Zulagenförderung das bessere Modell ist. Hier bietet eVorsorge.de einen Rahmenvertrag mit besonderen Konditionen, mit dem sowohl Beiträge aus dem Netto-Entgelt als auch staatliche Zulagen in eine zertifizierte Rentenversicherung fließen.

### Vorteile der „DNotV Privatrente“ für Arbeitgeber

1. Mit der Entgeltumwandlung in die Pensionskasse erfüllt der Arbeitgeber den entsprechenden Anspruch des Arbeitnehmers nach §1a BetrAVG.
2. Die Entgeltumwandlung nach dem vorgeschlagenen Konzept erzeugt für den Arbeitgeber einen wesentlich geringeren Verwaltungsaufwand als das Verfahren der Riester-Rente mit Zulagen.
3. Im Gegensatz zu anderen betrieblichen Modellen müssen bei der Pensionskasse/Direktversicherung

- keine Beiträge an den Pensionsversicherungsverein gezahlt werden.
4. Die Beiträge zur Pensionskasse können – wie Gehaltszahlungen – als Betriebsausgaben steuerlich gewinnmindernd geltend gemacht werden.
  5. Von eVorsorge.de werden sowohl den Kanzleien als auch den Mitarbeitern umfangreiche Informationen auf einer Internet-Plattform zur Verfügung gestellt.
  6. Bleiben Fragen offen, steht den Arbeitgebern ein Spezialisten-Team mit Rat und Tat zur Seite. Die Mitarbeiter können auf ein Servicecenter zurückgreifen.

### Informieren Sie sich jetzt

Dass die private Vorsorge immer wichtiger wird, ist unbestritten. Mit dem DNotV Vorsorgekonzept können sich die Mitarbeiter die staatliche För-

derung sichern, die bis einschließlich 2008 besonders hoch ist.

Ausführliche Informationen sind unter [www.evorsorge.de](http://www.evorsorge.de) hinterlegt; eine Beratung gibt es über die Service-Hotline 01805 998555.

Infoveranstaltungen für die Notariate und Notariatsmitarbeiter bietet eVorsorge.de in Kooperation mit den Notarkammern an.

## Notare auf hoher See?

### EuGH-Urteil zum Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Kapitäne der spanischen Handelsmarine

Der Europäische Gerichtshof hat am 30. September 2003 in der Rechtssache C-405/01 entschieden. Dabei hatte er Artikel 39 Absatz 4 EGV, der für die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung eine Ausnahme von der Arbeitnehmerfreizügigkeit vorsieht, auszulegen. Die Vorlagefrage, ob es nach der Vorschrift zulässig ist, dass ein Mitgliedstaat seinen Staatsangehörigen die Stellen des Kapitäns und des Ersten Offiziers der Handelsschiffe unter seiner Flagge vorbehält, bejahte der EuGH unter zwei Voraussetzungen: Die den Kapitänen und Ersten Offizieren dieser Schiffe zugewiesenen hoheitlichen Befugnisse müssen tatsächlich regelmäßig ausgeübt werden und nicht nur einen sehr geringen Teil ihrer Tätigkeit ausmachen. Diese Entscheidung stellt insoweit die konsequente Fortschreibung der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu Artikel 39 Absatz 4 EGV dar. Die Vorschrift sei als Ausnahme vom Grundprinzip der Freizügigkeit und der Nichtdiskriminierung der Arbeitnehmer so auszulegen, dass sich seine Tragweite auf das beschränkt, was zur Wahrung der Inter-

essen, die diese Bestimmung den Mitgliedstaaten zu schützen erlaubt, unbedingt erforderlich ist. Insoweit bietet das Urteil nichts Neues. Aus notarieller Sicht weit interessanter sind die Ausführungen zur Frage nach der Hoheitlichkeit einer Tätigkeit. Der EuGH zieht die Wahrnehmung personenstandsrechtlicher und notarieller Befugnisse zur Begründung der Ausübung hoheitlicher Befugnisse heran und führt in Randziffer 42 aus:

„Im vorliegenden Fall ist festzustellen, dass das spanische Recht den Kapitänen und Ersten Offizieren der Handelsschiffe unter spanischer Flagge einerseits Rechte im Zusammenhang mit der Aufrechterhaltung der Sicherheit und der Ausübung polizeilicher Befugnisse, insbesondere bei Gefahren an Bord, verleiht, gegebenenfalls in Verbindung mit Untersuchungs-, Zwangs- oder Sanktionsbefugnissen, die über den bloßen Beitrag zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit, zu dem jedermann verpflichtet sein kann, hinausgehen, und andererseits notarielle und personenstands-

rechtliche Zuständigkeiten, die sich nicht nur durch die Erfordernisse der Führung des Schiffes erklären lassen. Solche Aufgaben stellen eine Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse zur Wahrung der allgemeinen Belange des Flaggenstaats dar.“

Damit greift der Europäische Gerichtshof den Schlussvortrag von Generalanwältin Stix-Hackl auf, die auf die personenstandsrechtlichen und notariellen Kompetenzen, die „im allgemeinen staatlichen Interesse liegen“ zur Herleitung der Hoheitlichkeit abgestellt hatte. Diese Argumentation des EuGH bestätigt die Einschätzung der notariellen Standesorganisationen, nach der ein Notar öffentliche Gewalt im Sinne des Artikels 45 EGV ausübt.

Bemerkenswert ist, dass – wie die am Verfahren beteiligten Regierungen – auch die Europäische Kommission die Errichtung öffentlicher Urkunden als Aufgaben, die unter Artikel 39 Absatz 4 EGV fallen, vorgetragen hat (Randziffer 29). Diese rechtliche Be-

wertung steht in offenkundigem Widerspruch zu der von der Kommission in ihrem Mahnschreiben an die Bundesrepublik Deutschland vertretenen Position zum Staatsangehörigkeitsvorbehalt der Notare in Deutschland: Hierin wurde der notariellen Tätigkeit noch der hoheitliche Charakter abgesprochen, die freiwillige Gerichts-

barkeit wurde mit privatrechtlichen Schiedsverfahren verglichen. Es stellt sich die Frage, ob hinter diesem Widerspruch ein Sinneswandel steht oder ob die Europäische Kommission das Vertragsverletzungsverfahren gegen den Staatsangehörigkeitsvorbehalt der Notare in Deutschland auch vor diesem Hintergrund weiter verfolgen will.

Ist die Frage nach der Ausübung hoheitlicher Gewalt für Beurkundungen im Notariat anders zu beurteilen als für solche auf hoher See? Man darf auf die weitere Entwicklung gespannt sein. TF

## Freiwillige Gerichtsbarkeit in Europa – Ökonomische Analysen und Perspektiven

*Professor Dr. Claus Ott, Hamburg\**

### I. Vorsorgende Rechtspflege im Spektrum der staatlichen Aufgaben

#### 1. Freiwillige Gerichtsbarkeit im deutschen Recht

Freiwillige Gerichtsbarkeit wird im deutschen Recht als vorsorgende Rechtspflege im Bereich des Privatverkehrs bezeichnet. Über die Frage, welches die besondere Rechtsnatur der Aufgaben ist, die unter diesen Begriffen zusammengefasst werden, besteht jedoch wenig Klarheit. Die Freiwillige Gerichtsbarkeit umfasst im deutschen Recht ganz unterschiedliche Regelungsbereiche, denen gemeinsam ist, dass es sich um Angelegenheiten des bürgerlichen Rechts handelt, bei welchen kraft Gesetzes

zur Erreichung eines rechtlichen Erfolgs die Mitwirkung staatlicher Rechtspflegeorgane erforderlich ist.<sup>1</sup> Diese Kennzeichnung beschreibt freilich nur die gesetzliche Regelung, besagt aber nichts über die Funktion, die der Mitwirkung der staatlichen Rechtspflegeorgane zugeordnet ist. Ebenso wenig ist damit etwas über die Gründe ausgesagt, die zu einer Übertragung der Aufgaben auf staatliche Organe geführt haben. Die der Freiwilligen Gerichtsbarkeit zugewiesenen Aufgaben stellen ein „buntes Gemisch“<sup>2</sup> dar. Ein Ordnungsprinzip, das allen diesen Aufgaben gemeinsam ist, lässt sich nicht ohne weiteres erkennen. Es handelt sich vielmehr um Tätigkeiten für ganz unterschiedliche Aufgaben, die der Gesetzgeber den Gerichten zugewiesen und besonderen Verfahrensregelungen unterstellt hat. Es wird jedoch vielfach als unmöglich angesehen, einen durchgreifenden materiellen Unterscheidungsgrund zwischen der freiwilligen und der streitigen Gerichtsbarkeit aufzuzeigen<sup>3</sup> und systematische Gründe dafür zu benennen, dass bestimmte Verfahren der FGG anstelle der ZPO zugeordnet sind.<sup>4</sup> Vielmehr wird der Aufgabenbereich der Freiwilligen Gerichtsbarkeit bezeichnet als „staatliche Hilfestellung zum reibungslosen Funktionieren des Rechtsverkehrs“<sup>5</sup> oder als „Verwirklichung der Privatrechtsordnung zum Schutz privater Rechte“<sup>6</sup>.

Derlei Formulierungen sind jedoch wenig trennscharf. Sie stellen sehr allgemeine Umschreibungen des Aufgabenbereichs der Freiwilligen Gerichtsbarkeit nach geltendem Recht dar, die weder die Kriterien der Zuordnung noch die Struktur und die Ziele der Mitwirkung der Gerichte erkennen lassen. So gehört der Schutz privater Rechte und die Verwirklichung der Privatrechtsordnung auch zum Kernbereich der Aufgaben der Gerichte in der streitigen Gerichtsbarkeit. Auch andere der zur Charakterisierung der Freiwilligen Gerichtsbarkeit genannten Aufgaben sind nicht der Freiwilligen Gerichtsbarkeit vorbehalten, sondern werden auch von der streitigen Gerichtsbarkeit wahrgenommen. Dies gilt für die Mitwirkung bei der Begründung und Gestaltung privater Rechtsverhältnisse, die als Funktion der Freiwilligen Gerichtsbarkeit genannt wird,<sup>7</sup> die von den Gerichten aber auch in Verfahren der streitigen Gerichtsbarkeit wahrgenommen wird. Dies gilt für Mitwirkung bei der Begründung und Gestaltung privater Rechtsverhältnisse im Rahmen von Prozessvergleichen, aber

Der Beitrag geht zurück auf den Vortrag, den Professor Dr. Claus Ott anlässlich der 3. Berufspolitischen Tagung „Notariat in Europa“ in Brüssel gehalten hat (s. *notar* 2003, S. 24 ff.).

\* Herrn Rechtsreferendar *Mihai Vuia* danke ich herzlich für seine Mithilfe bei der Literaturrecherche und bei der Fertigstellung des Aufsatzes.

- 1 *Keidel/Amelung*, FGG, 15. Aufl. 2003, § 1 Rn. 2.
- 2 *Brehm*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 3. Aufl. 2002, Rn. 11.
- 3 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 15. Aufl. 1993, § 11 II.
- 4 *Münzel*, ZfP 66 (1953), S. 334 ff.
- 5 *Brehm*, (Fn. 2) Rn. 12.
- 6 *Habscheid*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 7. Aufl. 1983, S. 20; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, (Fn. 3) § 11 I.
- 7 *Brehm*, (Fn. 2) Rn. 12.

auch für streitige Urteile, denen Konstitutivwirkung bei der Begründung und Beendigung von Rechtsverhältnissen zukommt wie bei statusändernden Entscheidungen (Scheidungs- und Sorgerechtsurteile im Familienrecht, Auflösungsurteile im Gesellschaftsrecht, § 133 HGB), im weiteren Sinn aber auch für Leistungsurteile und Feststellungsurteile, die zwar nicht materiellrechtlich konstitutiv wirken, die aber private Rechtsverhältnisse verbindlich festlegen. Ebenso ist der Schutz des Rechtsverkehrs vor Risiken bei nicht feststellbarer Rechtslage in dieser Allgemeinheit keineswegs eine Besonderheit der Freiwilligen Gerichtsbarkeit<sup>8</sup>, sondern eine zentrale Aufgabe auch der streitigen Gerichtsbarkeit.<sup>9</sup> Gleiches gilt für die Verhinderung von Beweisproblemen<sup>10</sup> und für die Aufklärung der Vertragsparteien.<sup>11</sup>

## 2. Die Regelungsbereiche der Freiwilligen Gerichtsbarkeit

Die Freiwillige Gerichtsbarkeit umfasst eine Vielzahl von Regelungsbereichen, die nach gängiger Ansicht keine inneren Zusammenhänge aufweisen.<sup>12</sup> Die Bereiche, die der Freiwilligen Gerichtsbarkeit zugeordnet sind, lassen sich nach Kernbereichen<sup>13</sup> wie folgt untergliedern:

- Vormundschafts-, Familien-, Betreuung- und Unterbringungssachen (§§ 35 – 70n FGG);
- Personenstandssachen (PerStG);
- Nachlass- und Teilungssachen (§§ 72–99 FGG);
- Registersachen: (Handelsregister, §§ 125–158 FGG), Vereinsregister (§§ 159–162 FGG), Genossenschaftsregister, Schiffsregister (Seeschiffsregister, Binnenschiffsregister, Schiffsbauregister [Schiff-RegO]), Register für Pfandrechte an Luftfahrzeugen und nicht zuletzt Grundbuch (GBO);
- Beurkundungen.

Hinzu kommen vielfältige weitere Angelegenheiten. Zu erwähnen sind nur das Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Todeserklärung (§§ 13 ff. VerschG), das Verfahren zur Regelung der Rechtsverhältnisse an Wohnung und Hausrat nach der Ehescheidung (§ 13 HausratsVO), das Verfahren in Wohnungseigentumssachen (§ 43 WEG) und das Verfahren nach dem Gesetz über Rechtsberatung und Vertretung für Bürger mit geringem Einkommen (BerHG).

## 3. Freiwillige Gerichtsbarkeit: Rechtsprechung oder Verwaltung?

a) Für eine Untersuchung der Besonderheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit ist zu unterscheiden zwischen den Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit und ihren Besonderheiten einerseits und den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit andererseits.<sup>14</sup> Die Zuordnung zu einem Verfahren der streitigen Gerichtsbarkeit schließt nicht aus, dass es sich dabei um eine Angelegenheit handelt, die ihrer Struktur nach zur freiwilligen Gerichtsbarkeit zu rechnen ist.<sup>15</sup> Umgekehrt gilt Entsprechendes: streitige Rechtsangelegenheiten können einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugewiesen sein.<sup>16</sup> Eine weitere terminologische Klarstellung ist erforderlich: zur Gerichtsbarkeit ist nicht nur die Rechtsprechung zu rechnen, sondern es gehören dazu auch weitere Tätigkeiten der Gerichte, die einen spezifisch richterlichen Bezug aufweisen, d.h. nur Recht und Gesetz unterworfen sind und unabhängig von Weisungen erfolgen.<sup>17</sup> Zur Rechtsprechung werden jene richterlichen Tätigkeiten gezählt, durch die verselbständigte und verbindliche Feststellungen, die der materiellen Rechtskraft fähig sind, über Rechte oder Rechtsverhältnisse getroffen werden.<sup>18</sup> Rechtsprechung in diesem Sinn bildet den Kern der streitigen Gerichtsbarkeit, ist aber – wie noch zu zeigen ist – nicht auf diese beschränkt, sondern findet auch in Teilbereichen der freiwilligen Gerichtsbarkeit statt.<sup>19</sup> Zur freiwilligen

Gerichtsbarkeit gehören vor allem aber weisungsunabhängige Tätigkeiten des Richters, die Rechte und Rechtsverhältnisse des Privatrechts zum Gegenstand haben, aber nicht Rechtsprechung, sondern Verwaltung darstellen.<sup>20</sup> Die Besonderheit dieser Verwaltungstätigkeit ist, dass sie sich auf Rechtsverhältnisse des Privatrechts bezieht. Hierauf bezieht sich auch die Bezeichnung der freiwilligen Gerichtsbarkeit als vorsorgende Rechtspflege.<sup>21</sup>

8 So aber *Brehm*, (Fn. 2) Rn. 12.

9 Verwiesen sei vor allem auf die Herausbildung von Rechtsgrundsätzen zur Rechtsscheinhaltung durch die Prozessgerichte.

10 Vgl. zur Umkehr der Beweislast bei der Verletzung von Aufklärungspflichten *BGH*, Ur. v. 20.9.1996 – V ZR 173/95, *NJW-RR* 1997, 144 f.; *BGH*, Ur. v. 18.6.1996 – VI ZR 121/95, *NJW* 1996, 2503.

11 S. *Brehm*, (Fn. 2) Rn. 12. Zur Herausbildung von Aufklärungspflichten im materiellen und im Verfahrensrecht durch die Rechtsprechung in streitigen Verfahren s. nur *BGH*, Ur. v. 19. 12. 2000 – XI ZR 349/99, *BGHZ* 146, 235 ff. (Aufklärungspflicht einer Bank im Rahmen eines Depotvertrages); *BGH*, Ur. v. 19.6.1986 – I ZR 65/84, *WM* 1986, 1442 ff. (Aufklärungspflicht des Abmahnenden gegenüber dem Abgemahnten).

12 *Brehm*, (Fn. 2) Rn. 3.

13 Eine Zusammenstellung der Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit im Einzelnen findet sich bei *Keidel/Amelung*, (Fn. 1) § 1 Rn. 30–110b.

14 Dazu schon *Blomeyer*, Festschrift für *Hedemann*, 1938, S. 191, 195.

15 *Bumiller/Winkler*, FGG, 7. Aufl. 1999, § 1 Rn. 2; *Habscheid*, (Fn. 6) S. 28 ff.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, (Fn. 3) § 11 II, III.

16 Dies gilt etwa für Angelegenheiten gem. § 43 WEG (Streitigkeiten um Rechte und Pflichten von Wohnungseigentümern bzw. Verwaltern).

17 *Blomeyer*, (Fn. 14) S. 192. Tätigkeiten der Justizverwaltung sind demgemäß nicht Teil der Gerichtsbarkeit.

18 *Bettermann*, Festschrift für *Lent*, 1957, S. 24 f.

19 S. dazu unten sub I. 4.

20 *Bettermann*, (Fn. 18); *Blomeyer*, (Fn. 14) S. 197; *Bumiller/Winkler*, (Fn. 15) § 1 Rn. 6.

21 *Habscheid*, (Fn. 6) S. 32 f.



b) Rechtsprechung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind die Angelegenheiten, in denen es um die verbindliche Feststellung oder Gestaltung konkreter Rechtsbeziehungen nach Maßgabe der Privatrechtsordnung geht.<sup>22</sup> Kennzeichnend hierfür ist, dass die richterliche Entscheidung die materielle Rechtslage feststellt. Dies kann darin bestehen, dass die schon eingetretene materielle Wirkung festgestellt wird, oder auch darin, dass die nach der festgestellten materiellen Rechtslage nach dem Gesetz folgende Rechtswirkung ausgesprochen und damit herbeigeführt wird, wie im Falle der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und der Vertretungsmacht oder der Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund bei OHG und KG (§§ 117, 127, 133 Abs. 1 HGB).<sup>23</sup>

Die Streiterledigung durch Richterspruch ist nicht nur eine Aufgabe der streitigen Gerichtsbarkeit, vielmehr fin-

det Rechtsprechung in diesem Sinne auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit statt. Hierzu sei verwiesen auf Entscheidungen im Rahmen des WEG über Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer sowie über Rechte und Pflichten des Verwalters bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums und über die Gültigkeit von Beschlüssen der Wohnungseigentümer (§ 43 Abs. 1 WEG), auf die Regelung der Rechtsverhältnisse an Wohnung und Hausrat nach der Ehescheidung (§§ 1, 13 Abs. 1 HausratsVO), weiter auf Entscheidungen des Familiengerichts bei der Durchführung von Zugewinn- und Versorgungsausgleich (§§ 1382, 1383, 1587b und f BGB), die im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergehen (§§ 53a ff. FGG). Im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit entscheidet das Vormundschaftsgericht über die Aufhebung von Beschränkungen eines Ehegatten, gem. § 1357 Abs. 1 BGB Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs mit Wirkung auch für den anderen Ehegatten zu besorgen (§§ 1357 Abs. 2 BGB, 53 FGG).<sup>24</sup> Weiter sind zu nennen gerichtliche Entscheidungen im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 145 Abs. 1 FGG) in aktienrechtlichen Streitigkeiten<sup>25</sup> und in Bezug auf die Abberufung von Abschlussprüfern im Bilanzrecht<sup>26</sup>.

c) Nicht Rechtsprechung, sondern Verwaltung im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit stellen die Angelegenheiten dar, die die Genehmigung von Rechtsgeschäften und die Bestellung oder Abberufung von Vertretern, Verwaltern und Liquidatoren betreffen; die Abberufung ist jedoch ein Akt der Rechtsprechung, wenn sie erfolgt, weil der Antragsteller einen wichtigen Grund für die Abberufung hat.<sup>27</sup> Verwaltende Tätigkeit im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist insbesondere die Führung der öffentlichen Bücher und Register.<sup>28</sup>

d) Die Relevanz dieser Klassifizierungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit erscheint im Hinblick darauf jedenfalls

für die Praxis als gering, weil der Gesetzgeber durch Zuweisung bestimmter Angelegenheiten an die freiwillige Gerichtsbarkeit klare Entscheidungen getroffen und das jeweils anzuwendende Verfahren festgelegt hat. So konnte man sich für das deutsche Recht mit der Feststellung begnügen, dass die Frage nach dem „Wesen“ der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf sich beruhen kann.<sup>29</sup> Dazu beigetragen hat die Entwicklung des Rechts der Freiwilligen Gerichtsbarkeit seit Beginn des 20. Jhd., die dadurch gekennzeichnet war, dass diesem Verfahren eine „verwirrende Fülle verschiedenartigster Aufgaben“ aufgebürdet und „systemlos von allen Seiten alles Mögliche in dieses Verfahren hineingetragen worden“ ist.<sup>30</sup> Für die Rechtsanwendung hat das Bemühen um eine systematische Klärung dieser Regelungsmaterie kaum Bedeutung.<sup>31</sup> Abgrenzungsfragen ergeben sich nach positivem nationalen Recht vor allem gegenüber der streitigen Gerichtsbarkeit, haben praktische Bedeutung aber nur in Bezug auf Fragen der Zuständigkeiten sowie der Bindungswirkung von Entscheidungen des einen Bereichs für den anderen.<sup>32</sup> Insofern erscheint eine Hinterfragung der Struktur und Systematik der Freiwilligen Gerichtsbarkeit als verzichtbar.<sup>33</sup>

e) Die Frage nach der Rechtsnatur der Freiwilligen Gerichtsbarkeit stellt sich jedoch im Hinblick auf die Bestimmungen des Europarechts über die Gewährleistung der Grundfreiheiten des Binnenmarktes und ihre zulässigen Beschränkungen. Um einen Ausschnitt aus dieser Problematik geht es bei der Kontroverse zwischen der EG-Kommission und der deutschen Bundesregierung und anderen Regierungen um die Vereinbarkeit der Ausgestaltung des Notariats lateinischer Prägung als hoheitliche Tätigkeit mit den die Freizügigkeit und die Dienstleistungsfreiheit regelnden Bestimmungen des EG-Vertrags<sup>34</sup>. Gem. Art. 45 EGV finden die Bestimmungen des EG-Vertrags zur Niederlassungsfreiheit keine Anwendung auf Tätigkeiten, die dauernd oder zeitweise mit

22 *Blomeyer*, (Fn. 14) S. 193.

