Schriftleiter Herausgeber

notar
monatsschrift für die gesamte
Deutscher Notarverein

schmitz-vornmoor/kordel

Vorsorge durch den Notar, Vertragsfreiheit und Verhaltensökonomik

eins 2009

editorial
Müller-Piepenkötter: Die elektronische Registerführung/ Bilanz einer Erfolgsgeschichte 1

jahresrückblick
Kilian: Handelsregisterrecht – Aktuelle Entwicklungen Januar 2007 bis November 2008 19

de lege ferenda
Vossius: Gesetzliche Vollzugsbremse? 30
Jeep: Die GbR im Grundbuch – und die Gesellschafter auch 30

schlussvermerk
Litzenburger: Der Notar in Oper und Operette (Teil 2) 42

BGH entscheidet zur Grundbuchfähigkeit der GbR (S. 26 und 30)

notar 1

DeutscherNotarVerlag

Die elektronische Registerführung/ Bilanz einer Erfolgsgeschichte

Liebe Leserinnen und Leser,

das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) ist zum 1.1.2007 in Kraft getreten. Nach zwei Jahren elektronischem Handelsregister und elektronischem Rechtsverkehr in der Bundesrepublik Deutschland kann eine erste erfreuliche Bilanz gezogen werden.

Bei der Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs im Handelsregister handelt es sich um die erste vollständige Umstellung eines Justizverfahrens auf die Elektronik. Geschäftsprozesse in Gerichten und Notariaten, aber auch in den Unternehmen haben sich hierdurch grundlegend verändert. Alle Unterlagen sind bei Gericht in elektronischer Form über das elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP) einzureichen. Zurzeit werden bereits mehr als 800.000 Nachrichten pro Jahr über das EGVP übermittelt.

Um die öffentliche Form im elektronischen Medium zu wahren, fertigt der Notar von der Anmeldung und denjenigen Anlagen, die in öffentlicher Form einzureichen sind (§ 12 Abs. 2 HGB), elektronisch beglaubigte Abschriften. Anstatt mit Unterschrift und Siegel des Notars – wie in der Papierwelt – wird das elektronisch beglaubigte Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur und einer Bestätigung der Notareigenschaft durch die zuständige Stelle versehen.

Arbeit wird dadurch gespart, dass die Informationen maschinell verarbeitet werden können. Nach den Vorgaben der Länder sind nämlich neben den einzureichenden Dokumenten Strukturdaten im Format XML zu übermitteln. Diese bilden den wesentlichen Inhalt der Handelsregisteranmeldung maschinenlesbar ab und beschreiben die eingereichten Dokumente.

In Kürze werden flächendeckend auch die Eintragsmitteilungen des Registergerichts an die Notare elektronisch und teilweise auch strukturiert im Format XML versandt, so dass es mit fortschrittlicher Notariatssoftware möglich wird, die Eintragung automatisiert auf Abweichungen gegenüber der Anmeldung zu prüfen. Zukünftig soll der gesamte Inhalt eines Handelsregisterauszuges maschinenlesbar abrufbar sein. Hierdurch wird eine Verringerung des Erfassungsaufwands auf Notarseite möglich.

Die Einsicht in das Handelsregister und die zum Register gereichten Schriftstücke erfolgt über das von Nordrhein-Westfalen im Auftrag aller Länder der Bundesrepublik betriebene gemeinsame Registerportal der Länder. Auf die Seite www.handelsregister.de erfolgen täglich bis zu 690.000 Zugriffe.

Der elektronische Rechtsverkehr zwischen Notaren und Handelsregistern ist ein Verfahren mit Vorbildcharakter. In einem Großteil der Registergerichte konnte nach Abschluss einer Umstellungsphase eine Beschleunigung der Bearbeitung von Handelsregisteranmeldungen erzielt werden.

Insgesamt ist somit festzuhalten, dass die Umstellung auf den elektronischen Rechtsverkehr im Handelsregister gut gelungen ist. Sie kann als Vorbild für die Umstellung weiterer Justizverfahren, zum Beispiel den elektronischen Rechtsverkehr mit dem Grundbuchamt, dienen.

Ihre

Roswitha Müller-Piepenkötter, Justizministerin des Landes Nordrhein-Westfalen

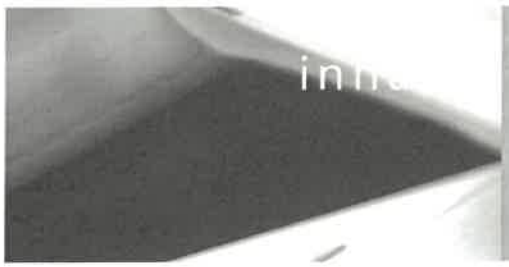
inhalt notar

editorial — *Roswitha Müller-Piepenkötter:* Die elektronische Registerführung / Bilanz einer Erfolgsgeschichte 1

inhalt 2

impressum 3

jahresrückblick — *Dr. Thomas Kilian:* Handelsregisterrecht – Aktuelle Entwicklungen Januar 2007 bis November 2008 19



beitrag des monats

Andreas Schmitz-Vornmoor und Dr. Guido Kordel: Vorsorge durch den Notar, Vertragsfreiheit und Verhaltensökonomik 4

rechtsprechung — Geschäftswert eines Serienentwurfes (BGH) mit Anmerkung von *Dipl.-Rpfl. (FH) Harald Wudy* 25

GbR auch formell grundbuchfähig mit Anmerkung von *Dr. Jens Jeep* 26

praxisforum — *Dr. Jens Jeep:* Rangvorbehalt, Rangrücktritt, Wirksamkeitsvermerk – oder nichts von alledem? 27

de lege ferenda — *Dr. Oliver Vossius:* Gesetzliche Vollzugsbremse? 30

Dr. Jens Jeep: Die GbR im Grundbuch – und die Gesellschafter auch 30

bericht aus berlin 33

bericht aus brüssel 34

rückblick — *Nicola Teubner Oberheim:* Das neue Unterhaltsrecht in der notariellen Praxis 35

Dr. Martin Rüßmann: Jahresversammlung 2008 des Vereins für das Rheinische Notariat in Bonn 36

historie — *Jens Pelikowsky:* Samuel Stryk – De fide instrumentorum 38

nachrichten 39

literatur

Dan Ariely:
Predictably Irrational – The Hidden Forces that Shape Our Decisions
besprochen von *Dr. Guido Kordel* 40

Eva Weiler/Dr. Gunter Schlickum:
Praxisbuch Mediation
besprochen von *Dr. Christine Kaufmann* 41

schlussvermerk

Dr. Wolfgang Litzenburger: Der Notar in Oper und Operette – ein Berufsstand auf der Bühne 42

cartoon

notar bene 44

Impressum

notar
Monatsschrift für die gesamte notarielle Praxis und Mitteilungsblatt des Deutschen Notarvereins

Herausgeber
Notar Dr. Peter Schmitz, Köln
Prof. Dr. Rainer Schröder, Berlin
Prof. Dr. Walter Bayer, Jena
Richter am BGH Roland Wendt
Notar Dr. Oliver Vossius, München

Schriftleiter
Notar Dr. Jens Jeep, Hamburg (JJ)
Notarassessor Andreas Schmitz-Vornmoor, Berlin (ASV)

Redaktion
Carola Vonhof-Stolz
Notarassessor Christian Seger (Se)
Dr. Stephanie Michel (Mi)

Bildnachweis
JJ (Rubrikköpfe außer 4), ASV (4, 36, 37), Kupferstich Bildarchiv des evangelischen Predigerseminars Lutherstadt Wittenberg (38), Kai Uwe Schulte-Bunert (42, 43).

Fachredakteure
Handelsregister
Notarassessor Thomas Kilian, München

Steuerrecht
Notarassessor Dr. Jörg Ihle, Köln

Bauträgerrecht
Rechtsanwalt und Notar Manfred Blank, Lüneburg

Gesellschaftsrecht
Notar Dr. Simon Weiler, Bamberg

Wohnungseigentum
Notar Dr. Gerd H. Langhein, Hamburg

Beurkundungs- und Berufsrecht
Notar Dr. Markus Stuppi, Landstuhl

Erbrecht
Notar Dr. Felix Odersky, Erlangen

Grundbuch
Notarassessorin Dr. Yvonne Abicht, Köln

Notarkosten
Dipl.-Rpfl. (FH) Harald Wudy, Leipzig

Immobilienkauf
Notar Dr. Hans-Frieder Krauß, München

Immobilienzuwendung
Notar Dr. Alexander Michael, Wiehl

Familienrecht
Notar Christian Steer, Landshut

Manuskripteinsendungen bitte an folgende Anschrift:
E-Mail: schriftleitungnotar@notarverlag.de

Manuskripte
Der Verlag haftet nicht für unverlangt eingesandte Manuskripte. Mit der Annahme zur Veröffentlichung erhält der Verlag das ausschließliche Verlagsrecht. Eingeschlossen sind insbesondere die Befugnis zur Einspeisung in eine Datenbank sowie das Recht der weiteren Vervielfältigung.