23 *Münzel*, (Fn. 4) S. 344.

24 Weitere Beispiele sind die Entscheidungen über den Antrag auf Entlassung eines Testamentsvollstreckers, § 2227 BGB, über abweichende Arten des Pfandverkaufs, § 1246 Abs. 2 BGB i.V.m. § 166 FGG, und über Meinungsverschiedenheiten zwischen Gründern und Gründungsprüfern gem. § 35 Abs. 2 AktG.

25 AktG §§ 35 Abs. 2 (Meinungsverschiedenheiten zwischen Gründern und Abschlussprüfern), 103 Abs. 3 (Abberufung eines Aufsichtsratsmitglieds), 265 Abs. 3 (Bestellung oder Abberufung von Abwicklern).

26 § 318 Abs. 3 HGB.

27 *Bettermann*, (Fn. 18) S. 35.

28 *Bettermann*, (Fn. 18) S. 27; *Münzel*, (Fn. 23) S. 353. Hierzu zählen Grundbuch, Handelsregister, Vereinsregister, Genossenschaftsregister, Schiffsregister, Register über Pfandrechte an Luftfahrzeugen.

29 *Keidel/Amelung*, (Fn. 1), § 1 Rn. 1.

30 *Münzel*, (Fn. 4) S. 374.

31 S. aber *Münzel*, (Fn. 4).

32 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, (Fn. 3) § 11 III. 2. und 3.

33 *Keidel/Amelung*, (Fn. 1) § 1 Rn. 1.

34 Im Folgenden sind alle nicht anders gekennzeichneten Artikel solche in der Fassung des Vertrages von Nizza vom 26.2.2001 (BGBl. II 2001, S. 1667).

der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Gleiches gilt für die Dienstleistungsfreiheit (Art. 55 EGV). Die Frage nach der hoheitlichen Natur der Aufgaben des Notariats hängt unmittelbar zusammen mit der Rechtsnatur der Bereiche der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, in denen ein enger Zusammenhang zwischen den Aufgaben und Tätigkeiten der Gerichte und derjenigen der Notare besteht.

Die Notwendigkeit einer Klärung der Rechtsnatur der Aufgaben der Freiwilligen Gerichtsbarkeit ergibt sich daraus, dass die Zuordnung bestimmter Aufgaben zur Freiwilligen Gerichtsbarkeit durch den deutschen Gesetzgeber von der EG-Kommission nicht als europarechtlich bindend angesehen wird. Die EG-Kommission verwendet als Maßstab für die Beurteilung bekanntlich die streitige Gerichtsbarkeit und unterscheidet davon die nicht mit staatlicher Gewalt versehene Schiedsgerichtsbarkeit. Die Tätigkeit der Notare ist nach Ansicht der EG-Kommission nicht der Ausübung hoheitlicher Gewalt zuzuordnen, sondern ihrer Art nach mit der Schiedsgerichtsbarkeit zu vergleichen.

#### **4. Freiwillige Gerichtsbarkeit: Ausübung öffentlicher Gewalt oder gewillkürte Staatsaufgabe?**

Die Kennzeichnung der Freiwilligen Gerichtsbarkeit als vorsorgende Rechtspflege und die Umschreibung ihrer Funktionen lassen nicht nur eine stringente Abgrenzung gegenüber dem Aufgabenbereich der streitigen Gerichtsbarkeit und gegenüber staatlicher Verwaltungstätigkeit vermissen, sie belegen auch nicht, dass die der Freiwilligen Gerichtsbarkeit von Gesetzes wegen übertragenen Aufgabenbereiche durchgängig Besonderheiten aufweisen, die eine Wahrnehmung durch staatliche Organe als hoheitliche Aufgabe notwendig machen.

a) In einigen Bereichen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt es sich um Aufgaben, deren Qualifizie-

rung als staatlich-hoheitliche Aufgaben evident erscheint. Hierbei handelt es sich um Maßnahmen, die in den zivilrechtlichen Status von Personen eingreifen, ohne durch die Privatautonomie der Betroffenen gedeckt zu sein. Dies gilt vor allem für Vormundschafts-, Betreuungs- und Unterbringungssachen. Eingriffe in den allgemeinen Rechtsstatus von Personen aus Gründen der Fürsorge entziehen sich der privatautonomen Gestaltung, weil der Rechtsstatus einer Person durch die Bestellung eines mit Rechtsmacht ausgestatteten Betreuers nicht zur Disposition durch Akte der Privatautonomie steht. Derartige Eingriffe können nur durch Maßnahmen hoheitlicher Gewalt vorgenommen werden. Entsprechendes gilt für Verfahren in Unterbringungssachen, soweit Unterbringungsmaßnahmen mit Freiheitsentziehungen vorliegen; über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung hat nach der Verfassung nur der Richter zu entscheiden (Art. 104 Abs. 2 GG). Andere Maßnahmen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit unterscheiden sich nach Anlass und Wirkung kaum von Maßnahmen der streitigen Gerichtsbarkeit, weil sie in subjektive Rechte eingreifen, und sind deshalb ihrer Natur nach ebenfalls eindeutig hoheitlicher Art. Als Beispiel sei hier verwiesen auf rechtsgestaltende Entscheidungen über die Regelung der Rechtsverhältnisse an der Wohnung und am Hausrat gem. der HausratsVO.

b) Zum klassischen Bereich der Freiwilligen Gerichtsbarkeit gehören aber auch Aufgaben, bei denen es nicht ohne weiteres einsichtig erscheint, dass sie hoheitlicher Art sind. Das betrifft vor allem den Bereich der Registerangelegenheiten, deren Führung den Amtsgerichten zugewiesen ist. Öffentliche Register wie das Grundbuch oder das Handelsregister – um nur zwei besonders wichtige Register zu nennen – haben für den rechtsgeschäftlichen Verkehr große Bedeutung als verlässliche Informationsquellen. Daraus folgt jedoch noch nicht, dass die Einrichtung und Füh-

rung von Registern ihrer Eigenart nach eine hoheitliche Aufgabe darstellt. Die Existenz vieler nicht-staatlich geführter öffentlicher Register, die in wichtigen Bereichen des Rechtsverkehrs die Aufgabe der Beschaffung und Verwaltung von rechtlich oder praktisch relevanten Informationen dienen, zeigt dies. Als Beispiele für solche Register seien genannt Telefonbücher, Gelbe Seiten, die Schufa- und die Schwacke-Liste,<sup>35</sup> Auflistungen der Beteiligungsverhältnisse und der Verflechtungen in der Wirtschaft<sup>36</sup>, das Gotha-Handbuch des Adels<sup>37</sup>, die diversen Ausgaben des Who is who?<sup>38</sup> und die Websites im Internet nebst Suchmaschinen.

Alle diese Register dienen der Informationsbeschaffung und der Herstellung von Transparenz der Marktverhältnisse, wenn auch die Unterschiede zu Registern wie Grundbuch, Handels- und Vereinsregister und ähnlichen Registern auf der Hand liegen. Andererseits beweisen nicht-staatliche Systeme der Informationsbeschaffung und der Herstellung von Transparenz etwa im Grundstücksverkehr, dass derartige Register nicht notwendigerweise dem Staat und hoheitlicher Tätigkeit vorbehalten sind. Der US-amerikanische Grundstücksverkehr stützt sich bekanntlich auf die privatrechtlich organisierten Institutionen der „title insurance“, die im Prinzip die gleichen Funktionen wie das deutsche Grundbuchwesen erfüllen<sup>39</sup>: Sie dienen der Beschaffung, Sammlung und Verwaltung der für Grundstücksverkehrsgeschäfte relevanten Informationen sowie dem Schutz der Teilnehmer am Grundstücksverkehr vor den Risiken von Informationsdefiziten. Die Frage,

35 Herausgegeben von der Eurotax-Schwacke GmbH, 2003.

36 Vgl. Commerzbank: wer gehört zu wem? A guide to capital links in West German Companies, 20. Aufl., 2000.

37 Gothaisches Genealogisches Taschenbuch der adligen Häuser, Gotha 1940; Genealogisches Handbuch des Adels, hrsg. von C.A. Starke, Limburg/Lahn.

38 Marquis Who is Who, herausgegeben seit 1899.

39 S. dazu näher Hay, US-Amerikanisches Recht, 2000, Rn. 401 ff.

um die es hier geht, ist nicht, ob privat geführte Register funktional und kostenmäßig gleichwertig oder besser sind als die öffentlichen Register des deutschen Rechts. Maßgeblich ist vielmehr zunächst die Frage, ob die rechtliche Ausgestaltung der öffentlichen Register nach deutschem Recht bewirkt, dass die Führung dieser Register unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verknüpft ist. Hierauf wird noch im Einzelnen eingegangen werden.

c) Die Kontroverse um die Einordnung der Tätigkeit der Notare wirft darüber hinaus die Frage auf, inwieweit Aufgaben, die im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit anfallen, die aber nicht von den Gerichten wahrgenommen werden, sondern die vom Gesetzgeber auf Notare übertragen worden sind, in unmittelbarer und spezifischer Weise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Zu den Aufgaben des Staates gehört es nach deutschem Rechtsverständnis, den Bürgern die Möglichkeit zu einer mit besonderer Beweiskraft ausgestatteten Beurkundung zu eröffnen, vor allem dann, wenn die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts von der Wahrung einer solchen Form abhängig gemacht wird.<sup>40</sup> Ursprünglich und bis zum Jahre 1969 gehörte die Erstellung öffentlicher Urkunden unmittelbar auch zu den Aufgaben der Gerichte im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.<sup>41</sup> Die Übertragung der hoheitlichen Urkundsgewalt des Staates außer auf Be-

hörden<sup>42</sup> auch auf besondere Amtsträger ändert nichts an der engen funktionalen Verknüpfung dieser Urkunden mit Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit.<sup>43</sup>

d) Wie schon erwähnt, sind die zur Kennzeichnung der Freiwilligen Gerichtsbarkeit verwendeten Beschreibungen ungeeignet für die Frage, ob die in diesem Bereich anfallenden Tätigkeiten mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Die staatliche Hilfestellung zum reibungslosen Funktionieren des Rechtsverkehrs ist mit der Ausübung öffentlicher Gewalt nur verbunden, wenn sie mit hoheitlichen Eingriffen in individuelle Rechtspositionen verknüpft ist. Das trifft aber nicht auf jede Art der staatlichen Hilfeleistung zu. So ist die Bereitstellung einer privatrechtlichen Reserveordnung durch dispositives Gesetzesrecht eine staatliche Hilfestellung zur Reduzierung von Transaktionskosten im rechtsgeschäftlichen Verkehr, deren Benutzung aber von der privatautonomen Entscheidung der Verkehrsteilnehmer abhängt. Auch die staatliche Anerkennung von Schiedsgerichten ist eine solche nicht in die Selbstbestimmung eingreifende staatliche Hilfeleistung. Die Verwirklichung der Privatrechtsordnung zum Schutz privater Rechte ist vielmehr nur dann mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden, wenn damit Eingriffe in den rechtlichen Status von Personen verbunden sind wie im Falle von Vormundschafts- und Betreuungssachen oder Eingriffe in die Privatautonomie wie in den Angelegenheiten der HausratsVO.

## 5. Freiwillige und streitige Gerichtsbarkeit im Vergleich

a) Für die Beurteilung der Rechtsnatur der Freiwilligen Gerichtsbarkeit liegt es nahe, einen Vergleich mit der streitigen Gerichtsbarkeit vorzunehmen. Die EG-Kommission zieht die richterliche Tätigkeit ausdrücklich als Vergleichsmaßstab zur Beurteilung der Frage heran, ob Beurkundungen und

die Anbringung von Vollstreckungsklauseln sowie die freiwillige Gerichtsbarkeit insgesamt eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellt.<sup>44</sup> Dabei versteht die Kommission unter richterlichen Tätigkeiten im Sinne einer Ausübung öffentlicher Gewalt offenbar nur solche Tätigkeiten, die der streitentscheidenden, strafverhängenden oder rechtsfortbildenden Tätigkeit von Richtern vergleichbar sind.

Dabei müssen die nicht auf den Privatrechtsverkehr bezogenen Bereiche der Gerichtsbarkeit von vornherein ausscheiden. Die „strafverhängende“ Tätigkeit von Richtern muss demgemäß als Vergleichsmaßstab – entgegen der Ansicht der EG-Kommission – außer Betracht bleiben.<sup>45</sup> Außer Frage steht, dass die Tätigkeit der Richter in streitigen Zivilrechtsverfahren mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist.<sup>46</sup> Jedoch ist das Kriterium der streitentscheidenden Tätigkeit von Richtern nicht geeignet, streitige und freiwillige Gerichtsbarkeit zu unterscheiden. Wie dargelegt findet eine streitentscheidende Tätigkeit von Richtern auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit statt.<sup>47</sup> Mit einer Streitentscheidung durch Rechtsanwendung ist in der freiwilligen Gerichtsbarkeit in gleicher Weise wie in der streitigen Gerichtsbarkeit eine rechtsfortbildende Tätigkeit verknüpft, da auch gegen Entscheidungen in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit Rechtsmittel gegeben sind (§§ 19, 27 FGG) und Bestimmungen zur Wahrung der Rechtseinheit im Rechtsmittelverfahren eingreifen (§ 28 Abs. 2 FGG).

b) Im Übrigen stellt sich die streitige Gerichtsbarkeit bei näherem Zusehen weniger als ein auf die streitentscheidende Tätigkeit von Richtern beschränkter einheitlicher Bereich, sondern vielmehr als eine Gemengelage verschiedener Verfahrensarten unter Einschluss von Elementen freiwilliger Gerichtsbarkeit dar, die einer grundsätzlichen Unterscheidung beider Bereiche der Gerichtsbarkeit entgegensteht.<sup>48</sup> Hinzu kommt, dass die

40 Münzel, (Fn. 4) S. 353 (zu den Wurzeln im römischen Recht S. 351).

41 §§ 167–184 FGG, aufgehoben durch Gesetz vom 28.8.1969.

42 Habscheid, (Fn. 6) S. 20.

43 Habscheid, (Fn. 6), S. 19 f.

44 Ergänzendes Aufforderungsschreiben der Kommission vom 16.7.2002, SG (2002) D/220099, sowie Schreiben der Kommission vom v. 8.11.2000, SG (2000) D/108215.

45 Schreiben vom 16.7.2002 an die Bundesregierung; dazu Mitteilung der Bundesregierung vom 31.10.2002.

46 Schreiben der Kommission vom v. 8.11.2000, SG (2000) D/108215.

47 S. oben sub I. 3. b).

48 Münzel, (Fn. 4) S. 340.

streitige Zivilgerichtsbarkeit privatautonomie Elemente aufweist und sich nicht auf eine streitentscheidende Tätigkeit von Richtern reduzieren lässt. Der Zivilprozess ist Parteibetrieb, nicht Amtsbetrieb; es gilt der Verhandlungsgrundsatz, wonach allein die Parteien den Streitstoff in den Prozess einführen und seine Feststellung betreiben,<sup>49</sup> und der Dispositionsgrundsatz, wonach die Parteien die Verfügungsfreiheit über den Streitgegenstand besitzen.<sup>50</sup> Der Zivilprozess führt auch nicht notwendig zu einer Konfliktlösung durch richterliches Urteil. Vielmehr ist der Richter gehalten, in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht zu sein (§ 278 Abs. 1 ZPO). Den Verfahren, die ab dem 1.1.2002 anhängig geworden sind, muss in der Regel eine Güteverhandlung vorausgehen (§§ 278 Abs. 2, 279 ZPO). Zudem kann durch Landesrecht angeordnet werden, dass bei Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von EUR 750,- und bei bestimmten anderen Streitigkeiten erst dann Klage erhoben werden kann, nachdem von einer Gütestelle erfolglos versucht worden ist, die Streitigkeit einvernehmlich beizulegen (§ 15a EGZPO). Von dieser Regelungskompetenz haben eine Reihe von Bundesländern Gebrauch gemacht.<sup>51</sup> In beträchtlichem Umfang werden zivilrechtliche Streitigkeiten vergleichsweise beigelegt.<sup>52</sup> Die Beendigung von Zivilprozessen durch streitiges Urteil tritt gegenüber der Gesamtzahl der anderweitigen Erledigungen, zu denen außer Vergleichen u.a. Versäumnis- und Anerkenntnisurteile sowie Zurücknahmen von Klagen bzw. Rechtsmitteln gehören, insgesamt deutlich zurück.<sup>53</sup> Rechtspolitisch ist der Konfliktlösung durch Vergleich in neuerer Zeit vielfach eine besondere Bedeutung gegenüber der streitigen Konfliktentscheidung beigemessen worden.<sup>54</sup> Aber auch in der wissenschaftlichen Diskussion werden nichtstreitige Konfliktlösungen und dabei insbesondere die Konfliktlösung durch Mediation als vielfach bessere Alternativen zum Urteil angesehen.<sup>55</sup> Demgegenüber ist jedoch

auch auf die Grenzen einer vergleichsorientierten Konfliktlösung durch die Zivilgerichte hingewiesen: die Gerichte sind keine staatlichen Schiedsstellen, der Kompromiss darf nicht generell an die Stelle der Verwirklichung des Rechts treten.<sup>56</sup> Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die besondere Funktion der Rechtsentwicklung und Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung anhand der den Gerichten unterbreiteten Konfliktstoffe, die nur durch Urteile in streitigen Verfahren erfüllt werden kann.

c) Der Versuch, die Abgrenzung danach vorzunehmen, dass die streitige Gerichtsbarkeit der Anerkennung vorhandener Rechte, die freiwillige Gerichtsbarkeit dagegen der Neuschaffung von Rechten diene, scheidet am geltenden Recht.<sup>57</sup> Auch die freiwillige Gerichtsbarkeit dient in erheblichem Umfang der Sicherung vorhandener Rechte.<sup>58</sup> Andererseits beschränken sich die Kompetenzen der streitigen Gerichtsbarkeit nicht auf die Feststellung vorhandener Rechte, sondern umfassen auch die Rechtsgestaltung.<sup>59</sup>

49 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, (Fn. 3) § 78 II.

50 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, (Fn. 3) § 79 I.

51 Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein.

52 Von den im Jahre 2000 bei Amtsgerichten in Zivilprozessen insgesamt erledigten Verfahren (1.478.992) sind durch streitiges Urteil erledigt worden 416.636 Verfahren (= 28.1 %) und durch Vergleich 146.820 Verfahren (= 9.93 %). Von den bei Landgerichten in erstinstanzlichen Verfahren insgesamt erledigten Zivilprozessen (392.063) sind durch streitiges Urteil erledigt worden 109.345 Verfahren (= 27.88 %) und durch Vergleich 68.864 Verfahren (= 17.56 %). In Berufungsverfahren sind bei den Landgerichten im Jahre 2000 insgesamt 94.341 Zivilprozesse erledigt worden, davon 48.720 Verfahren (= 51.64 %) durch streitiges Urteil und 11.766 Verfahren (= 12.47 %) durch Vergleich. Bei den Oberlandesgerichten sind im Jahre 2000 65.533 Zivilprozesse erledigt worden, davon 27.628 (= 42.16 %) durch streitiges Urteil und 12.141 Verfahren (= 18.53 %) durch Vergleich. In den übrigen Verfahren ist die Erledigung durch sonst. Urteile, Beschlüsse, Zurücknahmen von Klagen bzw. Rechtsmitteln und durch andere Erledigungsarten erfolgt. Quelle: Statistisches Jahrbuch, 2002.

53 Auf die Gesamtzahl der bei Amts-, Land- und Oberlandesgerichten im Jahre 2000 erledigten Zivilprozesse entfallen 602.329 Erledigungen durch streitiges Urteil (= 29.65 %).

54 Vgl. hierzu *Jauernig*, Zivilprozessrecht, 28. Aufl. 2003, § 48 VIII.; *Stürner*, DRiZ 1976, 202; *ders.*, JR 1979, 133; *M. Wolf*, ZP 89 (1976), 260.

55 *W. Gottwald*, AnwBl 2000, 265; *Duve*, BB 2001, 692; *Stubbe*, BB 2001, 685; *Risse*, NJW 2000, 1614; *Ponschab/Dendorfer*, BB 2001, Beil. Nr. 2, 1 ff.; *Hehn/Rüssel*, BB 2001, Beil. 2, 16 ff., 22 ff.; *Eidenmüller*, in: Breidenbach/Henssler, Hrsg., Mediation für Juristen, 1997, S. 31–55.

56 *Jauernig*, (Fn. 54) § 48 VIII.; *Stürner*, (Fn. 54) S. 202; *ders.*, (Fn. 54) S. 133; *M. Wolf*, (Fn. 54) S. 260 ff.

57 Dazu *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, (Fn. 3) § 11 II.

58 Hierzu sind zu rechnen die Anordnung der Nachlassverwaltung durch das Nachlassgericht (§ 1981 BGB), die Anordnung von Ordnungsgeld bei Firmenmissbrauch durch das Registergericht (§ 37 Abs. 1 HGB), das Verfahren zur Einziehung oder Kraftloserklärung eines unrichtigen Erbscheins (§ 2361 BGB), das Verfahren zur Ablieferung eines Testaments (§ 83 FGG i.V.m. § 2259 BGB).

59 Hingewiesen sei nur auf die Vertragsumgestaltung durch den Richter nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB), die Herabsetzung einer Vertragsstrafe durch den Richter (§ 343 BGB), die gerichtliche Ehescheidung (§ 1564 BGB), über die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis von OHG- und KG-Gesellschaftern (§§ 117, 127 HGB) und die Auflösung einer OHG oder KG (§§ 131 Abs. 1 Nr. 4, 133 HGB) sowie über den Ausschluss von Gesellschaftern einer OHG oder KG (§§ 140, 161 HGB). Weitere Beispiele für die Rechtsgestaltung durch richterliche Entscheidungen in der streitigen Gerichtsbarkeit betreffen die Abänderungsklage (§ 323 ZPO), die Erbnunwürdigkeitsklage (§ 2342 BGB) und die Vollstreckungsabwehrklage (§§ 767, 785 ZPO).