Urheber- und Verlagsrechte
Alle Rechte zur Vervielfältigung und Verbreitung einschließlich der Mikroverfilmung sind dem Verlag vorbehalten. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen.

Erscheinungsweise
Monatlich

Anzeigenverwaltung
Kommunikationsberatung
Christof Herrmann
Tannenbergstr. 29 · 56564 Neuwied,
Tel. 0 26 31 - 94 38 76
Fax 0 26 31 - 94 38 78
E-Mail: kommunikation@sc-herrmann.de

Bezugspreis
Jahresabonnement: 128 EUR (inkl. MwSt., zzgl. Versandkosten)
Einzelheft: 14 EUR (inkl. MwSt., zzgl. Versandkosten)

Bestellungen
Über jede Buchhandlung und beim Verlag. Abbestellungen müssen 6 Wochen zum Jahresende erfolgen.

Verlag
Deutscher Notarverlag
Wachsbleiche 7, 53111 Bonn
Tel. 0 800 - 66 82 78 31
Fax 0 800 - 66 82 78 39
E-Mail: eschbach@notarverlag.de

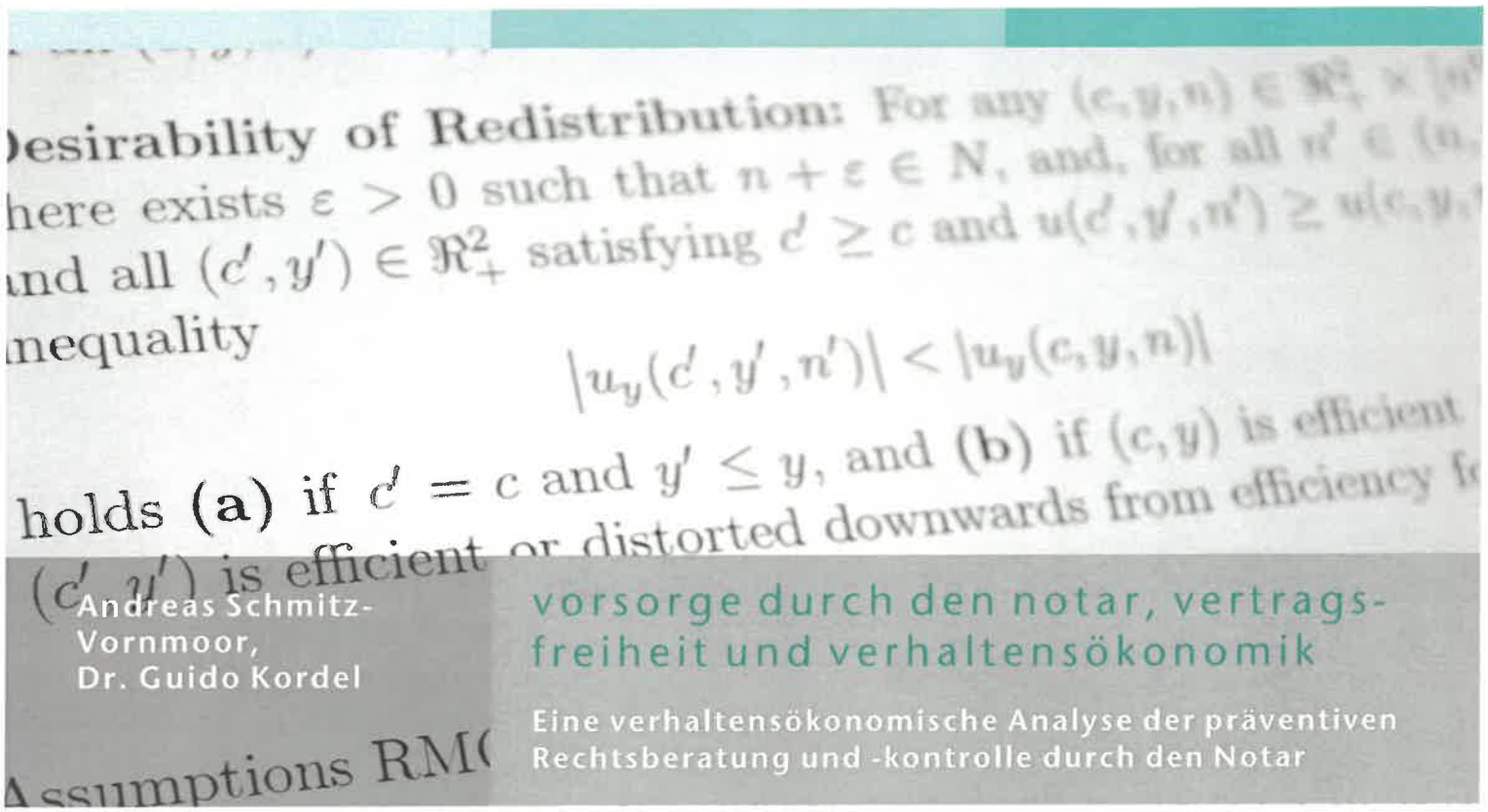
Ansprechpartnerin im Verlag
Beate Eschbach

Satz
Reemers Publishing Services GmbH, Krefeld

Druck
Hans Soldan Druck GmbH, Essen

ISSN
1860-8760

Hinweis
Namensbeiträge, Leserbriefe o. Ä. geben nicht notwendig die Meinung der Redaktion oder des Deutschen Notarvereins wieder.



Andreas Schmitz-Vornmoor, Dr. Guido Kordel

Vorsorge durch den Notar, Vertragsfreiheit und Verhaltensökonomik

Eine verhaltensökonomische Analyse der präventiven Rechtsberatung und -kontrolle durch den Notar

Die verpflichtende und vorsorgende Rechtsberatung und -kontrolle durch einen Notar beim Abschluss bestimmter Rechtsgeschäfte ist ein prägendes Merkmal des kontinentaleuropäischen Rechts. Dieses befindet sich europa- und weltweit in einem auch mit ökonomischen Argumenten ausgetragenen Wettbewerb mit dem Common Law. Der nachfolgende Beitrag versucht eine verhaltensökonomische Analyse dieser notariellen Rechtsvorsorge. Im Ergebnis erscheint verpflichtende Vorsorge jedenfalls in der derzeit in Deutschland existierenden Form einem vor allem auf Nachsorge setzenden System ökonomisch überlegen.

Soll der Staat seinen Bürgern ein (verpflichtendes) System der rechtlichen Vorsorge zur Verfügung stellen? Die Antwort auf diese Frage erweist sich als bedeutender struktureller Unterschied[1] zwischen dem kontinentaleuropäischen

[1] In der rechtsvergleichenden Literatur ist dieser die Rechtssysteme prägende Unterschied bislang, soweit ersichtlich, in seiner Bedeutung noch nicht umfassend erkannt und erforscht worden. Meist wird z. B. die notarielle Beurkundung als eine Frage der „Form" eines Rechtsgeschäftes behandelt und damit im Zusammenhang mit dem materiellen Recht des Vertragsschlusses, vgl. etwa *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 359 ff. Die nachfolgenden Ausführungen legen nahe, dass mit dieser Einordnung der Blick für die prozess- bzw. verfahrensrechtlichen Aspekte und Funktionen der notariellen Beurkundung verlorengeht. Versteht man die notarielle Form – wie in diesem Beitrag (vgl. unten A.I.) – funktional als gleichberechtigte Ergänzung der streitigen Gerichtsbarkeit, müsste ein Rechtsvergleich vor allem auch das Zivilprozessrecht und -verfahrensrecht berücksichtigen.

Zivilrecht und dem Common Law, der in diesem Beitrag aus ökonomischer Perspektive beleuchtet werden soll.[2]

Dabei werden insbesondere auch Erkenntnisse der Verhaltensökonomik für das Verständnis der vorsorgenden Rechtspflege fruchtbar gemacht.[3] Es handelt sich ausdrücklich um einen Versuch, der mehr Fragen stellen, als Antworten geben und vor allem zum Weiterdenken anregen möchte.[4]