Die Zuordnung von Rechtsangelegenheiten zur freiwilligen Gerichtsbarkeit lässt sich danach nicht auf die besondere Struktur dieser Rechtsangelegenheiten und auch nicht auf die besondere Struktur der Entscheidungsprozesse und auf die Auswirkungen der Entscheidungen, die hier getroffen werden, zurückführen. Vielmehr ist festzustellen, dass der Gesetzgeber bestimmte Angelegenheiten aus Gründen der Zweckmäßigkeit, zur einfacheren und schnelleren Erledigung, aus dem Verfahren der streitigen Gerichtsbarkeit herausgenommen und besonderen Verfahren zugewiesen hat, die unter der Bezeichnung freiwillige Gerichtsbarkeit zusammengefasst werden.<sup>60</sup>

d) Soweit die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sich als Verwaltungstätigkeit im Dienste der Privatrechtsordnung<sup>61</sup> darstellen, liegt ein Vergleich der vorsorgenden Rechtspflege mit der staatlichen Daseinsvorsorge zunächst näher als mit der staatlichen Eingriffsverwaltung.

Die Verwaltungstätigkeit des Staates besteht hier in der Bereitstellung von Institutionen wie Grundbuch und Handelsregister und in der Gewährleistung ihrer Richtigkeit. Dies betrifft unter anderem Bereiche des Rechtsverkehrs, die zwar ohne Mitwirkung des Staates abgewickelt und vollzogen werden, in denen aber eine besondere staatliche Hilfestellung für das reibungslose Funktionieren des Rechtsverkehrs erfolgt.<sup>62</sup> Ob diese Hilfestellung notwendigerweise stets staatlich organisiert sein muss oder auch von nicht-staatlichen Einrichtungen erbracht werden kann, hängt davon ab, ob damit auch Eingriffe in die Selbstbestimmung der Teilnehmer am rechtsgeschäftlichen Verkehr verbunden sind. Hierauf ist zurückzukommen.

## 6. Europarechtliche Einordnung der Tätigkeiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

a) Tätigkeiten, die dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, sind von den Bestimmungen des Europarechts über die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit ausgenommen (Art. 45 Abs. 1, 55 EGV). Die Frage, welche Tätigkeiten eine Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen, nach welchen Kriterien dies zu beurteilen ist und inwieweit eine Zuordnung durch das Recht der Mitgliedstaaten dabei relevant ist, hat aktuelle Bedeutung insbesondere für die europarechtliche Einordnung des Notariats und für die Frage, ob es mit den Bestimmungen des EG-Vertrags vereinbar ist, die Tätigkeit der Notare als Ausübung öffentlicher Gewalt dem Staatsangehörigkeitsvorbehalt zu unterwerfen. Die EG-Kommission vertritt hierzu bekanntlich die Ansicht, dass die Tätigkeit der Notare, auch soweit sie eine Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstelle, viel eingeschränkter als die des Richters oder Staatsanwalts sei und deshalb das Erfordernis der Staatsangehörigkeit nicht rechtfertigen könne.<sup>63</sup> Die Bundesregierung vertritt demgegenüber die Po-

sition, wonach die Tätigkeit der Notare insgesamt mit der Ausübung öffentlicher Gewalt gem. Art. 45 Abs. 1 EGV verbunden sei.<sup>64</sup>

b) Vor einer materiellen Beurteilung und Einordnung dieser Tätigkeiten stellt sich die Frage, ob es einem Mitgliedstaat zumindest innerhalb gewisser gemeinschaftsrechtlicher Grenzen grundsätzlich freisteht, zu entscheiden, welche Tätigkeiten hoheitlich ausgestaltet werden. Nach Ansicht der Bundesregierung ist Art. 45 Abs. 1 EGV dahin zu verstehen, dass den Mitgliedstaaten die Befugnis zusteht, durch eine souveräne Entscheidung, Tätigkeiten in ihrem Staatsgebiet mit der Ausübung öffentlicher Gewalt zu verbinden.<sup>65</sup> Dies soll unabhängig davon gelten, ob nach dem Recht eines Mitgliedstaates eine Tätigkeit das Staatsangehörigkeitserfordernis rechtfertigt.<sup>66</sup> Dagegen steht die von der Kommission vertretene Auslegung des Art. 45 Abs. 1 EGV, die im Begriff der öffentlichen Gewalt einen Gemeinschaftsbegriff sieht, der vom EuGH auszulegen ist und der zudem als Ausnahme von einem im Vertrag verankerten grundlegenden Recht dem Grundsatz der engen Auslegung unterliegt.<sup>67</sup> Die Kommission stützt sich hierbei insbesondere auf ein Urteil des EuGH in der Rechtssache Reyners.<sup>68</sup> In dieser Entscheidung, die sich auf die Niederlassungsfreiheit von Rechtsanwälten bezieht, hat der Gerichtshof ausgeführt, Tätigkeiten im Sinne des Art. 45 EGV müssten eine „unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen“ (Rn. 45). Dies ist in weiteren Entscheidungen bestätigt worden: In einer Entscheidung aus dem Jahre 1993 ging es um Zulassungsbeschränkungen von Wirtschaftsprüfern bei Versicherungsunternehmen.<sup>69</sup> Der EuGH verneinte das Vorliegen der Voraussetzungen der Bereichsausnahme gem. Art. 45 EGV mit der Begründung, dass dem Wirtschaftsprüfer nur eine helfende und vorbereitende Rolle bei der Ausübung öffentlicher Gewalt zukomme. Die Tätigkeit privater Sicherheitsdienste hat der EuGH in einer Ent-

60 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, (Fn. 3) § 11 II.

61 *Brehm*, (Fn. 2), Rn. 9 ff.

62 Dazu *Brehm*, (Fn. 2) Rn. 12.

63 Schreiben der Europäischen Kommission v. 8. 11. 2000, SG (2000) D/108215.

64 Mitteilung der Bundesregierung vom 20.3.2001.

65 Mitteilung der Bundesregierung vom 20.3.2001, unter Ziff. 2.

66 Mitteilung der Bundesregierung vom 20.3.2001, unter Ziff. 3.

67 Schreiben der Europäischen Kommission v. 8. 11. 2000, SG (2000) D/108215, unter Ziff. 3.

68 *EuGH*, Urt. v. 21.6.1974 – Rs. 2/74, Slg. 1974, 631 (Reyners); dass die notarielle Tätigkeit dem freiberuflichen und wirtschaftlichen Bereich und damit im Grundsatz dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EGV unterfällt, hat der EuGH stets angenommen, vgl. hierzu *Hergeth*, *Europäisches Notariat und Niederlassungsfreiheit nach dem EG-Vertrag: Grenzüberschreitende Berufsausübung durch Notare in europarechtlicher Perspektive*, 1995, S. 85 ff.

69 *EuGH*, Urt. v. 13.7.1993 – Rs. 42/92, Slg. 1993, 4047 (Thijssen).

scheidung aus dem Jahre 1998<sup>70</sup> nicht der Ausübung öffentlicher Gewalt zugerechnet, da dem Sicherheitspersonal keinerlei Zwangsbefugnisse verliehen waren. Die Leistung eines Beitrags zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit, zu der jeder verpflichtet sei, stelle keine Ausübung öffentlicher Gewalt dar. In dieser Begründung hat der EuGH weiter ausgeführt, die Bereichsausnahme sei restriktiv auszulegen dahingehend, dass sie nur das umfasse, was zur Wahrung der Interessen der Mitgliedstaaten unbedingt erforderlich sei. Mit Zulassungsbeschränken für Bewachungsunternehmen befassen sich auch zwei weitere Entscheidungen des EuGH, in denen bekräftigt wird, dass sich die Bereichsausnahme auf Tätigkeiten beschränke, die eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen, was auf die Tätigkeit privater Bewachungs- und Sicherheitsunternehmen jedoch nicht zutreffe.<sup>71</sup>

Von besonderem Interesse im vorliegenden Zusammenhang ist eine Entscheidung des EuGH aus dem Jahre 1999<sup>72</sup> zum Begriff der öffentlichen Urkunden im Sinne des Brüsseler Übereinkommens vom 27. 9. 1968.<sup>73</sup> Hierzu führt das Gericht aus, da die unter das Übereinkommen fallenden Urkunden unter den gleichen Voraussetzungen wie gerichtliche Entscheidungen vollstreckt werden, müsse die Beweiskraft dieser Urkunden so unbestreitbar sein, dass sich die Gerichte des Vollstreckungsstaates hierauf verlassen können. Privaturkunden komme als solchen keine derartige Beweiskraft zu, so dass sie erst durch die Beteiligung einer Behörde oder einer anderen vom Ursprungsstaat ermächtigten Stelle zu öffentlichen Urkunden werden.

Auch im rechtswissenschaftlichen Schrifttum wird betont, dass die Bereichsausnahme der öffentlichen Gewalt in Art. 55 EGV (Art. 45 EGV) nach dem Zweck der Vorschrift zu bestimmen sei, wonach es den Mitgliedstaaten ermöglicht werden solle, diejeni-

gen Tätigkeiten ihren eigenen Staatsangehörigen vorzuenthalten, die einer besonderen staatsbürgerlichen Loyalität bedürften; die Bereichsausnahme dürfe daher nur diejenigen Tätigkeiten erfassen, die für sich genommen unmittelbare und spezifische Teilnahme an der öffentlichen Gewalt bedeuten.<sup>74</sup> Von der Bereichsausnahme erfasst würde die Ausübung notarieller Funktionen.<sup>75</sup> Der Generalanwalt *Mayras* hat eine Begriffsbestimmung der öffentlichen Gewalt in der Reyners-Entscheidung dahingehend versucht, dass die öffentliche Gewalt der staatlichen Herrschaftsmacht, dem staatlichen Imperium entspringe; sie beinhalte für denjenigen, der sie ausübe, die Möglichkeit, dem Bürger gegenüber von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien und Zwangsbefugnissen Gebrauch zu machen.<sup>76</sup> Diese Definition wird im Schrifttum dahingehend erweitert, dass der Begriff der öffentlichen Gewalt auch alle Tätigkeiten erfasse, bei denen jemand mit staatlicher Autorität ausgestattet den anderen Staatsbürger durch irgendeine Art des Verwaltungshandelns entgegenetrete, es aber nicht erforderlich sei, dass Verwaltungsakte gesetzt würden.<sup>77</sup> Die im Schrifttum zu findenden Stellungnahmen gleichen damit der Linie des EuGH. Die Tätigkeit des Notars wird im deutschen Schrifttum weitgehend der Ausübung öffentlicher Gewalt zugeordnet.<sup>78</sup>

Der Beruf des Notars ist zudem in einzelnen Richtlinien der EG ausdrücklich ausgenommen worden, so etwa in der Richtlinie über Vermittlertätigkeiten in Handel, Industrie und Handwerk, 64/224/EWG vom 25.2.1964, ABl.64 Nr. 56, S. 896 (Art. 4 Abs. 2) und in der Richtlinie zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs für selbstständige Tätigkeiten des Einzelhandels, 68/363/EWG vom 15.10.1968, ABl. 68 Nr. L 260, S. 1 und 68 Nr. L 297, S. 15 (Art. 4).

c) Eine Überprüfung der kontroversen Ansichten muss vom Wortlaut und von der Systematik des Art. 45

EGV ausgehen. Aus dem Wortlaut der Bestimmung lässt sich ableiten, dass es in der Entscheidung eines Mitgliedstaates liegt, Tätigkeiten mit der Ausübung öffentlicher Gewalt zu verbinden. Daraus folgt aber nicht, dass es den Mitgliedstaaten auch freigestellt ist, selbst abschließend zu bestimmen, welche Tätigkeiten den Tatbestand der Ausübung öffentlicher Gewalt erfüllen. Anders ausgedrückt: es steht den Mit-

70 *EuGH*, Ur. v. 29.10.1998 – Rs. C-114/97, Slg. 1998, 6717 = *EuZW* 1999, 125.

71 *EuGH*, Ur. v. 9.3.2000 – Rs. C-355/98, Slg. 2000, 1221 = *EuZW* 2000, 344 (Kommission/Königreich Belgien); *EuGH*, Ur. v. 31.5.2001 – Rs. C-283/99, Slg. 2001, 4363 = *EuZW* 2001, 603.

72 *EuGH*, Ur. v. 17.6.1999 – Rs. C-260/97, Slg. 1999, 3715 (Uni-Bank).

73 Brüsseler Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen.

74 *Basedow*, *RabelsZ* 55 (1991), 409, 426; *Burgi*, *JuS* 1996, 958, 960; *Geiger*, *EG-Vertrag*, 3. Aufl. 2000, Art. 45 Rn. 4; *Hailbronner/Nachtbauer*, *EuZW* 1992, 105, 110 f.; *Lenz/Scheuer*, *EG-Vertrag*, 2. Aufl. 1999, Art. 45 Rn. 3; *Grabitz/Hilf/Randelzhofer/Forsthoff*, *EG-Vertrag*, Februar 2002, Art. 45 Rn. 8; *Schwarze/Schlag*, *EU-Kommentar*, 1. Aufl. 2000, Art. 45 Rn. 6; *Schweitzer/Hummer*, *Europarecht*, 5. Aufl. 1996, Rn. 1178.

75 *Basedow*, (Fn. 75) S. 426 ff., differenzierend nach den einzelnen Tätigkeiten des Notars; *Burgi*, (Fn. 75) S. 960, differenzierend für den Anwalts-Notar; *Fleischhauer*, *DNotZ* 2002, 325, 360; *Geiger*, (Fn. 75) Rn. 4; *Hirsch*, *DNotZ* 2000, 729, 734; *Ott*, *DNotZ-SH* 2001, 83, 87; *Schweitzer/Hummer*, (Fn. 74); *Groeben/Thiesing/Ehlermann/Troberg*, *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, 5. Aufl. 1997, Art. 55 Rn. 4; zum Streitstand *Fleischhauer*, aaO. S. 356 ff.; *Heinz*, *AnwBl* 2000, 562, 569; *Hergeth*, (Fn. 68) S. 94 ff. jeweils m. v. Nachw.; zur Frage der Abtrennbarkeit von Tätigkeiten eines Berufs, der sowohl Tätigkeiten erfasst, die Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen, als auch solche, die nicht unter diesen Begriff fallen eingehend *Hergeth*, (Fn. 68) S. 189 ff.

76 *Mayras*, Slg. 1974, 631, 657, 665; ebenso *Burgi*, (Fn. 75) S. 959.

77 *Grabitz/Hilf/Randelzhofer/Forsthoff*, (Fn. 75) Rn. 8.

78 S. hierzu die Nachw. in Fn. 76.

gliedstaaten frei, bestimmte Tätigkeiten mit hoheitlichen Befugnissen zu verknüpfen, nicht aber, Tätigkeiten als hoheitlich zu deklarieren, unabhängig davon, ob sie tatsächlich mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Weiter folgt aus dem Wortlaut des Art. 45 EGV, dass es gemeinschaftsrechtlicher Beurteilung unterliegt, ob das Tatbestandsmerkmal der Ausübung hoheitlicher Gewalt im konkreten Fall erfüllt ist. Dafür spricht auch die Systematik der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung. Art. 45 EGV enthält eine Ausnahme vom Recht auf freie Niederlassung als einer Grundfreiheit des Gemeinschaftsrechts. Entsprechendes gilt für die Dienstleistungsfreiheit (Art. 55 EGV). Diese Grundfreiheiten werden ausgeschlossen in den Bereichen der Ausübung öffentlicher Gewalt. Hierbei handelt es sich um einen dem Markt entgegengesetzten Steuerungsmechanismus, der nicht auf Vertrag und Vertragsfreiheit beruht, sondern auf Zwang.<sup>79</sup> Mit der Ausübung öffentlicher Gewalt sind Eingriffe in die Selbstbestimmung der Betroffenen verbunden.<sup>80</sup> Die Ausübung von öffentlicher Gewalt ist dem Staat vorbehalten. Daraus folgt zugleich, dass die Organisation der Ausübung öffentlicher Gewalt dem Staat vorbehalten ist. Dazu gehört insbesondere, dass der Staat darüber bestimmt, wer zum Träger öffentlicher Gewalt bestellt wird.

Das Gemeinschaftsrecht erkennt in Art. 45 EGV diese staatliche Souveränität an und schafft hierfür eine Bereichsausnahme von den auf den

Markt ausgerichteten Grundfreiheiten des EG-Vertrags. Diese Ausnahme wird gerechtfertigt und zugleich beschränkt durch den dem Staat vorbehaltenen Bereich der öffentlichen Gewalt. Infolgedessen unterliegt die Ausgestaltung einer bestimmten Tätigkeit durch das Recht der Mitgliedstaaten der gemeinschaftsrechtlichen Nachprüfung daraufhin, ob die materiellen Voraussetzungen der Ausnahmebestimmung erfüllt sind. Der Geltungsbereich steht nicht in der Weise zur Disposition des Gesetzgebers der einzelnen Mitgliedstaaten, dass eine Tätigkeit lediglich nominell dem Bereich der öffentlichen Gewalt zugeordnet wird, ohne dass sie aber tatsächlich die Merkmale öffentlicher Gewalt erfüllt. Damit stimmt die Rechtsprechung des EuGH überein, soweit dort darauf abgestellt wird, dass Tätigkeiten im Sinne des Art. 45 EGV eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen müssen, und dies damit begründet, dass die Ausnahmen nicht weiter reichen können, als der Zweck es erfordert, um dessentwillen sie vorgesehen sind.<sup>81</sup>

d) Aus dem vorstehend Dargelegten ergibt sich, dass es den Mitgliedstaaten vorbehalten ist, wie sie jeweils die Ausübung öffentlicher Gewalt organisieren. Insofern steht es – entgegen der Ansicht der Kommission<sup>82</sup> – den Mitgliedstaaten auch frei, den Anwendungsbereich der Ausnahmeregelung zu bestimmen. Eine Beschränkung der Bereichsausnahme des Art. 45 EGV auf solche Tätigkeiten, bei denen die Verbindung mit der Ausübung öffentlicher Gewalt zwingend geboten oder jedenfalls sachlich gerechtfertigt ist, lässt sich dieser Bestimmung nicht entnehmen. Es steht der Anwendung dieser Bestimmung für den Bereich eines Mitgliedstaates nicht entgegen, dass eine mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbundene Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat nicht-hoheitlich ausgestaltet ist. Einer Nachprüfung anhand des Gemeinschaftsrechts unterfällt daher nur die Frage, ob eine bestimmte Tätigkeit in einem

Mitgliedstaat rechtlich und tatsächlich mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist.

e) Dies führt zu der Frage nach den Kriterien, nach denen sich bestimmt, ob eine Tätigkeit mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist. Eine umfassende Analyse des Begriffs der Ausübung öffentlicher Gewalt kann und soll hier nicht unternommen werden. Vielmehr soll auf diese Frage hier nur im Zusammenhang mit dem Bereich der Freiwilligen Gerichtsbarkeit eingegangen werden.

Als Bezugspunkt bietet sich hier die streitige Gerichtsbarkeit an, deren Zuordnung zum Bereich der Ausübung öffentlicher Gewalt nirgends in Frage gestellt wird. Die Kommission stellt freiwillige und streitige Gerichtsbarkeit einander gegenüber und misst insbesondere auch die Tätigkeit des Notars an der Rolle des Richters und des Staatsanwalts.<sup>83</sup> Wie dargelegt, bestehen aber zwischen der streitigen Gerichtsbarkeit und der freiwilligen Gerichtsbarkeit im ganzen keine derart tiefgreifenden Unterschiede, dass es gerechtfertigt wäre, nur die streitige Gerichtsbarkeit dem Bereich der Ausübung öffentlicher Gewalt zuzuordnen. Vielmehr hat sich gezeigt, dass die streitige Gerichtsbarkeit in erheblichem Umfang zu einvernehmlichen Konfliktlösungen führt und dass die freiwillige Gerichtsbarkeit auch streitentscheidende Tätigkeiten umfasst, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Insgesamt war festzustellen, dass die Zuweisung von Rechtsangelegenheiten zur Freiwilligen Gerichtsbarkeit durch Gesetz nach Kriterien der Zweckmäßigkeit und der Praktikabilität erfolgt. Die Freiwillige Gerichtsbarkeit zeichnet sich durch besondere Verfahrensordnungen aus, die auf die Besonderheiten der in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit zusammengefassten Rechtsangelegenheiten zugeschnitten sind, da diese eine andere Struktur als die Angelegenheiten aufweisen, die in den Regelungsbereich der Zivilprozessordnung fallen.

79 Zu den unterschiedlichen Steuerungsmechanismen aus rechtsökonomischer Sicht s. *Behrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, 1986, S. 113 ff., 198 ff.

80 *Grabitz/Hilf/Randelzhofer/Forsthoff*, (Fn. 75) Rn. 8.

81 *EuGH*, Urt. v. 21.6.1974 – Rs. 2/74, Slg. 1974, 631 in Rn. 43 (Reyners).

82 Schreiben der Europäischen Kommission v. 8.11.2000, SG (2000) D/108215, unter Ziff. 2.

83 Schreiben der Europäischen Kommission v. 8.11.2000, SG (2000) D/108215, unter Ziff. 3 a.

Wenn sonach festzustellen ist, dass die Freiwillige Gerichtsbarkeit insgesamt nicht anders als die streitige Gerichtsbarkeit einen Tätigkeitsbereich darstellt, der mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist, so ist damit noch nicht die Frage beantwortet, ob diese Zuordnung für alle Bereiche gilt, die vom Gesetzgeber der Freiwilligen Gerichtsbarkeit zugeordnet sind, weil zwischen diesen Bereichen zum Teil erhebliche Funktions- und Strukturunterschiede bestehen. Wie erwähnt ist besonders in Bezug auf das Registerwesen nicht ohne weiteres einsichtig, dass die damit verbundenen Tätigkeiten mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Dem ist im Folgenden weiter nachzugehen.