A. Vorsorge oder Nachsorge – Wettstreit der Rechtsysteme

I. Präventive Kontrolle von Rechtsgeschäften: ein prägendes Merkmal des kontinentaleuropäischen Rechts

Notare sind Bestandteil eines staatlich organisierten Systems der vorsorgenden Rechtspflege.[5] Besonders bei wirtschaftlich oder rechtlich bedeutsamen Rechtsgeschäften sieht der Staat die verpflichtende Beratung der Beteiligten und die Rechtskontrolle durch einen Notar vor.[6] Der **Notar als staatlich bestellter Amtsträger** und unparteiischer Berater erforscht den Willen der Beteiligten, belehrt sie über die rechtliche Tragweite des Geschäfts (§ 17 BeurkG), überprüft dessen Wirksamkeit und formuliert schließlich als Vertragsgestalter das Rechtsgeschäft. Das Produkt der notariellen Mitwirkung ist die mit erhöhter Beweiswirkung (§§ 415, 418 ZPO) ausgestattete öffentliche Urkunde, die auch Vollstreckungstitel sein kann (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO).[7]

Die vorsorgende Rechtspflege wird im kontinentaleuropäischen Recht als **staatliche und damit hoheitliche Aufgabe** betrachtet.[8] Sie steht funktional gleichberechtigt neben der streitigen Gerichtsbarkeit. Die kontinentaleuropäische Zivilrechtspflege[9] kann damit als **Zwei-Säulen-Modell** beschrieben werden. Paradigmatisch für die erste, vorsorgende Säule steht der Amtsträger Notar. Zentrale Figur der zweiten, nachsorgenden und streitentscheidenden Säule ist der Richter. Die nachstehende Grafik veranschaulicht das Zwei-Säulen-Modell. Der entscheidende Unterschied zwischen den beiden Säulen besteht in der Frage, wer inhaltlich entscheidet. Im Rahmen der Vorsorge sind es die Beteiligten selbst, bei der Nachsorge der Richter.[10] Sowohl Notare als auch Richter sind jeweils Herren des Verfahrens. Halten sich die Beteiligten nicht an das Beurkundungsverfahren, muss der Notar die Beurkundung ablehnen. Gleiches gilt, wenn die Beteiligten ein unwirksames Rechtsgeschäft beurkunden wollen (§ 4 BeurkG). Die Ablehnung der Beurkundung ist hier Ausfluss der hoheitlichen Gewalt des Notars.

Die kontinentaleuropäische Zivilrechtspflege ruht auf zwei funktional gleichberechtigt nebeneinander stehenden Säulen.

II. Beschränkung auf die Nachsorge im Common Law

Im Common Law gibt es ein vergleichbares **staatliches** System der verpflichtenden präventiven Kontrolle von Rechtsgeschäften nicht. Insbesondere die notarielle Beurkundungsform und mit ihr die Institution des Notars ist

[2] Allgemein zur ökonomischen Analyse des Rechts *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 3. Auflage 2005. Auf S. 486 ff. betont *Eidenmüller* die auch hier eingenommene Perspektive des Gesetzgebers. Ökonomische Analyse des Rechts sei vor allem Gesetzesfolgenabschätzung nicht aber Auslegungskriterium der Gerichte. Zu der auch die Rechtsprechung umfassenden Diskussion in den USA vgl. *Eidenmüller*, a. a. O., S. 404 ff.

[3] Die Verfasser wurden bei ihren Ausführungen besonders von dem israelisch-amerikanischen Ökonomen *Dan Ariely* inspiriert. Dessen Buch *„Predictably Irrational"* bespricht *Kordel* in diesem Heft auf S. 40. Nachfolgend wird jeweils die im Droemer Verlag unter dem Titel *„Denken hilft zwar, nützt aber nichts – warum wir immer wieder unvernünftige Entscheidungen treffen"* erschienene deutsche Ausgabe zitiert.

[4] Die Verfasser sind von Haus aus Juristen und hoffen mit ihrem interdisziplinären Ansatz auf eine wohlwollend-kritische Aufnahme, gerade bei Lesern mit ökonomischem Sachverstand.

[5] Die unterschiedlichen Funktionen der vorsorgenden Rechtspflege beschreiben *Bormann/König*, notar 2008, S. 256 ff. Der vorliegende Beitrag beschränkt sich vor allem auf den Aspekt der präventiven Beratung und Rechtskontrolle durch Einschaltung des Notars. Die notarielle Tätigkeit ist in Deutschland zudem eng mit den öffentlichen Registern (Grundbuch und Handelsregister) verknüpft. Neben diesen werden aber auch das Nachlassgericht sowie das Vormundschafts- und Familiengericht zur vorsorgenden Rechtspflege gezählt. Insbesondere die Bedeutung und Funktionsweise der öffentlichen Register wäre aus ökonomischer Perspektive eine eigene Untersuchung wert.

[6] Rechtstechnisch wird in diesen Fällen angeordnet, dass ein Rechtsgeschäft der notariellen Beurkundung bedarf. Wird das Rechtsgeschäft ohne Beachtung dieser Form abgeschlossen, ist es nach deutschem Recht nichtig, § 125 BGB, ähnlich Art. 11 des schweizerischen Obligationenrechts. In den romanischen Rechtsordnungen führt die Nichtbeachtung der Form dagegen meist nicht zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes. Sanktioniert wird der Formmangel jedoch auf einer nachgelagerten Ebene, etwa im Zivilprozess oder im Beweisrecht (vgl. *Zweigert/Kötz*, a. a. O., S. 362 ff.). Auch hier wird deutlich, dass im Hinblick auf die notarielle Form rechtsvergleichend das Zivilprozessrecht immer mitbedacht werden sollte (vgl. bereits Fn 1).

[7] *Bormann/König*, notar 2008, 256 f.

[8] So auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 18.7.1986, BVerfGE 73, 280, 294: *„Wie das Bundesverfassungsgericht bereits dargelegt hat, nimmt der Notar originäre Staatsaufgaben wahr, also Zuständigkeiten, die nach der geltenden Rechtsordnung hoheitlich ausgestaltet sein müssen. Zu der ihrem Wesen nach hoheitlichen Beurkundungstätigkeit gehören auch die damit verbundenen Belehrungen und Beratungen"*.

[9] Den Notar als eine mit der Beurkundung von Rechtsgeschäften betraute Amtsperson kennt man in allen kontinentaleuropäischen Ländern, vgl. *Zweigert/Kötz*, a. a. O., S. 361.

[10] Dabei sind die Grenzen fließend, wie etwa die Bestimmungen in der Zivilprozessordnung zur Güteverhandlung, zum gerichtlichen Vergleich oder zum Anerkennungsurteil zeigen. Werden Richter im Rahmen von gerichtsinterner Mediation sogar vermittelnd als Mediatoren tätig, nähert sich ihr Rollenverständnis stark demjenigen des Notars an.

unbekannt.[11] Das staatliche Justizsystem beschränkt sich auf die Nachsorge, das heißt die nachträgliche Kontrolle von Rechtsgeschäften im streitigen Gerichtsverfahren. Die staatlich organisierte Zivilrechtspflege im Rechtskreis des Common Law kann daher im Gegensatz zum kontinentaleuropäischen Recht als **Ein-Säulen-Modell** beschrieben werden.

III. Die ökonomische Fragestellung

Sowohl im kontinentaleuropäischen Recht als auch im Common Law **stellt der Staat im Streitfall Gerichte** für die Streitentscheidung zur Verfügung. Schon aus Gründen des staatlichen Gewaltmonopols, das dem Bürger Selbstjustiz verbietet, ist dies zwingend erforderlich. Fraglich ist jedoch, ob der Staat auch schon bei der Begründung von Rechtsverhältnissen vorsorgend tätig werden soll.

Die **Rechtstradition des Common Law** überlässt die Vorsorge der **individuellen Entscheidung**. Ob er sich bei der Gründung einer GmbH oder beim Kauf eines Grundstückes beraten lässt und von wem, entscheidet grundsätzlich jeder Bürger in eigener Verantwortung. Das Common Law überlässt diese Frage damit dem Markt für vorsorgende Rechtsberatung und -gestaltung. Dieses System geht davon aus, dass der Einzelne selbst hinreichend beurteilen kann, ob in seinem konkreten Fall rechtliche Vorsorge vorteilhafter ist als der Verzicht auf diese Vorsorge mit allen sich daraus ergebenden Risiken. **Eingriffe des Staates** in diesen Markt für vorsorgende Rechtsberatung und -gestaltung werden grundsätzlich **nicht für erforderlich** gehalten oder sogar als Angriffe auf die Privatautonomie und die Freiheitsrechte der Bürger abgelehnt.

Das **kontinentaleuropäische Konzept** einer vorsorgenden Rechtspflege vertraut demgegenüber weniger stark auf die Kräfte dieses Marktes. Das System einer vorsorgenden Rechtspflege mit dem zwingenden Erfordernis der notariellen Form für bestimmte Geschäfte stellt einen staatlichen Eingriff in diesen Markt dar. Der Staat verpflichtet die Bürger und Unternehmen bei bestimmten Rechtsgeschäften zur Vorsorge, indem er eine **präventive Rechtskontrolle** durch einen **staatlich bestellten Amtsträger** vorschreibt.