Die weitere Frage ist, ob ggf. jeweils der gesamte Bereich der einschlägigen Tätigkeiten mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist oder ob dies nur auf bestimmte Ausschnitte beschränkt ist. Dies betrifft unmittelbar wiederum die Einordnung der Tätigkeiten der Notare. Für die mit Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit befassten Richter und Rechtspfleger dürfte außer Frage stehen, dass ihre Tätigkeit insgesamt hoheitlicher Art ist, und zwar auch insofern, als sie auf Verwaltungsaufgaben oder auf unterstützende Tätigkeiten bezogen ist. Einzelne Tätigkeitssegmente dürfen nicht aus dem Sachzusammenhang herausgelöst und einer anderen rechtlichen Beurteilung unterworfen werden. Die notarielle Beurkundung von Rechtsvorgängen, durch die öffentliche Urkunden mit besonderer Wirkung errichtet werden, stellt für sich gesehen keine Ausübung öffentlicher Gewalt in dem Sinne dar, dass hierdurch in die Rechte der Beteiligten und in ihre Selbstbestimmung eingegriffen wird. Vielmehr ist es die Aufgabe des Notars, privatautonome Willenserklärungen der Partei oder der Parteien zu beurkunden und deren Authentizität zu gewährleisten. Insbesondere gehört es zur Aufgabe des Notars, durch Prüfungen und Belehrungen darauf hinzuwirken,

dass das Geschäft dem wahren Willen der Beteiligten entspricht (§ 17 Abs. 1 und 2 BeurkG). Die Tätigkeit des Notars muss jedoch im Zusammenhang mit den Wirkungen gesehen werden, die notarielle Beurkundungen in weiteren Verfahren der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit haben. Dies betrifft zum einen die Vollstreckbarkeit öffentlicher Urkunden. Sie legitimieren den Eingriff in Vermögens- und Rechtspositionen einer Partei ohne weitere gerichtliche Überprüfung. Auch die erhöhte Beweiskraft öffentlicher Urkunden wirkt sich zu Lasten der betroffenen Partei aus. Aus dieser Funktion im Zusammenhang des Systems der Rechtspflege in seiner konkreten Ausgestaltung ergibt sich eine Verbindung der notariellen Beurkundung mit der Ausübung öffentlicher Gewalt.<sup>84</sup> Demgemäß erkennt auch die Kommission an, dass die Tätigkeit des Notars zumindest teilweise öffentlichen Charakter hat. Sie stellt jedoch in Abrede, dass die Beglaubigung bzw. Beurkundung von Urkunden und Vereinbarungen sowie die Anbringung von Vollstreckungsklauseln eine hoheitliche Natur aufweisen, weil sie diese Tätigkeiten am Maßstab der streitentscheidenden richterlichen Tätigkeit misst. Dies wird aber, wie dargelegt, den richterlichen Tätigkeiten in der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht gerecht und vermag auch nicht zu einer sachgerechten Einordnung der Tätigkeiten anderer Organe der Rechtspflege zu führen, die in die Aufgaben der freiwilligen Gerichtsbarkeit eingegliedert sind.

## 7. Freiwillige Gerichtsbarkeit und Publizität im rechtsgeschäftlichen Verkehr

Die Führung öffentlicher Register gehört zu den den Gerichten im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit übertragenen Angelegenheiten, die ihrer Eigenart nach Verwaltung darstellen. Gleichwohl handelt es sich um genuin richterliche Tätigkeiten, weil die Registergerichte nur an Gesetz und Recht gebunden sind und keinen Wei-

sungen unterliegen. Ob diese Tätigkeiten eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne der Rechtsprechung des EuGH darstellen, hängt davon ab, ob damit Auswirkungen verbunden sind, die in das Selbstbestimmungsrecht der Teilnehmer am Rechtsverkehr eingreifen. Dies soll im Folgenden in Bezug auf Grundbuch und Handelsregister untersucht werden.

a) Das Grundbuch dient dazu, die rechtlichen Verhältnisse an Grundstücken festzulegen, zu registrieren und offen zu legen. Die Funktion des Grundbuchs beschränkt sich jedoch nicht auf die Kundbarmachung der Rechte an Grundstücken. Ihm kommt vielmehr auch eine materiell-rechtliche Funktion zu. Die Eintragung in das Grundbuch ist erforderlich für die rechtsgeschäftliche Übertragung, Begründung und Änderung von Rechten an Grundstücken. Hinzu kommt die Publizitätsfunktion des Grundbuchs, an die ebenfalls materiell-rechtliche Auswirkungen geknüpft sind. Dem Grundbuch kommt öffentlicher Glaube (§ 892 BGB) und Beweiswert (§ 891 BGB) zu. Zwar ist die Eintragung nicht konstitutiv in dem Sinne, dass sie als richtig gilt, vielmehr begründet sie nur die Vermutung der Richtigkeit. Gleichwohl sind mit der Eintragung wegen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs aber Auswirkungen auf die Rechtsverhältnisse der Beteiligten verbunden, die nicht auf deren Selbstbestimmung beruhen. Der Rechtsverlust des nicht eingetragenen Grundstückseigentümers durch gutgläubigen Erwerb eines Dritten vom Buchberechtigten beruht auf dem durch zwingendes Recht an die Eintragung geknüpften Rechtserfolg. Die Eintragung bzw. die Eintragungsverfügung des Gerichts ist nicht auf diese Rechtsfolge gerichtet und greift

<sup>84</sup> Hierauf stellt auch die Bundesregierung ab, Mitteilung vom 31.10.2002, unter Ziff. 4; zur Rechtslage in Dänemark, wo die notarielle Tätigkeit Richter Tätigkeit ist *Cornelius*, DNotZ 1996, 352 ff.



nicht unmittelbar in die Rechte des wahren Eigentümers ein, stellt also keinen unmittelbaren Eingriff in private Rechte durch Verwaltungsakt dar. Die Eintragung begründet aber einen potentiellen Eingriff zu Lasten des Rechtsinhabers, dessen Recht aus dem Grundbuch nicht ersichtlich ist.

b) Für das Handelsregister ergibt sich eine vergleichbare Situation, was die Auswirkungen von Eintragungen im rechtsgeschäftlichen Verkehr betrifft. Das Handelsregister ist ein öffentliches Verzeichnis von im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit einem Unternehmen relevanten Rechts Tatsachen. Die Einsicht in das Handelsregister – sowie der zum Handelsregister eingereichten Schriftstücke – ist jedem zu Informationszwecken gestattet (§ 9 Abs. 1 HGB). Das Handelsregister dient jedoch nicht nur Informationszwecken. Vielmehr sind mit dem Handelsregister über die Information des Rechtsverkehrs hinaus materiellrechtliche Auswirkungen auf die Rechtsstellung dessen, in dessen Angelegenheiten eine Tatsache einzutragen ist, verbunden. Die Eintragung in das Handelsregister ist in bestimmten Fällen erforderlich, um eine Rechtswirkung herbeizuführen. Konstitutiv ist die Eintragung z.B. für die Erlangung der Rechtsfähigkeit einer AG oder GmbH (§§ 41 Abs. 1 S. 1 AktG, 11 Abs. 1 GmbHG) und für die Begründung der Kaufmannseigenschaft von Kleingewerbetreibenden (§§ 2, 105 Abs. 2 HGB). Eine ähnliche Wirkung hat die Eintragung einer Kommanditgesellschaft für die Haftungsbeschrän-

kung des Kommanditisten (§ 176 HGB). Rechtswirkungen sind aber auch mit rein deklaratorischen Eintragungen verknüpft, weil hieran der Schutz des gutgläubigen Verkehrs anknüpft. Die Diskrepanz zwischen der wahren Rechtslage und der bekannt gemachten Rechtslage geht zu Lasten dessen, in dessen Angelegenheiten die Tatsache einzutragen war (§ 15 Abs. 3 HGB).<sup>85</sup> So muss er beispielsweise Rechtsgeschäfte, die jemand in seinem Namen abgeschlossen hat, gegen sich gelten lassen, wenn die Erteilung von Prokura eingetragen und bekannt gemacht worden ist. Eine Gesellschaft muss Rechtsgeschäfte gegen sich gelten lassen, die jemand in ihrem Namen getätigt hat, der durch Eintragung und Bekanntmachung als vertretungsberechtigtes Organ ausgewiesen ist. Der Betroffene seinerseits kann einem gutgläubigen Dritten eine einzutragende Tatsache nur entgegensetzen, wenn die Tatsache eingetragen und bekannt gemacht ist (§ 15 Abs. 1 HGB). Das klassische Beispiel für diese negative Publizität des Handelsregisters betrifft den Widerruf einer zuvor wirksam erteilten Prokura: Zugunsten des gutgläubigen Rechtsverkehrs gilt die Prokura als fortbestehend, solange ihr Widerruf nicht eingetragen und bekannt gemacht ist.

In den Fällen der positiven wie der negativen Publizität des Handelsregisters führen unrichtige Bekanntmachungen einzutragender Tatsachen zu Eingriffen in die Rechtsstellung des Betroffenen, wenn Rechtsgeschäfte, die nach materiellem Recht ihm gegenüber unwirksam wären, durch den vom Handelsregister erzeugten Rechtsschein aber gedeckt sind und dadurch wirksam werden. Maßgeblich für den Vertrauensschutz des Rechtsverkehrs gem. § 15 HGB ist die Bekanntmachung der Eintragung. Die Publizitätswirkung knüpft aber – im Falle der positiven Publizität – nicht nur an die Diskrepanz zwischen Eintragung und Bekanntmachung an, sondern setzt auch ein, wenn schon die Eintragung unrichtig ist.

Die in die Rechtsstellung der Betroffenen eingreifenden Wirkungen der Publizität öffentlicher Register beruht in prinzipiell gleicher Weise wie Eingriffe durch richterliches Urteil oder durch Verwaltungsakt auf der Ausübung öffentlicher Gewalt. Besonderheiten bestehen darin, dass die Registerpublizität nur zusammen mit entsprechenden rechtsgeschäftlichen Dispositionen den Eingriff in die Selbstbestimmung der Betroffenen bewirkt. Grundlage für diese Wirkung ist aber die Registereintragung und deren Bekanntmachung. Die Wirkung beruht demgemäß auf einem Gesamtatbestand, der sich aus mehreren selbständigen Elementen zusammensetzt.

Wegen der materiell-rechtlichen Auswirkungen von Eintragungen in öffentlichen Registern kommt der Gewährleistung der Richtigkeit solcher Eintragungen besondere Bedeutung zu. Dieser Richtigkeitsgewährung dienen Verfahrensvorschriften, die die Führung der Register regeln (GBO, FGG §§ 125 ff.). Von besonderer Bedeutung ist auch, dass gewährleistet sein muss, dass Eintragungen nur erfolgen, wenn die Identität derer, die Eintragungen begehren, und die Authentizität ihrer einzutragenden Erklärungen feststeht. Dies ist primär Aufgabe des Staates, der öffentliche Register einrichtet und unterhält und sie mit Publizität mit den dargestellten Eingriffswirkungen gegenüber den Betroffenen ausstattet. Der Staat hat diese Aufgabe delegiert. Die Registergerichte nehmen die Prüfung von Identität der Erklärenden und Authentizität ihrer Erklärungen nicht selbst vor,<sup>86</sup> sondern verlassen sich auf öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden (§§ 29 Abs. 1 GBO, 12 Abs. 1 HGB). Die Eintragungen der Gerichte stützen sich auf diese Urkunden in gleicher Weise, wie wenn die entsprechenden Prüfungen vom Gericht selbst vorgenommen worden wären. Sie werden deshalb in gleicher Weise wie das weitere Verfahren von den Anforderungen an staatliche Richtigkeitsgewähr erfasst. Die Beweiskraft der Urkunden

85 Nach vorherrschender Ansicht ist das reine Rechtsschutzprinzip der gesetzlichen Regelung teleologisch durch das Veranlassungsprinzip dahingehend zu begrenzen, dass die Zurechnung nur erfolgt, wenn der Betroffene einen Eintragungsantrag gestellt hat; *Baumbach/Hopt*, HGB, 31. Aufl. 2003, § 15 Rn. 19; *Canaris*, Handelsrecht, 23. Aufl. 2000, § 5 Rn. 52 f.

86 Die nach früherem Recht gem. § 12 Abs. 1 HGB auch zugelassene Form der Anmeldung persönlich bei dem Gericht wurde durch das Beurkundungsgesetz von 1969 ab 1970 gestrichen.

muss – nicht anders als im Fall vollstreckbarer Urkunden<sup>87</sup> – so unbestreitbar sein, dass sich die Gerichte hierauf verlassen können. Die Erstellung von eintragungsrelevanten Urkunden mit einer derartigen Beweiskraft ist funktional Bestandteil des auf die Herbeiführung von Eintragungen und den daran anknüpfenden Rechtswirkungen gerichteten gerichtlichen Verfahrens.

## II. Vorsorgende Rechtspflege durch nicht-staatliche Institutionen

### 1. Die Debatte um die Deregulierung des Handelsregisters im deutschen Recht

a) Im Jahre 1991 hat der DIHT eine Initiative ergriffen, die auf eine Verlagerung der Handelsregisterführung und der Führung der Genossenschaftsregister auf die Industrie- und Handelskammern abzielte. Zur Begründung wurde angeführt, die Registerführung durch die Gerichte weise Mängel auf, insbesondere eine überlange Dauer der Eintragsverfahren, eine wenig flexible Kontrolltätigkeit vieler Registergerichte sowie Publizitätsdefizite aufgrund der auf rund 420 Registergerichte aufgeteilten Registerfunktionen und des Fehlens der Möglichkeit eines Online-Abrufs. Im weiteren Verlauf hat das Bundesministerium der Justiz den Diskussionsentwurf eines Gesetzes erarbeitet, durch das den Ländern das Recht eingeräumt werden sollte, im Rahmen eines auf zehn Jahre befristeten Modellversuchs die Führung der Handelsregister den Industrie- und Handelskammern zu übertragen.<sup>88</sup> Diese Überlegungen hat der Bundesrat im Oktober 1999 wieder aufgegriffen.<sup>89</sup> Nach dem Entwurf des Bundesrats sollten die Länder im Rahmen eines auf 10 Jahre befristeten Modellversuchs die für die Führung der Handelsregister zuständigen Stellen bestimmen können, und zwar auch Stellen außerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Die Handelskammer hat den Entwurf eines

Handelsregister-Führungsgesetzes vorgelegt, das auf dem Referentenentwurf des BMJ basiert und eine Öffnungsklausel für den Landesgesetzgeber vorsieht, jedoch mit der Besonderheit, dass nicht eine befristete, sondern eine dauerhafte Übertragung der Handelsregisterführung auf die Industrie- und Handelskammern erfolgt. Nach beiden Entwürfen sollen die Vorschriften des FGG hinter besondere landesgesetzliche Regelungen über Zuständigkeiten, Registerverfahren und über die Kosten treten. Die Vorschriften des FGG sollen jedoch Anwendung finden auf Beschwerden gegen Entscheidungen der Industrie- und Handelskammern in Handels- oder Genossenschaftsregistersachen. Der Senat der Freien und Hansestadt Hamburg hat in einer Stellungnahme an die Bürgerschaft vom 10. 12. 2002<sup>90</sup> auf die Modernisierung des Hamburger Handelsregisters durch vollständige Umstellung auf elektronische Registerführung und den dadurch erreichten weitgehenden Abbau von Rückständen bei rückläufigem Personalbestand hingewiesen. Gleichwohl ist der Senat der Ansicht, durch Übertragung des Handelsregisters auf die Handelskammern könnten weitere Vorteile erreicht werden, die allerdings nicht spezifiziert werden.

Am 28. 4. 2003 wurde ein Referentenentwurf für ein Gesetz zur Modernisierung der Justiz (Justizmodernisierungsgesetz – JuModG) vorgelegt, nach dem es den Ländern gestattet sein sollte, eigene Regelungen über die Zuständigkeit für die Führung des Handelsregisters zu erlassen, sofern sichergestellt ist, dass die zuständigen Stellen die gleiche Gewähr für die dauerhafte Richtigkeit, Sicherheit, Verfügbarkeit und Erreichbarkeit der Daten wie die Registergerichte bieten (Art. 9 des Referentenentwurfs).<sup>91</sup> Parallel hierzu wurde am 14. 5. 2003 ein Gesetzesantrag von der Freien und Hansestadt Hamburg in den Bundesrat eingebracht<sup>92</sup>, der im Grundsatz den Referentenentwurf des BMJ vom 2. 3. 1998 aufnimmt. Der Entwurf eines Gesetzes zur Führung des Han-

delsregisters und des Genossenschaftsregisters durch die Industrie- und Handelskammern (Handelsregister-Führungsgesetz – HFÜG) sieht dabei eine Ergänzung des EGHGB um eine Öffnungsklausel vor, nach der es den Ländern möglich sein soll, die Führung des Handelsregisters auf andere Stellen zu übertragen. Die Bestimmungen des FGG sollen nicht gelten. Vielmehr soll das Landesrecht Regelungen treffen. Allerdings ist gegen Entscheidungen der registerführenden Stellen eine Beschwerde nach den Bestimmungen des FGG vorgesehen. Da das am 30. 5. 2003 als Regierungsentwurf vorgelegte JuModG Vorschriften hinsichtlich der Übertragung der Handelsregistertätigkeiten nicht mehr enthält, verbleibt als gesetzgeberische Initiative allein der Antrag der Freien und Hansestadt Hamburg. Nachdem der federführende Rechtsausschuss dem Bundesrat am 16. 9. 2003 empfohlen hat, den Gesetzesentwurf, ergänzt um die Möglichkeit der Übertragung der Führung des Vereinsregisters auf durch die Länder bestimmte Stellen, beim Bundestag einzubringen<sup>93</sup>, hat der Bundesrat durch Beschluss vom 26. 9. 2003 den Entwurf eines Gesetzes zur Führung des Handelsregisters, des Genossenschaftsregisters, des Partnerschaftsregisters und des Vereinsregisters durch von den Ländern bestimmte Stellen (RFÜG) beim Bundestag eingebracht.<sup>94</sup> Beratungen über den Gesetzesentwurf haben im Bundestag bis dato noch nicht stattgefunden. In einem Rundschreiben hat das Bundes-

87 Dazu *EuGH*, Urt. v. 9.3.2000 – Rs. C-355/98, Slg. 2000, 1221 = *EuZW* 2000, 344 (Uni-Bank).

88 Diskussionsentwurf eines Gesetzes über Modellversuche zur Führung des Handelsregisters und des Genossenschaftsregisters durch die IHK (HMoG) v. 15.10.1997 sowie Referentenentwurf des BMJ v. 2.3.1998.

89 BR-Drs. 542/99 (Beschl. v. 19. 10. 1999).

90 Drs. 17/1947.

91 BMJ R A 2 – 3700/18.

92 BR-Drs. 325/03.

93 BR-Drs. 325/1/03.

94 BR-Drs. 325/03.

ministerium der Justiz den Ländern jedoch mitgeteilt, dass es den Gesetzesentwurf nicht unterstützen wird<sup>95</sup>, so dass er im Bundestag voraussichtlich keine Mehrheit finden wird.

Die für eine Übertragung des Handelsregisters auf die Handelskammern zunächst angeführten Gründe sind, soweit sie sich auf die Kritik an der Funktionsfähigkeit und Schnelligkeit

der Registergerichte bezogen haben, heute überholt, da die Umstellung der Handelsregister auf elektronische Registerführung einschließlich des Online-Abrufs von Daten aus dem Handelsregister zulässig (§§ 8a, 9a HGB) und in Hamburg sowie in 5 anderen Bundesländern bereits realisiert worden ist.<sup>96</sup> Der Zersplitterung der Handelsregister wird mittlerweile durch Konzentration der Registerführung auf wenige Amtsgerichte entgegengewirkt.<sup>97</sup> Für eine Deregulierung der Handelsregister durch Übertragung auf die Industrie- und Handelskammern wird weiter auf die Möglichkeit von Kostensenkungen aufgrund von Rationalisierungen verwiesen mit der Folge geringerer Gebühren für die Wirtschaft. Nachvollziehbare und überprüfbare Angaben hierzu liegen jedoch nicht vor. Eine erhebliche Rolle in dieser Deregulierungsdiskussion spielt offenbar auch der Umstand, dass der Staat aufgrund eines Urteils des EuGH<sup>98</sup> nur kostendeckende Gebühren erheben darf und deshalb durch die Registerführung keine Überschüsse für den allgemeinen Haushalt mehr erzielen kann. Dieser Grundsatz gilt jedoch auch für die mittelbare Staatsverwaltung durch öffentlich-rechtliche Selbstverwaltungskörperschaften wie die Industrie- und Handelskammern.

b) Relevant sind dagegen nach wie vor ordnungspolitische Vorstellungen, die darauf abzielen, bisher vom Staat wahrgenommene Aufgaben entsprechend dem Grundsatz der Subsidiarität auf Private oder – im vorliegenden Fall – auf Selbstverwaltungskörperschaften zu übertragen, sofern es sich nicht um Kernaufgaben des Staates handelt. Hingewiesen wird in diesem Zusammenhang auf Italien und die Niederlande, wo entsprechende Register teilweise von den Industrie- und Handelskammern geführt werden.<sup>99</sup>

Im Kern geht es um die Frage, ob es sich bei der Führung der Handelsregister um eine genuin staatliche Aufgabe handelt. Diese Frage stellt sich

zum einen unter dem Gesichtspunkt der Richtigkeitsgewähr für die im Handelsregister vorzunehmenden Eintragungen. Wegen der mit derartigen Eintragungen verbundenen Auswirkungen auf den Rechtsverkehr handelt es sich bei der Führung der Handelsregister – wie dargelegt – um Tätigkeiten, die mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse verbunden sind. Dies schließt es jedenfalls aus, die Führung der Handelsregister privatrechtlichen Organisationen zu übertragen und die Regelung der Publizitätsfunktionen dem Markt zu überlassen. Zwar fällt die Registerführung nicht unter das Richterprivileg des Art. 92 GG, da es sich hierbei nicht um die Ausübung rechtsprechender Gewalt handelt.<sup>100</sup> Jedoch ist dieser Aufgabenbereich in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen (Art. 33 Abs. 4 GG). Dies schließt freilich die Übertragung auf Selbstverwaltungskörperschaften des öffentlichen Rechts als beliebige Unternehmer nicht aus.<sup>101</sup>

Gegen eine Übertragung der Handelsregister wird jedoch grundsätzlich geltend gemacht, dass hierdurch nicht die gebotene Objektivität und Unabhängigkeit bei der Führung der Handelsregister gewährleistet wäre.<sup>102</sup> Außerdem wird angeführt, dass eine Übertragung der Handelsregister auf die Kammern zum Verlust des bei den Registergerichten vorhandenen Sachverständnisses führen würde, ohne dass die Kammern in der Lage wären, gleichwertige Kapazitäten überhaupt oder jedenfalls in absehbarer Zeit aufzubauen.<sup>103</sup> Diesen Einwänden kann hier nicht näher nachgegangen werden. Im Ganzen gesehen stellt sich die Frage, ob eine Verlagerung zu mehr als zu einem Abbau von Stellen in der Justiz unter gleichzeitigem Aufbau neuer Abteilungen bei den Industrie- und Handelskammern führen würde,<sup>104</sup> womöglich unter teilweiser Übernahme des Justizpersonals. Dies könnte – auch im Hinblick auf die mit einer solchen Umstellung verbundenen Rei-

95 Telefonische Auskunft der Justizbehörde Hamburg vom 11.11.2003.

96 S. dazu Noack, BB 2001, 1261 ff., 1265.

97 Ab dem 1.1.2002 ist für die Führung des Handelsregisters nur noch das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk ein Landgericht seinen Sitz hat, § 125 Abs. 1 FGG.