Aus ökonomischer Sicht bedarf ein solcher Eingriff der Rechtfertigung, insbesondere in Form eines Marktversagens. Der notariellen Form liegen möglicherweise die von den kontinentaleuropäischen Staaten in diesem Bereich gemachten empirischen Erfahrungen vieler Jahrhunderte zugrunde. Die in der Institution des Notariats gespeicherte Vernunft ist womöglich das Ergebnis der **Erfahrung, dass** in bestimmten Bereichen **der Markt für vorsorgende Rechtsberatung und -gestaltung nicht hinreichend funktioniert**, weil vorsorgende Rechtsberatung und -gestaltung vom Einzelnen nicht in dem Maße nachgefragt wird, wie es gesamtwirtschaftlich wünschenswert wäre.

Es stellt sich nun die Frage, ob das Common Law insoweit trotz seiner ebenfalls jahrhundertealten Tradition weniger gespeicherte Vernunft enthält als das kontinentaleuropäische Recht. Aus der wirtschaftshistorischen Forschung ist bekannt, dass unterschiedliche Rechtssysteme und -traditionen unterschiedliche Institutionen hervorbringen.[12] Es gibt hier so genannte Pfadabhängigkeiten, so dass eine ökonomisch unterlegene Institution nicht zwingend Platz macht für eine ökonomisch überlegene Alternative, sondern aufgrund der kulturellen Unterschiede weiter existiert und auf ihrem *„Pfad"* fortschreitet.[13]

Welches System ist aus ökonomischer Perspektive vorzugswürdig? Welches ist volkswirtschaftlich per Saldo vorteilhafter? Fragt man die Notare, sind diese ohne Zweifel überzeugt, mit ihrer Arbeit einen auch ökonomisch nützlichen Beitrag zum Funktionieren des Zivilrechtssystems und der sozialen Marktwirtschaft zu leisten. Ist diese Selbstwahrnehmung berechtigt? Lassen sich Erfahrungen aus anderen Lebensbereichen auf das Rechtssystem übertragen? So ist etwa im Gesundheitssystem anerkannt, dass eine bessere Vorsorge erheblich zur Kostendämpfung beitragen kann.[14] Im Straßenverkehr setzt man ebenfalls auf staatliche Vorsorge und erteilt die Straßenverkehrszulassung nur nach einer präventiven technischen Sicherheitskontrolle.[15] Sollte man entsprechend auch im Rechtssystem Vorsorge verbindlich vorschreiben oder aber zumindest Anreize zur Vorsorge setzen? Oder liegen doch jene richtig, die behaupten, eine verpflichtende notarielle Beurkundung vertrage sich nicht mit einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung?

IV. Der ökonomische Maßstab

Was ist der Maßstab, wenn nach dem ökonomisch vorzugswürdigen Vorgehen gefragt wird? Was soll man messen und beurteilen? Der **Maßstab der Ökonomen ist die Effizienz.** Dieser Begriff ist mehrdeutig.[16] Grundsätzlich ist zwischen *Pareto*-Effizienz und *Kaldor-Hicks*-Effizienz zu unterscheiden.[17]

Eine Transaktion stellt eine *Pareto*-Verbesserung dar, wenn durch die Transaktion der Nutzen mindestens einer Person erhöht wird, ohne dass dadurch der Nutzen irgendeiner anderen Person vermindert wird. Demnach bevorzugt min-

[11] *Zweigert/Kötz*, a. a. O., S. 361 f. Der *notary public* amerikanischer Prägung ist von seiner Ausbildung, Funktion und seinen Aufgaben mit dem Notar lateinischer Prägung, der in der englischen Sprache auch meist als *„civil law notary"* bezeichnet wird, nicht vergleichbar, vgl. dazu *Zweigert/Kötz*, a. a. O., S. 361. Eine vorsorgende Rechtspflege im weiteren Sinne, die etwa funktional mit dem deutschen Nachlassgericht oder dem Vormundschaftsgericht vergleichbar ist, gibt es dagegen auch im Common Law.

[12] Nach *North*, Institutions, Institutional Change, and Economic Performance, 1990, S. 3 sind Institutionen „the rules of the game in a society or, more formally, the humanly devised constraints that shape human interaction".