98 EuGH, Urt. v. 2.12.1997 – Rs. 188/95, Slg. 1997, 6783 = WM 1998, 2193 [Fantask]; EG-rechtskonform ausgelegt werden musste etwa § 26 KostO, vgl. hierzu BayObLG, Beschl. v. 25.11.1998 – 3Z BR 164/98, NJW 1999, 652, 653 f.

99 Italien: Hier besteht ein von den Gerichten geführtes Unternehmensregister (registro della società), daneben ein von den Industrie- und Handelskammern geführtes Firmenregister; vgl. Holzborn/Israel, NJW 2003, 3014, 3016 f.; Kindler, Einführung in das italienische Recht, 2002, S. 127 f., 138 ff. Niederlande: Hier besteht ein Handelsregister, in das sich vor allem juristische Personen eintragen müssen; s. Holzborn/Israel, aaO. S. 3016; Mincke, Einführung in das niederländische Recht, 2002, Rn. 148 ff., 173 ff.

100 Dazu näher oben sub I. 3. c).

101 Vgl. Maunz/Dürig/Herzog, Juni 1998, Art. 33 Rn. 42.

102 Ulmer, ZRP 2000, 47, 51 in Bezug auf Eintragungen in Abt. B. Dagegen verneint Ulmer eine Monopolstellung der registerführenden Stellen in Bezug auf Eintragungen in Abt. A, da es sich hierbei zumeist um deklaratorische Eintragungen handle, deren Berechtigung auch außerhalb des Registerverfahrens, etwa in Konkurrentenklagen wegen unzulässigen Firmengebrauchs überprüft werden könne, aaO. S. 48. Dabei wird jedoch einseitig nur auf Firmeneintragungen abgestellt, während die Eintragungen mit materiell-rechtlich relevanter Publizitätswirkung unberücksichtigt bleiben; s. hierzu oben sub I. 7. b).

103 Ulmer, (Fn. 102), S. 48.

104 Ulmer, (Fn. 102) S. 49.

bungsverluste – ordnungspolitisch letztlich nur gerechtfertigt werden, wenn Deregulierung als ein vorrangiger Wert anzusehen wäre. Hiergegen bestehen in Bezug auf die Handelsregister grundlegende Bedenken.<sup>105</sup> Eine Betrachtungsweise, die lediglich darauf abstellt, ob durch die Führung des Handelsregisters ein Gebührensüberschuss zugunsten der Staatskasse erzielt werden kann, wird der Bedeutung des Registerwesens nicht gerecht.<sup>106</sup>

## 2. Alternativen zum Grundbuch

a) Um die Rechte an Grundstücken zu sichern, gibt es zwei grundsätzlich unterschiedliche Systeme, das Registrierungssystem, das dem Grundbuchsystem des deutschen Rechts entspricht, und das Eintragungssystem, das dem recording system entspricht, das in den meisten Einzelstaaten der USA gilt. Unter dem Eintragungssystem werden Urkunden, aus denen sich Rechte an Grundstücken ergeben, bei einer öffentlichen Institution erfasst. Diese Urkunden dienen dazu, die Rechte an Grundstücken zurückzuverfolgen und zu prüfen, ob sich aus ihnen eine lückenlose Kette von Berechtigungen ergibt. Diese Urkunden dienen dem Nachweis eines Rechts an einem Grundstück, sie garantieren das Recht aber nicht. Wer ein besseres Recht nachweisen kann, setzt sich gegenüber dem „Urkundsberechtigten“ durch. Die Urkunden geben letztlich nur eine Rechtsmeinung über die an einem Grundstück bestehenden Rechte wieder, wie sie sich nach der Überprüfung aller vorliegenden Urkunden darstellt. Es verbleibt demgemäß die Möglichkeit eines Irrtums, der beruhen kann auf Fehlern der vorliegenden Urkunden aber auch Fehlinterpretationen der Urkunden. Infolgedessen müssen die vorliegenden Grundstücksurkunden bei jeder Grundstücksübertragung erneut überprüft werden. Hieraus haben sich die privaten „Title Insurance Companies“ entwickelt, die jeden Interessenten gegen das Risiko versichern, durch das Recht eines Dritten in seiner Position beeinträchtigt zu werden. Im Laufe der

Zeit haben diese Versicherungsgesellschaften nahezu lückenlose Dokumentationen erstellt, die insoweit den Grundbüchern nahe kommen. Maßgeblich beeinflusst wurde die Entwicklung der title insurance durch das Verlangen der Kreditwirtschaft nach standardisierten „title guarantees“ und besonders auch der Lebensversicherungsgesellschaften und anderer Käufer von Hypothekenschuldverschreibungen. Das System der Registrierung von Rechten an Grundstücken unterscheidet sich grundsätzlich von dem vorgenannten System dadurch, dass durch die Eintragung in das Register die Rechtslage am Grundstück verändert wird. Die Eintragung wirkt konstitutiv in Bezug auf die materiell-rechtliche Situation. Dadurch entfällt das Risiko eines Rechtsverlusts des Erwerbers oder einer Beeinträchtigung seines vermeintlichen Rechts durch das bessere Recht eines Dritten. Das Risiko eines Rechtsverlusts durch eine fehlerhafte Eintragung trägt grundsätzlich der wahre Eigentümer, sofern der Erwerber nicht in bösem Glauben ist. Dieses System gewährleistet Rechtssicherheit durch die mit der Eintragung verbundenen Rechtswirkungen, so dass die Notwendigkeit einer privaten Risikoversicherung entfällt.

b) Das „recording system“ ist nach wie vor vorherrschend in den USA. Das Registersystem hat sich dort, trotz einiger Ansätze, es einzuführen, nicht durchgesetzt.<sup>107</sup> In England, wo zunächst ebenfalls das „recording system“ galt, wurde das Registersystem im Zuge der Bodenreform von 1925 eingeführt.<sup>108</sup> Schon 1858 war das Registersystem in Form des Torrens-Systems in Australien eingeführt worden.

c) Bei dieser Rechtslage drängt sich die Frage auf, welches der beiden Systeme zu effizienteren Lösungen führt und daher aus ökonomischer Sicht vorzugswürdig ist. Angesichts des Umstands, dass ein in der Weltwirtschaft führendes Land wie die USA mit einem freien Markt auch im Bereich von Grund und Boden im wesentlichen das recording system bei-

behalten hat und dass die Versuche, dort das Registersystem einzuführen, weitgehend gescheitert sind, verbietet sich eine vorschnelle Antwort. Die ökonomische Analyse der „titling systems“ ist Gegenstand vieler wissenschaftlicher Untersuchungen, die aber bislang nicht zu eindeutigen Ergebnissen in Bezug auf den Vergleich der beiden Systeme geführt haben und die jedenfalls keine Übereinstimmung dahingehend erbracht haben, dass das Registersystem effizienter, d.h. insgesamt kostengünstiger ist.<sup>109</sup>

Das Grundproblem, das sich in Bezug auf die rechtliche Regelung der Rechte an Grundstücken stellt, besteht darin, den Rechtsverkehr vor nicht erkennbaren Rechten zu schützen. Das Risiko, nach dem Erwerb von Grund-

105 Krit. MünchKomm-HGB/*Bokelmann*, 2002, § 8 Rn. 16.

106 Mit dieser Begründung wurde aber in der Vergangenheit vom Senat der Freien und Hansestadt Hamburg eine Übertragung des Handelsregisters auf die Handelskammer abgelehnt; s. dazu Antrag der Fraktionen der Regierungskoalition in der Hamburger Bürgerschaft vom 11. 4. 2002, Drs. 17/661.

107 In Cook County in Illinois bestanden eine zeitlang beide Systeme nebeneinander, doch wurde das Registersystem, das 1897 als Reaktion auf den Verlust nahezu aller Grundstücksurkunden im großen Brand in Chicago im Jahre 1871 eingeführt worden war, schließlich im Jahre 1996 wieder abgeschafft, s. dazu und zu den Gründen *Miceli/Munneke/Sirmans/Turnbull*, *Title Systems and Land Values*, *Journal of Law and Economics*, 2002, 565 ff., 579.

108 S. hierzu G. v. Bernstorff, *Einführung in das englische Recht*, 2. Aufl. 2000, S. 113 ff.

109 Aus der umfangreichen Literatur sei hier nur verwiesen auf *Miceli/Munneke/Sirmans/Turnbull*, (Fn. 107) S. 565–582; *Miceli/Sirmans/Turnbull*, *Title Assurance and Incentives for Efficient Land Use*, *European Journal of Law and Economics*, 1998, S. 305 – 323; *Arrunada/Garoupa*, *The Choice of Titling Systems in Land*, 2002, working paper; *Arrunada*, *A Transaction Cost View of Title Insurance and its Role in Different Legal Systems*, 2002, *The Geneva Papers on Risk and Insurance*.

stücken mit vorrangigen Eigentumsrechten oder beschränkten dinglichen Rechten Dritter konfrontiert zu werden, beeinträchtigt die Funktionsfähigkeit des Grundstücksmarktes, weil die Transaktionskosten erhöht werden. Zugleich werden auch die Kreditkosten für Investitionen in Grund und Boden erhöht, wodurch sich das Investitionsvolumen reduziert. Um diese erhöhten Kosten zu vermeiden, muss die Gefahr eines Rechtsverlustes auf das effiziente, d.h. kostengerechtfertigte Maß reduziert werden. Um die Effizienz der beiden alternativen Systeme zu ermitteln, sind folgende Faktoren zu berücksichtigen:

- Kosten der Errichtung und Unterhaltung des jeweiligen Systems,
- direkte Kosten des potentiellen Rechtsverlusts des gegenwärtigen Eigentümers,
- indirekte Kosten, die mit künftigen Transaktionen zusammenhängen, nämlich
  - Kosten der künftigen Transaktionen,
  - Opportunitätsverluste, d.h. die Verluste durch das durch die verbleibende Unsicherheit verursachte Unterbleiben von künftigen Transaktionen.

Dabei ist zunächst davon auszugehen, dass in einem Registersystem das Risiko eines Rechtsverlustes aufgrund von besseren Rechten Dritter deutlich stärker reduziert wird als im „recording system“. Andererseits sind die Kosten der Errichtung und auch die des Betriebs eines Registersystems höher als die Kosten der Errichtung eines „recording system“. Für eine Beurteilung aus ökonomischer Sicht kommt es also darauf an, ob die höheren Errichtungs- und Betriebskosten des Registersystems aufgewogen werden durch die geringeren Kosten der Rechtsverluste, die bei diesem System im Vergleich zum „recording system“ anfallen,

so dass insgesamt ein höherer Nutzen entsteht. Diese Frage verlässlich zu beantworten, setzt empirische Erhebungen zur Häufigkeit von Prozessen um Grundstücksrechte voraus, die bisher aber fehlen. Die Annahme liegt zwar nahe, dass ein Registersystem den Rechtsverkehr besser zu schützen geeignet ist. Zu berücksichtigen ist aber, dass das Material der Title Insurance Companies immer umfangreicher und dichter geworden ist, so dass die Schwächen des „recording system“ faktisch zu einem guten Teil aufgefangen worden sind. Diverse theoretische Untersuchungen kommen zu dem Ergebnis, dass das Registersystem zu höherer Effizienz aufgrund höherer Rechtssicherheit führt,<sup>110</sup> schränken dieses Ergebnis aber in mehrfacher Hinsicht ein. Insbesondere ist das Ergebnis der theoretischen Untersuchungen, dass die Kostenvorteile des Registersystems im Zusammenhang mit dem Grundstückswert stehen. Danach entspricht das Registersystem den rationalen Präferenzen der Eigentümer von Grundstücken mit einem höheren Wert, während das „recording system“ den Präferenzen der Eigentümer von geringerwertigen Grundstücken entspricht, weil hier die höheren Betriebskosten des Registersystems nicht durch die Vermeidung von hohen Wertverlusten aufgewogen werden.<sup>111</sup> Übereinstimmend kommen aber neuere Untersuchungen zu dem Ergebnis, dass die Frage nach dem kostengünstigeren System nicht allein aufgrund theoretischer Analysen beantwortet werden kann, sondern letztlich der empirischen Untersuchung bedarf.

Zu den erwähnten rechtsökonomischen Untersuchungen ist anzumerken, dass sie einen Ansatz verfolgen, der sich nicht allein an den bestehenden Institutionen in europäischen und amerikanischen Rechtsordnungen orientiert, sondern die Frage einbezieht und im Grunde sogar in den Vordergrund stellt, welches der beiden Systeme und ggf. in welchem Umfang in einem Entwicklungsland aus Effizienzgründen eingeführt werden soll-

te. Da das Registersystem in den Ländern Europas einschließlich Englands fest verankert ist und auch nicht in Frage gestellt wird, da andererseits das „recording system“ das US-amerikanische Grundstücksrecht unangefochten dominiert, kommt einem Vergleich beider Systeme keine große praktische Bedeutung zu. Die rechtsökonomische Analyse führt aber über den Bereich des Grundstücksverkehrs hinaus zu Erkenntnissen, die für die Regulierung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs durch Institutionen der vorsorgenden Rechtspflege von Bedeutung sind. Hierauf soll im folgenden abschließenden Abschnitt eingegangen werden.

### III. Ökonomische Perspektiven der vorsorgenden Rechtspflege

#### 1. Informationsasymmetrien im Rechtsverkehr

Informationsasymmetrien können dazu führen, dass Märkte zusammenbrechen oder sich gar nicht erst bilden oder dass auf ihnen nur minderwertige Ware angeboten wird. Öffentliche Register wie Grundbuch oder Handelsregister tragen neben vielen anderen rechtlichen oder gesellschaftlichen Institutionen dazu bei, derartige einseitige Informationsdefizite abzubauen, um Transaktionskosten zu reduzieren. Dabei sind zwei unterschiedliche Aspekte zu unterscheiden, nämlich zum einen die Bereitstellung der für den Rechtsverkehr relevanten Informationen, also die Publizität im eigentlichen Sinne, und zum andern die Übernahme einer Garantie der Richtigkeit der Information. Beim Grundbuch ergibt sich die Richtigkeitsgewähr unmittelbar aus der konstitutiven Wirkung von Eintragungen für die Begründung und Veränderung von Rechtsverhältnissen, darüber hinaus auch aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Beim Handelsregister haben die Eintragungen überwiegend deklaratorischen Charakter, gleichwohl kommt auch hier den Ein-

110 *Miceli/Sirmans/Turnbull*, (Fn. 109).

111 *Miceli/Sirmans/Turnbull*, (Fn. 109) S. 579; *Arrunada/Garoupa*, (Fn. 109) S. 34.

tragungen und deren Bekanntmachung eine Garantiewirkung gegenüber dem – gutgläubigen – Rechtsverkehr zu.

Die von diesen Registern ausgehende Garantiewirkung knüpft zwar an die Eintragungen an, setzt aber eine institutionelle Richtigkeitsgewährung voraus, die Fehler in der Registerführung minimiert. Müsste im Rechtsverkehr mit einer hohen Fehlerquote bei öffentlichen Registern gerechnet werden, so würden sie ihre Aufgabe, Informationskosten zu reduzieren, nicht erfüllen können, trotz der materiellrechtlichen Bedeutung der Registereintragungen. Zwar würde bei fehlerhafter Registerführung die Staatshaftung eingreifen, doch vermag die Aussicht auf einen nachträglichen Schadensausgleich das reibungslose Funktionieren des Rechtsverkehrs schon wegen der mit der Geltendmachung von Haftungsansprüchen verbundenen Kosten und Risiken nicht zu gewährleisten. Dafür kommt es vielmehr auf eine ex ante bestehende Richtigkeitsgewähr an. Dem entspricht auch das System der amerikanischen title insurance im Grundstücksverkehr. Die sog. Title Insurance Companies arbeiten nicht auf der Grundlage der Risikoverteilung und des Schadensausgleichs, sondern richten ihre Aktivitäten auf die Vermeidung von Verlusten. Zu diesem Zweck streben sie an, alle Risiken zu identifizieren und ihre Aufgaben korrekt und mit äußerster Sorgfalt durchzuführen.<sup>112</sup>

## 2. Richtigkeitsgewähr durch Regulierung oder durch Haftung

a) Die Richtigkeitsgewähr in Bezug auf Registereintragungen lässt sich grundsätzlich auf zwei unterschiedlichen Wegen erreichen: einerseits durch zivilrechtliche Haftung dessen, der das Register führt, oder durch öffentlich-rechtliche Regulierung.

Die zivilrechtliche Schadensersatzhaftung setzt ex post ein, d.h. nach dem Eintritt des Schadens. Die effiziente Sanktion des Schädigers ist dann der Schaden, den er zu ersetzen hat. Die Haftung wirkt präventiv, weil

der Registerführer als potentieller Schädiger die im Schadensfall drohende Haftung in seine Kalkulation einsetzen und seine Sorgfaltsaufwendungen daran bemessen wird. Voraussetzung der wirksamen Schadensvermeidung durch Haftungsrecht ist, dass alle Schadensfälle zur Haftung des Schädigers führen. Wenn ein Teil der Schäden nicht zur Haftung führt, weil Geschädigte ihren Schaden nicht geltend machen, dann wird der potentielle Schädiger zu geringe Sorgfaltsaufwendungen treffen. Dazu kann es kommen, wenn Geschädigte angesichts einer unklaren Rechtslage und eines hohen Prozessrisikos davor zurückscheuen, ihren Schaden einzuklagen, oder wenn es sich um sehr niedrige Schäden im Einzelfall handelt, so dass ein Prozess trotz klarer Rechtslage angesichts des damit immer noch verbundenen Aufwands nicht geführt wird. Die Summe dieser Schäden kann jedoch sehr hoch sein.

Eine andere Möglichkeit der Schadensvermeidung ist die ex-ante-Regulierung durch administrative Maßnahmen. Diese setzt zeitlich vor der potentiellen Schädigung ein und bewirkt eine direkte Risikokontrolle dadurch, dass sie ein bestimmtes Verhalten vorschreibt und überwacht.<sup>113</sup> Dazu gehören außer dem Erlass und der Überwachung von Sicherheitsstandards durch öffentliches Recht auch die Errichtung von staatlichen Institutionen mit besonders qualifiziertem Personal, das an eingehende Verfahrensregelungen gebunden ist und auf deren Einhaltung überwacht wird. Das Schadensrisiko kann auf diese Weise minimiert werden, andererseits weist Regulierung gegenüber der Haftung einen generellen Kostennachteil auf, weil die administrativen Kosten permanent und nicht nur im Schadensfall anfallen.<sup>114</sup>

b) Welches der beiden Systeme der Schadensvermeidung effizienter arbeitet, lässt sich nicht generell sagen, sondern hängt von vielen Faktoren ab, von denen hier nur einige erwähnt worden sind.<sup>115</sup> Für unterschiedliche Aktivitäten fällt die Antwort

deshalb auch verschieden aus. Es liegt aber auf der Hand, dass es Bereiche gibt, in denen sich die Gesellschaft von vornherein nicht mit einer ex-post-Kontrolle durch zivilrechtliche Haftung im Falle eines Schadenseintritts zufrieden geben wird, ungeachtet der von der Haftung ausgehenden Präventivwirkung, sondern zu direkten vorsorglichen Kontrollmaßnahmen durch Verhaltenskontrolle ressortieren wird. Für Gefahrguttransporte und Atomkraftwerke leuchtet das unmittelbar ein. Im Hinblick auf die Gefährdung der Funktionsfähigkeit des rechtsgeschäftlichen Verkehrs durch fehlerhafte Registereintragungen in Handelsregister oder Grundbuch ist das Schadenspotential vielleicht weniger augenfällig, weil nicht Leib und Leben bedroht sind, aber darum nicht gering zu veranschlagen. Der deutsche Gesetzgeber hat sich hier für ein System der Risikovermeidung durch ex-ante-Regulierung entschieden. Das Ergebnis ist ein hohes Maß an Richtigkeitsgewähr. Die Fehlerquote im Registerwesen ist, soweit ersichtlich, äußerst gering. Das schwedische Recht geht – im Grundstücksverkehr – einstweilen noch einen anderen Weg. Dort verzichtet man auf Identitätskontrollen bei Grundstücksveräußerungen und sieht eine staatliche Kompensation derer vor, die deswegen einen Rechtsverlust erleiden. Dies geschieht mit der Erwägung, dass die Kosten für den Staat geringer sind als die Kosten der Errichtung und Unterhaltung eines sicheren Systems. Auf derlei Erwägungen die Sicherheit des Rechtsverkehrs zu gründen, erscheint wenig überzeugend.

Insgesamt ergibt sich, dass die Anforderungen an eine Richtigkeitsgewähr im Registerwesen zuverlässig nur durch eine administrative ex-ante-Regulierung erfüllt werden.

<sup>112</sup> Arrunada, (Fn. 109).

<sup>113</sup> S. Shavell, Liability for Harm versus Regulation of Safety, Journal of Legal Studies, 1984, S. 357 ff., 373.

<sup>114</sup> Dazu näher Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 3. Aufl. 2000, S. 358, 361.

<sup>115</sup> S. näher S. Shavell, (Fn. 113) sowie Schäfer/Ott, (Fn. 114).

## 15. Notarenkolloquium Mitteleuropa in Budapest

Vom 13. bis zum 15. November 2003 fand in Budapest das von der ungarischen Landesnotarkammer veranstaltete 15. Notarenkolloquium Mitteleuropa statt. Die Präsidentin der ungarischen Landesnotarkammer, *Dr. Judit Bókai*, bezeichnete in ihrer Eröffnungsansprache das Notarenkolloquium im Jahr 2003 als Abschluss einer Epoche: Im Mai 2004 werde die in Ungarn lang ersehnte Mitgliedschaft in der Europäischen Union Wirklichkeit. Dies stelle auch für das Notariat eine große Herausforderung dar. Vor dem Beitritt habe zwar jeder ungarische Notar an einem Spezialkurs zu den Institutionen und dem Recht der Europäischen Union teilgenommen, das bedeute aber nicht, dass es keiner Erweiterung und Vertiefung der so erworbenen Kenntnisse bedürfe. Hierzu wolle das Notarenkolloquium Mitteleuropa einen Beitrag leisten. *Dr. Bókai* betonte, dass die zu Beginn des Systemwechsels auf Initiative der österreichischen Notariatskammer entstandene Veranstaltung in ungebrochener Folge alljährlich Themen behandelt habe, die über die Grenze des ungarischen Notariats hinaus auf großes Interesse gestoßen seien. Dieser guten Tradition entsprechend konnte *Dr. Bókai* viele Ehrengäste aus dem Bereich des europäischen Notariats begrüßen.

In seinem Grußwort erteilte der Staatssekretär im ungarischen Justizministerium *Dr. Hankó Faragó* dem Vorstoß, die Beurkundungspflicht für private Immobilienkredite in Ungarn aufzuheben, eine Absage. Dagegen gebe es insbesondere verfassungsrechtliche Bedenken. Auf dieses für das ungarische Notariat hochbrisante Thema kam auch der Ehrenpräsident der Union des lateinischen Notariats (UINL) Notar *Dr. Helmut Fessler* in der an die Vorträge des 1. Tages anschließenden Diskussion zu sprechen. Er führte ein zusätzliches europarechtliches Argument gegen den Vorstoß ein und verwies insbesondere auf die UNIBANK-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs.

Der Präsident der Notariate in der Europäischen Union (CNUE), *Dr. Armand Roth*, hob in seinem Vortrag zur Lage der Notarkammern in der EU die Bedeutung der Notariate in den neuen Mitgliedstaaten hervor. Das Verhältnis zwischen den in der CNUE organisierten traditionsreichen Notariaten und den jungen Notariaten in den Reformstaaten sei von gegenseitigem Respekt und Wertschätzung geprägt. Man könne viel voneinander lernen. *Dr. Roth* beschrieb die Aufnahme in die Europäische Union als einen Glücksfall für das ungarische Notariat.



*Dr. Armand Roth, Präsident der CNUE*

Europa bedeute für das Notariat eine große Chance. Über die CNUE bestehe für die Notare die Möglichkeit, an dem Aufbau eines Europas des Rechts mitzuwirken: der Notar sichere den Zugang zum Recht und schütze durch seine Arbeit die Verbraucher. Diese Rolle gewinne auch in einem zusammenwachsenden Europa an Bedeutung. Die freie Zirkulation der notariellen Urkunden sei ein Musterbeispiel für die europäische Integration. Die CNUE als politisches Organ des europäischen Notariats habe aber auch die Aufgabe, den Gefahren für das Notariat zu begegnen. In diesem Zusammenhang sei es unverzichtbar, die Vorteile, die der Bürger aus dem System des lateinischen Notariats zie-

he, immer wieder zu betonen. Das geschriebene Recht und das Notariat seien ein wesentlicher Teil der Kultur und Tradition Zentraleuropas. Diese Tradition fortzuführen, müsse das Ziel sein. *Dr. Roth* schloss seinen Vortrag mit den Worten, dass die Aufnahme des ungarischen Notariats in die große Familie des europäischen Notariats mit Ungeduld erwartet werde.

*Dr. Pierre Becqué*, Vizepräsident der Kommission für Angelegenheiten Europas und des Mittelmeers (CAEM) der UINL, stellte in seinem Vortrag die Ergebnisse einer von der CAEM durchgeführten vergleichenden Untersuchung zur Rechtsstellung des Notariats in 22 Ländern vor. In der Studie, die voraussichtlich im Januar 2004 veröffentlicht wird, seien wesentliche Merkmale des notariellen Berufsrechts vergleichend untersucht worden. *Dr. Becqué* nannte die Amtsträgereigenenschaft, den Staatsangehörigkeitsvorbehalt, das Kammerwesen mit Pflichtmitgliedschaft, die Unabhängigkeit des Notars, die Verschwiegenheitspflicht, die unbeschränkte Haftung und die Pflichtversicherung des Notars als Bereiche, in denen die Studie weitgehende Gemeinsamkeiten festgestellt habe.

Die Studie habe aber auch zum Teil große Unterschiede in den einzelnen untersuchten Notariatsverfassungen aufgedeckt, die Anlass zum Nachdenken geben. So habe sich die Studie auch insbesondere mit den brisanten Fragen der exklusiven Kompetenzen, des numerus clausus und der Festgebühren befasst. *Dr. Becqué* bezeichnete die Studie als umfassende vergleichende Gegenüberstellung des notariellen Berufsrechts. Nur wer sich über Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Notariatsverfassung in und außerhalb Europas bewusst sei, könne für das Notariat argumentieren und notarielle Interessen vertreten. Hierzu wolle die Studie einen Beitrag leisten.



*Notar Dr. Klaus Woschnak, Präsident der österreichischen Notariatskammer im Gespräch mit Till Franzmann*

„Die soziale Sicherheit des Notariats in Europa – Versicherungssysteme für Notare in der EU“ lautete das Thema des Vortrags des Salzburger Notars *Dr. Hansjörg Brunner*. Die Vorstellung der verschiedenen Systeme insbesondere der Alterssicherung aber auch der Kranken-, Haftpflicht-, Unfall- und „Arbeitslosenversicherung“ der Notare in Europa fand das besondere Interesse der ungarischen Kollegen, die in ihrem Land bisher kein notarspezifisches Versorgungssystem haben. *Dr. Brunner* erläuterte, dass ein wichtiges Ergebnis der von ihm vorgestellten Studie der UINL sei, dass auch sehr kleine Versorgungswerke funktionierten. Eigenständige berufsständische Versorgungswerke basierend auf dem Prinzip der Solidarität zwischen allen Notaren, einer Pflichtmitgliedschaft und einem Umlageverfahren seien trotz der Unterschiede im Detail erfolgreich. Die notariellen Versorgungswerke, die zum Teil auch über die Pensionsversicherung hinausgehende Ausgaben wie die Einkommensergänzung übernehmen, seien eine konkrete Umsetzung des in Europa viel beschworenen Subsidiaritätsprinzips.

Am Abend des ersten Tages des 15. Notarenkolloquiums hatte die ungarische Landesnotarkammer zu einem Klavierabend der bekannten ungarischen Pianistin *Csilla Szentpéteri*

eingeladen, die mit eingängigen Melodien die Zuhörer begeisterte. Auf dem darauf folgenden Empfang in der traditionsreichen Konditorei Hauer ergab sich die Gelegenheit zu zahlreichen Gesprächen.

Den zweiten Tag eröffnete *Dr. Dr. Ludwig*, Notar in Völklingen mit einer rechtsvergleichenden Betrachtung zum Erbkollisionsrecht in Europa. Er hob die herausragende Bedeutung des Kollisionsrechts in diesem Bereich hervor. Auch auf lange Sicht erscheine in Europa ein einheitliches Erbrecht auf der Ebene des materiellen Rechts angesichts der unterschiedlichen Traditionen in den Mitgliedstaaten als nicht wahrscheinlich und wohl auch nicht erstrebenswert. An zahlreichen Beispielen erläuterte der Referent die schwierigen rechtlichen Probleme, die ein scheinbar einfach gelagerter Fall des internationalen Erbrechts mit sich bringen könne. *Dr. Dr. Ludwig* veranschaulichte dabei die praktischen Schwierigkeiten, die im Falle einer Entscheidungsdivergenz auftreten können. Auf der Ebene der rechtssetzenden Organe der Europäischen Union gebe es derzeit keine Bestrebungen, die genannten Probleme in Angriff zu nehmen. Zum Abschluss wies *Dr. Dr. Ludwig* auf das in deutsch-französischer Zusammenarbeit federführend vom Deutschen Notarinstitut im Auf-

trag der Europäischen Kommission erstellte Gutachten zum internationalen Erbrecht hin (siehe auch *notar 1/2003*, S. 31 ff.). In der dort vorgeschlagenen objektiven Anknüpfung an den Ort des letzten Aufenthalts in Kombination mit der Möglichkeit, das Heimatrecht oder das Recht des Aufenthaltsortes zum Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung zu wählen, sei ein Vorschlag gemacht worden, der für Bewegung in der Diskussion sorgen werde.

Der ständige Vertreter der österreichischen Notariatskammer bei der Europäischen Union, *Stephan Matyk*, stellte seinen Vortrag zum europäischen Vertragsrecht vor den Hintergrund des immer größer werdenden Anteils an europäischen Normen: Während noch 1990 ca. 60% der Gesetze vom nationalen Gesetzgeber gemacht worden seien, beständen 2003 bereits ca. 70% der gesetzgeberischen Aktivitäten in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft in der Umsetzung von Europarecht. Für das Jahr 2010 prognostiziere man einen Anteil von über 80%. Vor diesen Hintergrund stellte *Matyk* die Entwicklung des europäischen Vertragsrechts von den wissenschaftlichen Vorarbeiten über die Mitteilung der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2001 und die anschließende Konsultation bis hin zum Aktionsplan zum europäischen Vertragsrecht vor (siehe auch *notar 2/2003*, S. 54 ff.). Er erläuterte die im Aktionsplan vorgesehenen Schritte der Entwicklung eines „gemeinsamen Referenzrahmens“, der dann später in ein „optionelles Instrument“ münden könne.

In einem Ausblick in die Zukunft stellte *Matyk* die zu erwartenden nächsten Schritte auf dem Weg zu einem europäischen Vertragsrecht vor. Von Seiten der Wissenschaft werde, gefördert durch das 6. Forschungsrahmenprogramm der EU, ein Textvorschlag erarbeitet, auf dessen Basis die Kommission bis zum Jahr 2007 den gemeinsamen Referenzrahmen erstellen wolle. In den Erstellungsprozess solle,



wie von der EU nachdrücklich gefordert, die Rechtspraxis und damit auch das Notariat einbezogen werden. Somit sei schon in den nächsten drei Jahren mit Neuigkeiten aus dem europäischen Vertragsrecht zu rechnen.

Anknüpfend an den Vortrag von Matyk äußerte der Präsident der österreichischen Notariatskammer *Dr. Woschnak* in der Abschlussdiskussion der Konferenz, dass es wichtig sei, in den Bereichen, in denen spezifische notarielle Interessen betroffen seien, wie im Bereich der Harmonisierung des Privatrechts, durch Stellungnahmen und Lobbying in Brüssel die Interessen des Notariats offensiv zu vertreten. Man dürfe nicht müde werden zu

erläutern, dass das Notariat Teil der Rechtsschutzmechanismen der vorsorgenden Rechtspflege sei und damit Verantwortung gegenüber den Bürgern übernehme und gleichzeitig Berater der Wirtschaft, vor allem der kleinen und mittleren Unternehmen, sei. Er appellierte an die anwesenden Kollegen, sich in diese Arbeit einzubringen.

In ihrem Schlusswort spannte die Präsidentin der ungarischen Landesnotarkammer *Dr. Bókai* den Bogen über die vergangenen 15 Jahre und beschrieb die große Reise des ungarischen Notariats, die es nun nach Europa führen werde. Für sie bestehe eine der wichtigsten Lehren aus dem

Notarenkolloquium darin, dass sich das Verhältnis des ungarischen Notariats zur Rechtssetzung ändern müsse. Man dürfe nicht weiter ausschließlich Rechtsanwender und damit Konsument von Gesetzen sein, sondern müsse sich durch die aktive Teilnahme am Rechtssetzungsprozess zu einem Mitgestalter des Rechts entwickeln. Diese große Aufgabe zeige, dass die Aufbauarbeit für das ungarische Notariat nicht durch den Beitritt abgeschlossen sei; es gebe noch viel Arbeit. Frau *Dr. Bókai* richtete ihren Dank an die Referenten und Teilnehmer und sprach eine herzliche Einladung für das 16. Notarenkolloquium Mitteleuropa vom 11. bis 13. November 2004 aus. TF

## Neuer Präsident der Österreichischen Notariatskammer/Verabschiedung des bisherigen Präsidenten

Nach 13 Jahren an der Spitze der Österreichischen Notariatskammer hat Notar *Dr. Georg Weißmann* sein Amt als Kammerpräsident niedergelegt. Zu seinem Nachfolger hat der Delegiertentag der Österreichischen Notariats-

kammer am 22. Oktober 2003 seinen bisherigen Stellvertreter, Notar *Dr. Klaus Woschnak*, gewählt. Der Deutsche Notarverein dankt *Dr. Georg Weißmann* für die gute und stets fruchtbare Zusammenarbeit in den

vergangenen Jahren. Zugleich gratuliert der Deutsche Notarverein *Dr. Klaus Woschnak* zur Wahl durch den Delegiertentag und wünscht ihm viel Erfolg und Freude bei der Ausübung des Präsidentenamtes. -TS

## TACIS\*-Projekt: Unterstützung bei der Rechtsreform in Kazachstan: Die Notariatsreform

*Notarassessor Detlef Heins, Dresden*

Im September 2002 hatte Notarassessor *Detlef Heins* für die DNotV GmbH unter Leitung der ABU-Consult GmbH Berlin für vier Wochen als Short-Term-Experte des EU-TACIS Projekts „Notariatsreform in Kazachstan“ ein Konzept zur Dienstprüfung der Notare und zu den Strukturen und Arbeitsweisen der Kammern und der Justizverwaltung erarbeitet (*notar* 2002, 74 ff.). Im Rahmen des gleichen Projekts beriet er für die Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH die Republikanische Notarkammer in Fragen der Öffentlichkeitsarbeit. Sein Aufenthalt in Kazachstan vom 14.–29. Oktober 2003 fiel mit dem förmlichen Abschluss des Projekts zusammen, eine Gelegenheit, um über die Reformfortschritte zu berichten. Dieser Beitrag bezieht Materialien des TACIS-Projekts ein.

Die Reform des Notariats in Kazachstan lässt sich in zwei Phasen unterteilen. Mit dem Gesetz über das Notariat wurde 1997 der Weg für Notare in eigener Praxis frei gemacht. Der Präsident der Republik Kazachstan gab den neuen Notarinnen und Notaren auf den Weg, sie seien jetzt Unterneh-

\* TACIS steht für Technical Assistance to the Commonwealth of Independent States

mer, und zugleich nahm er ihnen die Befugnis, das staatliche Siegel zu führen. Präsidentenworte haben viel Gewicht: Vom Begriff des „Unternehmers“ kamen die Notare zunächst nicht los. Einige waren darüber nicht traurig. Sie vereinbarten mit den Klienten Gebühren, die ein Vielfaches über den staatlichen Tarifen lagen, sie ließen die Finger von schwierigen, arbeitsaufwändigen und haftungsträchtigen Erbscheinssachen und eröffneten die Büros dort, wo am meisten Kundenschaft zu erwarten war. Die Notarkammern nutzten eine Lücke im Gesetz, wonach die Notarbefugnisse von der Aufnahme in die Kammer abhingen, und sorgten durch spürbare Aufnahmebeiträge für eine faktische Beschränkung der Notarstellen in den attraktiven Bezirken. Die marktwirtschaftliche Willfähigkeit einzelner privater Notare ließ den Wert der Urkunden spürbar fallen. Wenn der Notar alles anstandslos beurkundet, was man ihm anträgt, macht er sich überflüssig.

Notare mit Weitblick hielten diese Entwicklung deshalb für verhängnisvoll. Sie hielten an der Auffassung fest, dass die Tätigkeit eines Notars stets staatlich ist, es also keine „privaten Notare“ geben kann, sondern nur „Notare in eigener Praxis“. Sie betonten Verantwortung und Pflichten der Notare. In ihrem Ziel, ein Notariat zu schaffen, das den Anforderungen der UINL genügt, fanden sie spürbare Unterstützung bei der Europäischen Union, die für die Reform des Notariats in Kasachstan rund 1 Million Euro bereitstellte.

Als ständiger Arbeitsstab leiteten Volker Hillebrandt (Team Leader), Svetlana Kirzhibaeva (Langzeitexpertin) und Nazym Schalbaeva (Assistentin) das Projekt und seine verschiedenen multinationalen Arbeitsgruppen. In der festlichen Abschlussveranstaltung am 21. Oktober 2003 im Justizministerium der Republik Kasachstan konnten sie eine beeindruckende Bilanz ihrer Projektstätigkeit ziehen:

Die normativen Akte der Republik Kasachstan, die das Notariat betreffen,

wurden auf ihre Systematik und auf ihre Vereinbarkeit mit internationalen Standards überprüft. Zahlreiche Änderungen wurden vorgeschlagen, von denen viele bereits gesetzgeberisch umgesetzt sind. Zentral ist dabei, dass der missverständliche Begriff des „Unternehmers“ aus dem Notargesetz gestrichen und auch das freie Notariat als staatliche Einrichtung anerkannt wurde. Auch die Notare in eigener Praxis sind jetzt (wieder) an die staatliche Gebührenordnung gebunden, eine Konsequenz aus den durch die Freigabe gestiegenen Preisen für notarielle Leistungen. Künftig sollen für das Notariat nach Geschäftswert gestaffelte Gebühren eingeführt werden. Die Wertgebühr soll das Festpreissystem ablösen, das zwar zahlreiche Ermäßigungstatbestände vorsieht, die aber weder etwas mit dem wirtschaftlichen Interesse an einer Transaktion noch mit der tatsächlichen Leistungsfähigkeit der Klienten zu tun haben.

Infolge einer Änderung des Gesetzes über das Notariat werden Notarstellen künftig nur nach einer Bedürfnisprüfung eingerichtet. Welche Kriterien dafür ausschlaggebend sein werden und wie die Auswahl unter mehreren Bewerbern getroffen werden soll, wird Gegenstand eines europäischen „BISTRO“-Folgeprojekts. Zwar hat Kasachstan den Vorteil einer zentralen Verwaltungsstruktur, so dass ein landesweites System geschaffen werden kann. Die regionalen Unterschiede in Kultur, Lebensweise, Bevölkerungsdichte und Wirtschaftskraft sind jedoch gewaltig. Während in Almaty und Astana westlich geprägte Supermärkte türkischer Investoren und Internetcafés eine Selbstverständlichkeit sind, gibt es auch Landesteile, in denen elektrischer Strom nur über mobile Generatoren verfügbar ist. Der Bedarf an notariellen Leistungen, zurückzulegende Entfernungen und Kaufkraft kann unterschiedlicher kaum sein. Es ist aber auch klar, dass sich das freie Notariat nicht auf die lukrativen Standorte beschränken und den staatlichen Notaren – und damit auch dem Steuerzahler – die Unterhaltung der

Notariate in strukturschwachen Gegenden überlassen kann.

Zentrales Projektziel war, funktionierende Strukturen bei Notarkammern und Behörden des Justizministeriums aufzubauen. Dazu gehörte neben der technischen und personellen Ausstattung, Aufgaben und Verfahrensabläufe festzulegen. In der Zeit des Projekts hat die Republikanische Notarkammer erreicht, dass jetzt alle regionalen Kammern Mitglieder sind, und, abgesehen von wohl nirgendwo zu vermeidenden Quertreibern, die Leistung, Qualität und damit auch die Notwendigkeit der Kammern anerkannt wird.

Die Leistungen bei der Notarusbildung und -fortbildung tragen sicher zum gestiegenen Ansehen der Notarkammern bei. Unter TACIS-Beteiligung wurden Lehrpläne, Unterrichtsmaterialien und neue Unterrichtsmethoden erarbeitet. Es wäre übertrieben zu sagen, das Ziel sei erreicht. Die neue Herangehensweise zu lernen und zu lehren, zeigt aber Früchte. Die Freude an der Fortbildung führt bereits zu spürbaren Verbesserungen. Besonders müssen Kompetenz und Selbstbewusstsein der engagierten Kolleginnen hervorgehoben werden, die beginnen, freundlich und sachlich ihre Erwartungen an das Notariat und an die Politik auch öffentlich vorzutragen.

Die verbesserte Leistungsfähigkeit ist auch der Grundstein für die Öffentlichkeitsarbeit der Notare. Nur wenn die Qualität in Ordnung ist, macht Werbung Sinn. Weniges ist gefährlicher, als Erwartungen zu wecken und diese dann zu enttäuschen. Das Fundament müssen innere Richtigkeit und allgemeine Akzeptanz der öffentlichen Urkunde sein. Erst wenn diese Bedingung erfüllt ist, können weitere Leistungsmerkmale zur Geltung kommen. Für die Notare stellt sich deshalb zunächst die Aufgabe, ihre gesetzlichen Pflichten und Befugnisse nachprüfbar kompetent zu erfüllen und darüber zu informieren.

Über die Medien wird dieser Informationsauftrag nur eingeschränkt erfüllt werden können. Journalisten sehen ihre Rolle entweder sehr staatsnah oder, bei wenigen privaten Anbietern, regierungskritisch; freie Berichterstattung über eine Kammer oder die Weitergabe von Sachinformationen ohne Bezahlung als Anzeige bzw. Sponsoring ist wenig üblich. Sich auf bezahlte Anzeigen zu stützen, verdirbt den Markt endgültig und belastet den Etat der Kammer. Der Weg wird deshalb sein, auf das Informationsangebot der Kammer hinzuweisen und dieses zugänglich zu halten. Eine Internetseite der Republikanischen Notarkammer ([www.notariat.kz](http://www.notariat.kz)) ist installiert und gibt auch der breiten Öffentlichkeit Informationen zu Sachthemen. Besonders sollen die Rubrik „Fragen und Antworten“ und die elektronische Notarsuche User anlocken. Die Seite wird auch in kazakhischer Sprache angeboten werden. Durch ein einheitli-

ches Erscheinungsbild („Corporate Identity“) soll nicht nur der einzelne Notar, sondern der ganze Stand gefördert werden.

Wenn sich die neuen Leistungsangebote der Notare verfestigt haben, werden Forderungen nach weiteren Kompetenzen zu erheben sein. Zentral ist dabei die Neuregelung des Grundstücksverkehrs, der derzeit oft ohne notarielle Beteiligung abgewickelt wird. Die internationalen Erfahrungen, die kazakhische Notarinnen und Notare z.B. in Deutschland und Griechenland sammeln konnten, können genutzt werden, der Regierung ein stimmiges Konzept zur Regelung des Grundstücksverkehrs zu unterbreiten. An dieser Stelle werden auch Strategien zur Lobbyarbeit der Kammer entwickelt. Die traditionell sehr guten Kontakte der Notare zum Justizministerium aus den Zeiten des nur staat-

lichen Notariats konnten nach den ersten Irritationen wegen der „unternehmerischen“ freien Notare durch sehr sachliche Arbeit ausgebaut werden. Der Republikanischen Notarkammer ist zu wünschen, dass sie sich weiter emanzipiert und auch eigene Positionen entwickelt. Mit eigenen Pressekonferenzen und Vorschlägen zum Notarrecht hat sie diesen Weg bereits eingeschlagen. Auch wenn es in Kazachstan noch ungewöhnlich ist, dass ein Berufsverband eigene Vorschläge zur Diskussion stellt, sollte die Notarkammer selbstbewusst bleiben. Dass Notare einen Beitrag zur Privatautonomie leisten, ist altes Selbstverständnis. Dass sie helfen, eine lebendige Demokratie entstehen zu lassen, sollte ihnen zusätzlicher Ansporn sein.

Die deutschen Notarinnen und Notare werden sie auf diesem Weg gerne weiter begleiten.

## Rechtsberatungsprojekt Serbien

Die Servicegesellschaft des Deutschen Notarvereins, die DNotV GmbH, führt im Auftrag und in Zusammenarbeit mit der Deutschen Gesellschaft

für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH regelmäßig Rechtsberatungsprojekte im Zusammenhang mit der beabsichtigten Einführung des No-

tariats lateinischer Prägung in Serbien durch. Wir berichteten im *notar* 2003, S. 83 bis 86, über das letzte Projekt.



*Dr. Zimmermann übergibt Frau Trgoucevic-Prokic das Beck'sche Notarhandbuch als Grundstock für die Bibliothek der Faculty of Business Law. Herr Baltic übersetzt.*

Von Ende Oktober bis Anfang November 2003 hat die DNotV GmbH gemeinsam mit der GTZ für zwei Gruppen angehender serbischer Notare, die einen von Professor Dr. Sarkic geleiteten Kurs an der Faculty of Business Law in Belgrad zum Notarrecht besucht hatten, eine Study-Tour in Berlin und Brandenburg durchgeführt. Die erste Delegation bestand aus 13, die zweite aus 10 Teilnehmern. Die Teilnehmer verfügten größtenteils über Berufserfahrung als Rechtsanwälte in Serbien. Durch die Study Tours sollten die Teilnehmer auf die Einführung des Notariats nach westeuropäischem Muster in Serbien vorbereitet und insbesondere mit der praktischen Arbeitsweise des (Nur-) Notariats vertraut gemacht werden. Die Delegationen wurden von Notarassessor Dr.



*Delegation angehender serbischer Notare beim Empfang durch den Präsidenten des Deutschen Notarvereins, Dr. Stefan Zimmermann*

Thomas Schwerin und von Notarasessor Till Franzmann begleitet, die auch die fachliche und organisatorische Vorbereitung übernommen hatten.

Das Fachprogramm begann mit der Besichtigung eines ländlichen Notariats in Belzig/Brandenburg. Das ehemalige Vorstandsmitglied des Deutschen Notarvereins, Notar Dieter Zastrow, Belzig, empfing die Delegationen in seinen Amtsräumen. Anhand eines typischen Grundstückskaufvertrages stellte Notar Zastrow das Beurkundungsverfahren einschließlich der Abwicklungsschritte dar. Dabei fanden die Frage der Kaufpreisüberwachung durch den Notar und das Rechtsinstitut der Vormerkung das besondere Interesse der Teilnehmer. Exemplarisch wurden Fragen des deutschen materiellen Rechts und damit im Zusammenhang stehende Belehrungspflichten erläutert. Außerdem erläuterte Notar Zastrow die Anfänge des freien Notariats in den neuen Bundesländern und wies auf Parallelen in Serbien hin. Die anschließende Führung durch die Amtsräume bot der Delegation Gelegenheit, sich über Details der Amtsführung und Büroausstattung zu informieren. Dabei wurde auch die praktische Herstellung einer notariellen Urkunde demonstriert.

Der folgende Tag stand unter dem Thema „Grundbuch und Handelsregister“. Dementsprechend besuchten die Delegationen am Vormittag das Handelsregister in Potsdam. Hier wurden sie von der Leiterin des Handelsregisters, Frau Tanner, sowie Frau RiAG Neumann empfangen, die die Funktion des Handelsregisters erläuterten. Die Probleme mit dem Übergang zum elektronischen Handelsregister wurden geschildert und die sich hieraus künftig ergebenden Vorteile (z.B. Abfragemöglichkeiten unmittelbar im Notariat) beschrieben. Besonders wurde auf das Zusammenspiel zwischen Handelsregister und Notaren hingewiesen. Auch wurde über die Bewältigung der Probleme im Zuge der Wiedervereinigung gesprochen, bei der auch das Notariat eine herausgehobene Rolle gespielt hat. Am Nachmittag folgte der Besuch des Grundbuchamtes. Die Leiterin des Grundbuchamtes, Frau Dr. Pursch, erläuterte die Funktion des Grundbuchs, insbesondere seine Bedeutung für das Funktionieren des Grundstücksverkehrs und der Kreditsicherheiten. Im Gespräch mit den Delegationsteilnehmern zeigte sich, dass zumindest in der österreichisch-ungarisch geprägten Vojvodina teilweise ähnliche Grundbuchstrukturen vorhanden sind, die möglicherweise beim Aufbau ge-

nutzt werden können. Das Handelsregister und das Grundbuchamt wurden eingehend besichtigt; praktische Abläufe wurden anhand von Mustervorgängen demonstriert.

Sodann stand ein Besuch der Bundesnotarkammer auf dem Programm. Dort wurden die Delegationen vom Hauptgeschäftsführer der Bundesnotarkammer Dr. Stefan Görk, Geschäftsführer Dr. Till Schemmann und dem stellvertretenden Geschäftsführer Stefan Haeder empfangen. Diese erläuterten Struktur und Aufgaben der Bundesnotarkammer und der regionalen Notarkammern. Das Kammerwesen fand besonderes Interesse bei den Teilnehmern. Eine Reihe von Fragen befasste sich mit der Rolle der Kammern bei der Berufsaufsicht. Außerdem wurde mit den Teilnehmern die Funktion einer Notarkasse, die u. a. für die Altersversorgung zuständig ist, erläutert. Es folgte ein Empfang beim Deutschen Notarverein. Dort erläuterte die Geschäftsführung die Organisation und den Aufbau des Verbandes. Auch wurde die Zusammenarbeit mit anderen Berufsverbänden und dem Bundesministerium der Justiz beschrieben. Die Teilnehmer hatten die Idee, eine dem Notarverein entsprechende Organisation in Serbien zu schaffen. Hierin wurden sie von der Geschäftsführung ausdrücklich ermuntert, wobei darauf hingewiesen wurde, dass die Gründung eines Notariats nicht zwingend voraussetzt, die Existenz einer entsprechenden Körperschaft die Einführung aber durchaus beschleunigen kann. Erörtert wurde auch die Frage, ob Notare Mitglieder einer politischen Partei sein dürften. Damit verbunden stellten sich Fragen der Interessenkollision im Falle der Mitgliedschaft von Notaren etwa in den Organen kommunaler Gebietskörperschaften.

Am nächsten Tag des Besuchsprogramms erfolgte die Begrüßung durch den Präsidenten des Deutschen Notarvereins, Notar Dr. Zimmermann. Dr. Zimmermann bestärkte die Delegation

# Qualitäts-Management

Verbesserungen wollen ++ Schwachstellen ermitteln ++ Lösungen entwickeln

## im Notariat

**Das Projekt** beginnt jeweils mit einem Kanzleitag, um das individuelle Optimierungsprofil zu erstellen.

Im Anschluss finden 7 Gruppenberatungstage statt, in denen das QM-System und Lösungen für die festgestellten Schwachstellen erarbeitet werden.

Zum Abschluss wird ein zweiter Kanzleitag durchgeführt, an dem die Installation des QM-Systems und die Umsetzung der Verbesserungen geprüft und bewertet werden.

Zu allem Vorgenannten erfolgt eine aussagekräftige Dokumentation.

**Jede Kanzlei erreicht trotz Gruppenberatung eine individuelle Lösung.**

### 4 Schritte zum Erfolg

> Individueller **PraxisCheck**, um die wichtigen Geschäftsprozesse der Kanzlei zu prüfen und das Verbesserungspotential genau zu bestimmen.

**Komplettangebot € 5.000,-** zzgl. MwSt.

Die DNotV GmbH bietet in Zusammenarbeit mit GeRMCONSULT die Möglichkeit, ein **individuelles QM-System für Ihre Kanzlei** zu erstellen und durch eine Gruppenberatung günstige Konditionen zu erhalten.

**inkl.** 1 individueller PraxisCheck in der Kanzlei

**inkl.** 7 Gruppenberatungstage

**inkl.** Word- und Excel-Lizenz

**inkl.** vieler Grundlagendokumente

**inkl.** aller Honorare und Spesen der Dozenten

**inkl.** Tagungsunterlagen

**inkl.** aller Raum- und Verpflegungskosten

**inkl.** 1 QM-Check zum Abschluss der Beratung in der Kanzlei

> **Software**, die die Erstellung und Verwaltung des Kanzleihandbuchs in besonderer Weise unterstützt, sodass dadurch viel Zeit und Aufwand gespart wird.

> Erarbeitung der bestmöglichen **Lösung** auf der Basis des PraxisChecks, speziell für Ihre Kanzlei.

> **Vorgabedokumente** in der Software, die von Ihnen nur angepasst und nicht neu entwickelt werden müssen.

**Jeder teilnehmende Notar erhält darüber hinaus ein**

**L a p t o p, um eine optimale Durchführung der Gruppenberatungstage zu gewährleisten.**

**Die Teilnehmerzahl ist auf 10 Kanzleien ( je 1 Notar und 1 Fachkraft) beschränkt. Es zählt die Reihenfolge des Anmeldungseingangs; deshalb bitte gleich Fax absenden an die DNotV GmbH: 0 3 0 / 2 0 6 1 5 7 5 0 !**

**Ja**, wir nehmen teil und melden uns verbindlich an.

Datum

Unterschrift

Kanzleistempel

**Die Anmeldung bitte ausschließlich per Fax verschicken.** (DNotV GmbH: Es entscheidet der Zeitpunkt des Eingangs.)

darin, einen Verein zur Wahrnehmung der eigenen Interessen zu gründen. Dabei erläuterte er auch die Rolle, die der Deutsche Notarverein bei der Einführung des Notariats in den neuen Bundesländern gespielt hat.

Weiter stand ein Besuch des Bundesministeriums der Justiz auf dem Programm, wo die Delegationsmitglieder Gelegenheit hatten, mit dem Leiter des Referats für das Berufsrecht der Rechtsanwälte, Notare und Patentanwälte, Ministerialrat Dr. Franz, die Grundzüge des notariellen Berufsrechts und die Aufgaben des Bundesjustizministeriums in Abgrenzung zu der Tätigkeit der Landesjustizverwaltungen zu diskutieren. Dabei wurde auch eingehend über die unterschiedlichen Notariatsverfassungen in Deutschland gesprochen, deren historische Ursprünge Dr. Franz erklärte. Dabei betonte er zugleich die Notwendigkeit eines einheitlichen Berufsrechts. Dr. Franz berichtete zudem

über aktuelle europarechtliche Entwicklungen und beschrieb die Zusammenarbeit des Bundesministeriums der Justiz mit den notariellen Berufsorganisationen. Anhand vieler Fragen der Teilnehmer wurden unterschiedlichste Themen des Berufsrechts, von der Regulierung des Berufszugangs über die Notarstellenplanung bis zur Versicherungspflicht diskutiert.

Schließlich besuchten die Delegationen das Notariat Peter Arntz in Potsdam. Dabei wurde der Unterschied eines städtischen im Vergleich zu einem ländlichen Notariat erläutert, der sich u.a. an einer anderen Klientel und anderen Beurkundungsaufträgen zeigt. Notar Arntz erläuterte, dass in der Stadt neben dem Immobilienrecht das Gesellschaftsrecht eine bedeutende Rolle spielt. Hofübergaben seien dagegen selten. Bei der Führung durch das Notariat fielen den Teilnehmern Unterschiede zur Organisation des

Notariats Zastrow auf, die zu angeregten Diskussionen führten. Im Anschluss hieran konnten die Delegationsmitglieder der Beurkundung einer GmbH-Gründung beiwohnen und die anschließend in die Wege geleitete Abwicklung vor Ort beobachten. Die Unterschiede zum serbischen Gesellschaftsrecht wurden anhand der einzelnen Satzungsbestimmungen erörtert.

Der Besuch der Delegationen wurde durch ein kulturelles Rahmenprogramm abgerundet, das einen Konzertbesuch, eine Stadtbesichtigung, die Besichtigung des Schlosses Sans Soucis sowie ein gemeinsames Abendessen beinhaltete. Zwei serbische Mitarbeiter der GTZ, Frau Jelena Baltic und Herr Milos Baltic, begleiteten die Delegationen und leisteten dabei hervorragende Übersetzungsarbeit. TS

## Zehn Jahre freiberufliches Notariat in Estland

*Notar Dr. Guido Harder, Stralsund*

Am 31. Oktober 2003 fand in der estnischen Hauptstadt Tallinn eine Festveranstaltung zum zehnjährigen Bestehen des freiberuflichen Notariats in Estland statt. Dabei konnten die estnischen Kollegen mit Stolz auf den von ihnen zurückgelegten Weg von einem sowjetischen staatlichen Notariat hin zu einem freiberuflichen Notariat lateinischer Prägung zurückblicken.

Die estnische Notarkammer hatte Vertreter anderer europäischer Notarorganisationen zu einer Konferenz eingeladen, um über die Perspektiven des Notariats in einem zusammenwachsenden Europa und aktuelle Probleme und Entwicklungen im estnischen Notariat zu diskutieren. Auch der Ehrenpräsident der UINL, Dr. Helmut Fessler, Krefeld, hielt auf der Konferenz einen Vortrag.

Am Abend des 31. Oktober fand ein festlicher Empfang in den Räumen des Schlosses Kadriog statt, das während der Zeit der Regentschaft des russischen Zaren Peter I. errichtet wurde, als Estland zum russischen Reich gehörte und Tallinn noch den deutschen Namen Reval trug.

Das deutsche Notariat war sehr würdig vertreten. So reisten der Präsident der Bundesnotarkammer Dr. Tilman Götte sowie der Präsident des Deutschen Notarvereins Dr. Stefan Zimmermann nach Tallinn. Außerdem waren weitere Notare aus Deutschland der Einladung der Esten gefolgt, die sich dem estnischen Notariat besonders verbunden fühlen und sich bei der Aufbauarbeit in den ersten Jahren nach der Einführung des freiberuflichen Notariates in Estland mit Rat und Tat zur Verfügung gestellt haben.

Von den estnischen Kollegen wurde die Unterstützung, die sie erfahren haben, unter anderem auch durch Verleihung des Ordens „Order Of Merit From The Body Of The Estonian Notaries“ an die Kollegen Dr. Helmut Fessler, Krefeld, Dr. Stefan Zimmermann, Köln, Stefan Störmer, Hamburg und Dr. Hanns-Jakob Pützer, Bonn, gewürdigt.

Seit über zehn Jahren bestehen auch besonders enge partnerschaftliche Kontakte zwischen den Notarorganisationen in Estland und Mecklenburg-Vorpommern. So waren dann auch die Notarkammer Mecklenburg-Vorpommern durch ihre Präsidentin Hannelore Gamm sowie den amtierenden Geschäftsführer Martin Hückstädt und der Notarbund Mecklenburg-Vorpommern durch den Verfasser in Tallinn vertreten. In den ersten

Jahren der Zusammenarbeit konnten die Notare aus Mecklenburg-Vorpommern, die zum großen Teil selbst aus einem staatlichen Notariat kamen, viele ihrer Erfahrungen bei dem Übergang zu einem freiberuflich organisierten Notariat weitergeben und vor allem Ängste vor der wirtschaftlichen Selbständigkeit nehmen. Eine Reihe estnischer Notare nahm die Möglichkeit zu Praktika bei Kollegen in Deutschland wahr. Im Jahr 2002 fand eine vom Notarbund Mecklenburg-Vorpommern organisierte Reise nach Estland statt. Die entstandenen persönlichen Kontakte konnten anlässlich des Aufenthaltes in Tallinn erneut ausgebaut und gefestigt werden.

Bei Besuchen in Büros estnischer Kollegen konnten sich die angereisten ausländischen Gäste und vor allem auch die deutschen Kollegen, die den Aufbau des freiberuflichen Notariats besonders unterstützt hatten, von den großen Fortschritten des estnischen Justizwesens und speziell des Notariats überzeugen. So ist längst ein Zugriff der Notare auf Daten der Grundbuchämter, des Handelsregisters aber auch der Meldebehörden zur Über-

prüfung von Personaldokumenten möglich und zudem noch kostenfrei. Die technische Ausstattung der Büros braucht den Vergleich mit Kanzleien in Deutschland mittlerweile nicht zu scheuen.

Allerdings haben auch die estnischen Notare mit einer Reihe von Problemen zu kämpfen. Da nach estnischem Recht sehr viel mehr Beglaubigungen und Beurkundungen erforderlich sind, kann die Nachfrage nach notariellen Dienstleistungen noch nicht ausreichend gedeckt werden. Es kommt zu längeren Wartezeiten und einer damit verbundenen Unzufriedenheit der Klienten. Wegen des zur Zeit großen Bedarfs werden derzeit viele neue Notarstellen geschaffen, wobei nicht absehbar ist, ob sich diese auf Dauer tragen werden. Es besteht ein sehr großes Gefälle bei den Einkünften zwischen den Notaren in der Hauptstadt Tallinn und denen in den ländlichen Regionen. Die beruflichen Perspektiven werden von einem Teil des juristischen Nachwuchses in anderen juristischen Berufen als besser eingeschätzt, so dass es nicht immer leicht ist, sehr gute Absolven-

ten für den Notarberuf zu gewinnen. Hinzu kommt, dass das Notariat in einem Land, das aus eigener Kraft sein gesamtes politisches System verändert hat und jetzt eher auf das freie Spiel der Kräfte setzt, seine Existenzberechtigung immer wieder neu unter Beweis stellen muss. Bekanntlich ist das Notariat lateinischer Prägung in Ländern des anglo-amerikanischen Rechtskreises, in denen viele der oft sehr jungen Politiker und Juristen ausgebildet wurden, und auch in skandinavischen Ländern, mit denen Estland schon wegen seiner geographischen Lage enge Kontakte hat, unbekannt.

Trotz aller Probleme ist das estnische Notariat weit vorangekommen. Die Notare Estlands haben einen wichtigen Beitrag zur Transformation ihres Landes zu einer marktwirtschaftlich organisierten Gesellschaft geleistet und dabei die rechtssuchende Bevölkerung begleitet. Auf die neuen Aufgaben, die im Zusammenhang mit dem Beitritt Estlands zur europäischen Union im Mai 2004 auf sie zukommen, sind sie gut vorbereitet.

## 10 Jahre freiberufliches Notariat in Lettland

*Notarassessor Burkhard Lischka, Magdeburg*

Vom 04. bis 06. September 2003 feierte das Kollegium der Vereidigten Notare Lettlands sein zehnjähriges Bestehen. Durch das Inkrafttreten des lettischen Notariatsgesetzes zum 01. September 1993 wurde das zu Sowjetzeiten bestehende staatliche Notariat aufgehoben und ein freies und unabhängiges Notariat in Lettland eingeführt. In Lettland amtieren derzeit 96 Notarinnen und Notare.

Das lettische Notariat kann auf eine lange Geschichte zurückblicken. Bereits im 13. Jahrhundert erreichten mit den deutschen Kreuzrittern die ersten Notare die Gebiete der heutigen Republik Lettland. Die weitere Ent-

wicklung des lettischen Notariats wurde in der Folgezeit in erheblichem Maße durch die Notariatsverfassungen derjenigen Länder bestimmt, deren Bestandteil die heutigen lettischen Gebiete waren. Erst am 18. November 1918 erlangte Lettland die staatliche Unabhängigkeit und ersetzte am 17. Dezember 1937 die seit 1864 geltende russische Notariatsordnung durch ein eigenes lettisches Notargesetz, auf dem das seit 1993 bestehende Notariatsgesetz weitestgehend beruht.

Mit der Einführung eines freien Notariats hat der lettische Gesetzgeber ein Notariat lateinischer und kontinentaleuropäischer Prägung in Lettland

etabliert. Dabei vereinigt das geltende Notariatsgesetz sowohl berufsrechtliche Regelungen als auch Vorschriften über das Beurkundungs- und Beglaubigungsverfahren in einem Gesetzeswerk. Als Schwachstelle des lettischen Notariatsgesetzes darf allerdings gesehen werden, dass es zwar eine Vielzahl von Beglaubigungsformen enthält (so unterscheidet Art. 108 des Notariatsgesetzes allein 14 unterschiedliche Beglaubigungsformen), der notariellen Beurkundung dagegen – mit Ausnahme der Testamenterrichtung – keine praktische Bedeutung im Berufsalltag der lettischen Kollegen zukommt.



Dr. Stefan Zimmermann

Dieser Umstand wurde auch anlässlich der Feierlichkeiten zum 10-jährigen Bestehen des freiberuflichen Notariats in Lettland durch verschiedene Vertreter der lettischen Notarschaft kritisiert.

So führte Indulis Šermukšnis, Mitglied des Rates (Vorstandes) der vereidigten Notare Lettland, vor zahlreichen lettischen und ausländischen Gästen aus:

*„Die Existenz des notariellen Berufes und die erfolgreiche Funktion im lettischen Rechtssystem hängt in starkem Maße von der Frage ab, inwieweit Rechtsgeschäfte der notariellen Form bedürfen. In Lettland hat sich diesbezüglich die Gesetzgebung bisher üblicherweise mit der einfachen Unterschriftsbeglaubigung begnügt. Dies ist der Hauptgrund für eine Situation, in der die Notare die meiste Zeit damit verbringen, Unterschriften zu beglaubigen, nicht aber Urkunden vorzubereiten. Das Notariat als ein Instrument der vorsorgenden Rechtspflege, indem es öffentliche Urkunden errichtet, ist in dieser Hinsicht ineffizient. Die Anforderungen, die das Gesetz an den Notarberuf und die berufliche Qualifikation stellt, werden so nicht gerechtfertigt (...). Die vorsor-*

*gende Rechtspflege verliert ihren Sinn und der ganze Zweck des Notariats als Institution geht verloren.*

(...)

*Wenn weniger wichtige und vollkommene technische Angelegenheiten (einschließlich der Unterschriftsbeglaubigungen) den Justizbehörden und anderen verlässlichen Institutionen übertragen würden, hätten die Notare als hochqualifizierte Juristen weniger Belastungen und könnten mehr Zeit für notarielle Beurkundungen aufbringen.“*

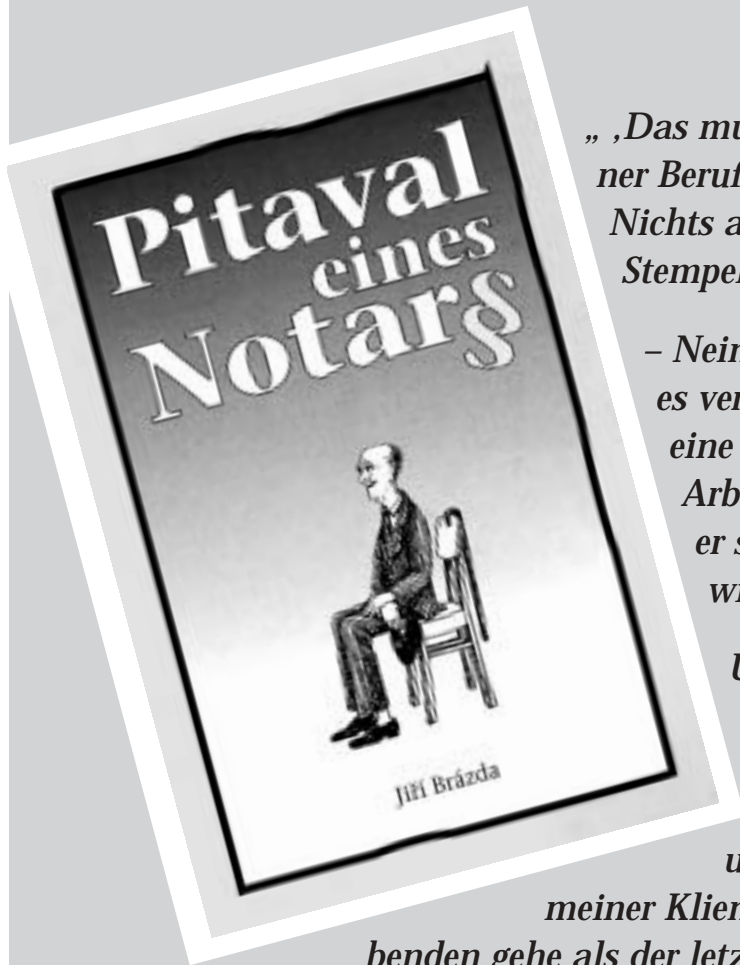
Überhaupt sparten die Notare anlässlich ihrer Jubiläumsfeier und eines durch die Notarkammer Sachsen-Anhalt mitorganisierten Symposiums „Das lettische Notariat auf den Weg in ein vereintes Europa“, nicht mit Kritik an der augenblicklichen Justizpolitik ihrer Regierung. So hatte das lettische Parlament erst im Frühjahr 2003 den in Art. 6 des lettischen Notariatsgesetzes verankerten „Numerus clausus“ im Hinblick auf die Anzahl der eingerichteten Notarstellen abgeschafft. Bis dahin konnten auch in Lettland nur so viele Notare bestellt werden, wie es den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege entspricht.

Anlässlich des Symposiums wies deshalb auch der Präsident des Deutschen Notarvereins, Herr Notar Dr. Stefan Zimmermann, in seinen Ausführungen darauf hin, dass eine individuelle Bedürfnisprüfung und eine verantwortungsbewusste Stellenpolitik unabdingbare Instrumente sind, um eine angemessene, flächendeckende Versorgung der Rechtsuchenden mit notariellen Leistungen sicherzustellen. Das Ziel einer möglichst zeitnahen Erledigung der Notariatsgeschäfte lasse sich nicht dadurch erreichen, so Dr. Zimmermann, dass die Justizverwaltung diese Steuerungsinstrumente aus der Hand gebe und es somit dem Zufall überlasse, an welchen Orten sich möglicherweise zu viel und in welchen Regionen sich möglicherweise zu wenig Notarstellen bilden. Eine verantwortungsvolle Stellenpolitik müsse in diesem Zusammenhang vielmehr gewährleisten, dass auf der einen Seite jeder Rechtsuchende in jeder Region eines Landes in räumlich und zeitlich zumutbarer Weise über notarielle Leistungen verfügen könne, auf der anderen Seite die angebotenen notariellen Tätigkeiten aber auch einen hohen Qualitätsstandard aufwiesen, und – als staatliche Aufgabe – von unabhängigen und unparteiischen Amtsträgern erbracht würden. Die Verwirklichung dieser Zielvorgaben setze eine zahlenmäßige Reglementierung der Notarstellen voraus.

Im Verlauf der Jubiläumsfeier fand auch der lettische Justizminister Aivars Aksenoks, der sich zuvor wiederholt gegen die Abschaffung des „Numerus clausus“ ausgesprochen hatte, deutliche Worte, um die besondere Bedeutung der Notare für ein funktionierendes Rechtssystem herauszustellen:

*„Notaren kommt eine Schlüsselstellung in der staatlichen Verwaltung zu (...). Notare in Lettland sind Teil eines Landes, in dem Rechtsstaatlichkeit herrscht, sie sind ein ganz besonderes Element dafür, dass die zivilen und gesetzlichen Interessen unserer*





*„Das muss ein einförmiger und trockener Beruf sein, dieses Notariatswesen! Nichts als Akten, Gebührenmarken, Stempel und Paragraphen ...“*

*– Nein, ich war nicht verletzt, aber es verblüffte mich schon, dass er eine solche Vorstellung von der Arbeit eines Notars hatte. Dass er so wenig über meine Arbeit wissen kann.*

*Und so begann ich zu erzählen, was alles auf meinem Tisch landet, welche Probleme ich dabei verhandle und kläre und wie ich zum Beichtvater*

*meiner Klienten werde. Wie ich oft zu Sterbenden gehe als der letzte Besuch aus dieser Welt und*

*wie ich andererseits zum Ersten werde, der sich der Angelegenheiten des Verstorbenen annimmt. Wie der Notar die Kompliziertheit und das Seltsame des menschlichen Lebens kennen lernt, das gewöhnlich im Verborgenen bleibt. Dass der Lebensinhalt eines Notars nicht nur die Ordner sind, sondern das Leben selbst. Zur Illustration erzählte ich ihm einige lustige und traurige Begebenheiten aus meiner Praxis ...“*

**Empfehlung: unbedingt lesens- und schmunzelns-wert, sogar zum Vorlesen bei schwierigen Beurkundungen geeignet.**

Notar  
Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen  
in: DNotZ 1998, S. 847

## Pitaval eines Notars

von JUDr. Jiří Brázda,  
Ehrenpräsident der Notarkammer  
der tschechischen Republik

1998, 220 Seiten, kartoniert,  
12,- €, zzgl. Versandkosten

Zu beziehen nur über:

DNotV GmbH  
Kronenstraße 73/74, 10117 Berlin  
Tel. (030) 20 61 57 40, Fax (030) 20 61 57 50  
E-Mail: dnotv@t-online.de

*Bürger geachtet werden und sie sind ein Teil der vorsorgenden Rechtspflege.*

*Ich muss mit Nachdruck die Idee betonen, dass die Institution „Notariat“ eine Institution des öffentlichen Vertrauens ist.“*

Das 10-jährige Jubiläum des freiberuflichen Notariats in Lettland mar-

kiert eine, im Vergleich zu Notarorganisationen anderer Länder, kurze Zeitspanne. Die lettischen Kollegen haben ihre Jubiläumsfeierlichkeiten allerdings eindrucksvoll dazu genutzt, zahlreichen Gästen aus Politik, Wissenschaft, Justiz und Wirtschaft zu zeigen, dass die Geschichte des lettischen Notariats weitaus älter und reich an historischen Ereignissen und wertvollen Erfahrungen ist. Diese Erfahrungen

helfen, künftige Herausforderungen zu erkennen und zu meistern. Die lettischen Kollegen werden ihren weiteren Weg, der sie bereits in Kürze in ein vereintes Europa führt, mit viel Enthusiasmus, Verantwortungsbewusstsein und Optimismus gehen. Diesen Eindruck haben sicherlich alle Gäste der Feierlichkeiten und des Symposiums mit nach Hause nehmen können.

## Aktuelle Themen/Gesetzgebungsvorhaben

Die meisten Leser werden wahrscheinlich schon von der Entwicklung in **Baden-Württemberg** gehört haben. Wir hatten im *notar* 2003 auf Seite 80 über die Pläne der Justizministerin des Landes Baden-Württemberg, Frau Corinna Werwigk-Hertneck, berichtet, das Mischsystem abzuschaffen und in ganz Baden-Württemberg das freie hauptberufliche Notariat einzuführen. Damit konnte sich die Ministerin nicht durchsetzen. Die Entscheidung ist in der Koalitionsrunde am 26.11.2003 in Stuttgart gefallen. Der Koalitionsbeschluss sieht vor, im badischen Landesteil bis zu 25 neue hauptberufliche, freie Notariate zu schaffen. Zu einer umfassenden Notariatsreform soll es nur kommen, wenn sich hieraus keine Einkommensausfälle für das Land ergeben bzw. entstehende Einkommensausfälle kompensiert werden. Frau Werwigk-Hertneck gibt sich trotz Niederlage positiv und sieht in dem Koalitionsbeschluss den „Einstieg in die Privatisierung des Notariats“. Zur Umsetzung des Beschlusses ist eine Änderung der BNotO erforderlich.

Am 11.11.2003 wurde der Entwurf eines **Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes**, BT-Drs. 15/1971, von allen vier im Bundestag vertretenen Fraktionen in den Bundestag ein-

gebracht, wo es nach der 1. Beratung am 14.11.2003 an die zuständigen Ausschüsse überwiesen wurde. Am 10.12.2003 wird der Gesetzentwurf im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages behandelt. Kern des Gesetzentwurfes ist das neue Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes sowie die Reform des Gerichtskostengesetzes. Betroffen ist aber auch die Kostenordnung. Dabei begrüßt der Deutsche Notarverein die beabsichtigte Streichung des Gebührenabschlages Ost. Der Gesetzgeber kommt damit einer Forderung nach, die der Deutsche Notarverein seit Jahren erhebt. Dagegen widerspricht der Deutsche Notarverein der in § 18 Abs. 1 KostO vorgesehenen Geschäftswertobergrenze von 60 Millionen Euro aus grundsätzlichen Erwägungen. Seine Haltung hierzu hat der Deutsche Notarverein bereits in seiner Stellungnahme vom 16.10.2003 zum Referentenentwurf vorgebracht. Die Kritik wird auch nicht dadurch abgemildert, dass der Gesetzentwurf in § 152 Abs. 2 Nr. 4 KostO einen Auslagentatbestand für eine für den Einzelfall abgeschlossene Haftpflichtversicherung für Vermögensschäden vorsieht, soweit die Prämie auf Haftungsbeträge von mehr als 60 Millionen Euro entfällt. Es darf nicht dazu kommen, dass künftig Versicherungsvertreter an Beurkundungsver-

handlungen teilnehmen, um über den Fortbestand der Deckung zu entscheiden.

Auf Initiative des Bundesrates, BR-Drs. 751/03, sollen nach § 78 BNotO Bestimmungen zu dem von der Bundesnotarkammer unterhaltenen **zentralen Vorsorgeregister** eingefügt werden. Damit wird diese ebenso wichtige wie begrüßenswerte Einrichtung eine gesetzliche Grundlage erhalten.

Am 19.11.2003 wurde mit BR-Drs. 865/03 der Entwurf eines **Betreuungsrechtsänderungsgesetzes** von den Ländern Nordrhein-Westfalen, Bayern und Sachsen in den Bundesrat eingebracht. Dabei begrüßt der Deutsche Notarverein im Grundsatz die mit dem Entwurf beabsichtigte Stärkung der Vorsorgevollmacht als privatautonome Regelung. Der Entwurf sieht jedoch unter anderem eine gesetzliche Vertretungsmacht für Ehegatten und nahe Angehörige vor. Diese Überlegungen, die vor allem im Zusammenhang mit einer erwarteten Kostenersparnis durch dann entfallende Betreuungen zu sehen sind, hält der Deutsche Notarverein für sachlich nicht gerechtfertigt. Entschieden ist der Deutsche Notarverein in seiner Stellungnahme zum Abschlussbericht

der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Betreuungsrecht“ zudem der Absicht entgegengetreten, die sich nun in dem Gesetzentwurf wiederfindet, durch eine Änderung von § 6 Betreuungsbehördengesetz Betreuungsbehörden die Befugnis einzuräumen, Unterschriften unter Vorsorgevollmachten zu beglaubigen.

Am 2.9.2003 wurde der Entwurf eines **Justizmodernisierungsgesetzes**, BT-Drs. 15/1508, in den Bundestag eingebracht und am 25.9.2003 in erster Lesung beraten und an die Ausschüsse überwiesen. Am 12.11.2003 fand eine öffentliche Anhörung im federführenden Rechtsausschuss statt, bei der kein Notar als Sachverständiger benannt war. Bei der Anhörung standen die mit dem Gesetzentwurf beabsichtigte Vereinfachung gerichtlicher Verfahren, die Fristverlängerung für die Unterbrechung der Hauptverhandlung im Strafprozess sowie die Erleichterung des Zugriffs auf Beweisaufnahmen und -ergebnisse anderer Verfahren im Vordergrund. Der Gesetzentwurf sieht aber auch eine Ermächtigung der Länder vor, bisher Richtern vorbehaltene Tätigkeiten, u.a. Handelsregister und Nachlasssachen, auf Rechtspfleger zu übertragen. Dies

hält der Deutsche Notarverein jedenfalls im Hinblick auf bestimmte Vorgänge im Bereich des Handelsregisters Abteilung B nicht für sachgerecht. Außerdem fordert der Deutsche Notarverein für den Fall der Übertragung der Nachlasssachen auf den Rechtspfleger, dass die Aufnahme von Erbscheinen zur Wahrung des „Vier-Augen-Prinzips“ in die alleinige Beurkundungszuständigkeit der Notare gelegt wird. Eine Öffnungsklausel, die es den Ländern gestatten würde, die **Führung der Handelsregister** auf andere Stellen zu übertragen, sieht der Gesetzentwurf, anders als der Referentenentwurf, zu dem der Deutsche Notarverein am 14.5.2003 Stellung genommen hat, nicht mehr vor; allerdings ist dies nach wie vor Gegenstand einer Gesetzgebungsinitiative der Bundesländer Hamburg und Baden-Württemberg, BR-Drs. 325/03 und BT-Drs. 15/1890. Die Bundesregierung lehnt die Bundesratsinitiative ab.

Die Koalitionsvereinbarung der Regierungsparteien sieht vor, dass das **Rechtsberatungsgesetz** den gesellschaftlichen Bedürfnissen angepasst werden soll. Im Zuge der Umsetzung dieser Vereinbarung hat das Bundesministerium der Justiz die anderen

Bundesministerien, die Landesjustizverwaltungen sowie eine Vielzahl von Verbänden um Mitteilung gebeten, ob und welche Probleme im Zusammenhang mit dem Gesetz bestehen und inwieweit Änderungsbedarf gesehen wird. Der Deutsche Notarverein hat in seiner Stellungnahme vom 16. Oktober 2003 darauf hingewiesen, dass solange der Staat zu Recht seine Verantwortung für den Verbraucherschutz durch berufsrechtliche Regelungen wahrnimmt, er - einerseits zum Schutz der regelunterworfenen Berufe, andererseits aber auch und gerade zum Schutz der Rechtsuchenden - gehalten ist, eine angemessene Ausschließlichkeit der Rechtsberatung und Rechtsbesorgung für diejenigen festzulegen, die sich durch die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft diesen Regeln unterwerfen. Daher sieht der Deutsche Notarverein derzeit keinen Anlass, Vorschriften der Rechtsberatung zu lockern.

Die vorerwähnten Stellungnahmen können im Volltext nachgelesen werden auf der Internetseite des Deutschen Notarvereins unter [www.dnotv.de](http://www.dnotv.de). TS

## Personalien/Sonstiges

Der Ehrenpräsidentin der **Notarkammer Sachsen**, Frau Notarin Bettina Sturm, Bautzen, ist durch den Bundespräsidenten am 1. Oktober 2003 in Berlin das Bundesverdienstkreuz am Bande verliehen worden. Die Auszeichnung würdigt insbesondere die Verdienste von Frau Notarin Sturm im Zusammenhang mit dem Aufbau des freien Notariats im Freistaat Sachsen. Der Deutsche Notarverein gratuliert Frau Notarin Sturm herzlich zu dieser hohen Auszeichnung.

Die Mitgliederversammlung des **Notarverbundes Sachsen-Anhalt e.V.** hat am 24. Oktober 2003 Herrn Notar

Uwe Breuer, Sangershausen, zum neuen ersten Vorsitzenden gewählt. Er tritt damit die Nachfolge von Frau Notarin Eleonore Lohr, Salzwedel, an, die sich auf eigenen Wunsch nicht mehr zur Wiederwahl gestellt hat. Herr Notar Dr. Dirk-Helmut Barth, Dessau, wurde zum zweiten Vorsitzenden gewählt. Die weiteren Vorstandsmitglieder, Herr Notar Andreas Zoch, Burg bei Magdeburg, und Herr Notar Holger Sternberg, Oschersleben, wurden wiedergewählt.

Zum 3. Dezember 2003 ist Herr Notarassessor Detlef Heins aus der **Geschäftsführung des Deutschen Notarvereins** ausgeschieden. Er wird

nach dem Jahreswechsel zum Sächsischen Staatsministerium der Justiz abgeordnet. Seine Aufgaben wird bis zur Benennung eines Nachfolgers Herr Geschäftsführer Dr. Thomas Schwerin wahrnehmen. Der Deutsche Notarverein dankt Herrn Heins für seine engagierte und qualitätsvolle Verbandstätigkeit und wünscht ihm für sein neues Aufgabenfeld viel Erfolg.

Das durch die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung geförderte **Notarinstitut der Humboldt-Universität zu Berlin** wird am 6. Februar 2003 mit einem Symposium zum Thema „Bau-trägervertrag“ seine Arbeit aufnehmen. Dem aus drei Hochschul-

lehrern der Humboldt-Universität bestehenden Institut gehört neben Professor Dr. Rainer Schröder Professor Dr. Gerhard Dannemann an. Der dritte Hochschullehrer ist bisher nicht benannt worden. Der Beirat des Instituts besteht aus Rechtsanwalt und Notar Klaus Mock, Berlin, Rechtsanwalt und Notar Burkhard Scherrer, Hannover,

sowie Notar Dr. Stefan Zimmermann, Köln.

Die Mitgliederversammlung des Deutschen Notarvereins hat am 13. Juni 2003 beschlossen, die Vereinsatzung zu ändern und den Zusatz „Bundesverband der Notare im Hauptberuf“ aus dem **Vereinsnamen** zu

streichen. Die Mitgliederversammlung wurde damit der Tatsache gerecht, dass der Verband allgemein als Deutscher Notarverein (ohne Zusatz) bekannt ist. Die Satzungsänderung wurde am 9. Oktober 2003 in das Vereinsregister eingetragen. TS

## Zwischenruf: Ausgleichende Gerechtigkeit

*Notar Dr. Hans Wolfsteiner, München*

So ändern sich die Zeiten

Als das BGB am 1.1.1900 in Kraft trat, lautete dessen § 1631 Abs. 2 Satz 1: „Der Vater kann kraft des Erziehungsrechts angemessene Zuchtmittel gegen das Kind anwenden.“

§ 2333 BGB lautete damals: „Der Erblasser kann einem Abkömmlinge den Pflichttheil entziehen: ... 2. wenn der Abkömmling sich einer vorsätzlichen körperlichen Mißhandlung des Erblassers ... schuldig macht ...“

Während § 2333 BGB über mehr als 100 Jahre unverändert geblieben ist, wurde § 1631 dreimal geändert. Das Gleichberechtigungsgesetz von 1957 formulierte anstelle der Zuchtmittel: „Entwürdigende Erziehungsmaßnahmen sind unzulässig.“ Das Kindschaftsrechtsreformgesetz von 1997 ergänzte die entwürdigenden Erziehungsmaßnahmen durch die Worte „insbesondere körperliche ... Misshandlungen“. Dessen nicht genug heißt es seit dem Gewalttächtungsgesetz 2000 kategorisch: „Kinder haben ein Recht auf gewaltfreie Erziehung.

Körperliche Bestrafungen ... sind unzulässig.“

War der Gesetzgeber bei § 2333 BGB untätig, so doch nicht die Rechtsprechung. Schon 1912 stellte das Reichsgericht unter Berufung auf die Materialien das zusätzliche Tatbestandsmerkmal der „Pietätsverletzung“ auf. 1961 entschied der Bundesgerichtshof, erforderlich sei eine vorsätzliche Körperverletzung im Sinne von § 223 StGB und damit eine mehr als unerhebliche Beeinträchtigung des Wohlbefindens, aber keine schwere Misshandlung und keine Boswilligkeit des Handelns. 1989 entschied der BGH (BGHZ 109, 306 m. w. Nw.), eine vorsätzliche Körperverletzung genüge nicht; vielmehr bedürfe es einer „schweren Pietätsverletzung“, einer „schweren Verletzung der dem Erblasser geschuldeten familiären Achtung“.

Einen vorläufigen Schlusspunkt setzt jetzt das OLG Köln (ZEV 2003, 464). Der (unterstellte) Sachverhalt bestand darin, dass der Sohn die Mutter mehrmals gewürgt („stranguliert“) hat, teils um Geld zu bekommen, teils

um sie zum Abschluss eines Mietvertrags zu nötigen. Dabei hat er sie auch erheblich verletzt, indem er sie gegen einen Heizkörper geworfen hat. Das OLG Köln sieht darin keine erhebliche Pietätsverletzung, weil der Sohn, dessen Lebensverhältnisse sich gegenüber einem vormals ehrlosen Lebenswandel stabilisiert hätten, die Mutter „in durchaus verständlicher Erregung“ körperlich misshandelt habe. Die „durchaus verständliche Erregung“ leitete sich daraus her, dass die Mutter fast zehn Jahre vorher den Sohn, der gegen sie einen Pflichtteilsanspruch erhoben hatte, unter Wert abgefunden hatte.

Man erkennt, dass es 1900 den Eltern noch erlaubt war, Kinder „angemessen“ körperlich zu züchtigen, den Kindern aber verboten, die Eltern körperlich zu misshandeln. Inzwischen ist es kategorisch und ausnahmslos verboten, Kinder körperlich zu bestrafen; dafür dürfen Kinder jetzt Eltern körperlich schwer misshandeln, wenn sie das aus einer „verständlichen Enttäuschung“ heraus tun. Das nennt man ausgleichende Gerechtigkeit und sozialen Fortschritt.