[13] Vgl. *Liebowitz/Margolis*, Path Dependence, Lock-In, and History, 11 Journal of Law and Economics & Organization 205, 206–208 (1995); *Roe*, Chaos and Evolution in Law and Economics, 109 Harvard Law Review 641, 646–53 (1996).

[14] Aus diesem Grund zahlen Krankenkassen Prämien oder nehmen Gutschriften vor, wenn Vorsorgeuntersuchungen regelmäßig wahrgenommen werden.

[15] Europarechtlich hat der EuGH die Prüfungstätigkeit des beliehenen TÜV und die sich anschließende Entscheidung über die Zulassung zum Straßenverkehr als Ausübung öffentlicher Gewalt (Art. 45 EG) charakterisiert. Die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit gilt insoweit nicht; vgl. das Urteil des Gerichtshofs vom 5.10.1994 in der Rechtssache C-55/93, *van Schaik*, Slg. 1994, I-4837.

[16] Vgl. etwa für den Bereich der kartellrechtlichen Analyse *Hovenkamp*, 84 Michigan Law Review 213, 217 ff. (1985).

[17] Vgl. dazu *Posner*, Economic Analysis of Law, 5. Auflage 1998, S. 12 ff.; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 3. Auflage 2000, S. 23 ff.; *Bork*, The Antitrust Paradox, 1993, S. 90 ff.; *Eidenmüller*, a. a. O. (Fn 2), S. 47 ff.

destens eine Person das Zustandekommen der Transaktion und alle weiteren Personen sind zumindest indifferent zwischen einem Zustand mit oder ohne die Transaktion. Als ***Pareto*-Effizienz** wird ein Zustand bezeichnet, der solche verbessernde Transaktionen nicht mehr zulässt, weil nämlich die Besserstellung einer Person nur noch gelingt, wenn mindestens eine Person dadurch schlechter gestellt wird.[18]

Wenn von ökonomischer Effizienz die Rede ist, ist indes meist die ***Kaldor-Hicks*-Effizienz** gemeint.[19] *Kaldor-Hicks*-Effizienz, die auch als potenzielle *Pareto*-Effizienz bezeichnet wird, impliziert, dass die Person, die durch eine Transaktion besser gestellt wird, diejenigen, die dadurch schlechter gestellt werden,[20] kompensieren könnte, so dass nach der Kompensation eine *Pareto*-Verbesserung einträte.[21] Damit das Kriterium der *Kaldor-Hicks*-Effizienz erfüllt ist, muss es aber nicht zur Kompensation kommen.[22] *Kaldor-Hicks*-Effizienz führt also zur Erhöhung des gesamtgesellschaftlichen Wohlstands, wobei es aber dem Ökonomen gleichgültig ist, bei wem ein eventueller Effizienzgewinn ankommt. Im Hinblick auf die Nutznießer einer Maßnahme kann der Staat auf einer nachgelagerten Ebene sozialpolitisch umverteilen.

Eine methodisch umfassende **Studie** würde also **Kosten und Nutzen eines Systems der präventiven Rechtskontrolle von Rechtsgeschäften mit den Kosten und Nutzen eines Zivilrechtssystems ohne eine derartige Vorsorgeverpflichtung** vergleichen.[23] Ein solcher Vergleich ist höchst anspruchsvoll und wäre schon innerhalb ein und desselben Rechts- und Gesellschaftssystems[24] kaum durchzuführen, weil die beiden Systeme (einmal mit und einmal ohne Notariat) nicht unter völlig identischen Rahmenbedingungen parallel getestet werden können.[25] Ein internationaler und über Ländergrenzen hinausgehender Vergleich ist ungleich schwieriger und setzt zunächst ein vertieftes und auf intensiver Rechtsvergleichung beruhendes Verständnis der Funktionsweise der untersuchten Rechtsordnungen voraus.[26] Umfassende ökonomisch-empirische Studien zum Thema vorsorgende Rechtspflege gibt es daher nicht.[27] Vorliegende Studien untersuchen immer nur Teilaspekte und sind daher nur von beschränkter Aussagekraft. Jede Studie wird also angesichts der Komplexität und der wesentlichen Unterschiede der zu untersuchenden Systeme allenfalls Indizwirkung haben und sollte daher von den Entscheidungsträgern in der Politik erstens methodisch hinterfragt und zweitens nicht überbewertet werden.

V. Ökonomisches Effizienzdenken ist nicht alles

Die staatliche Entscheidung, ein System der präventiven Kontrolle von Rechtsgeschäften einzurichten oder fortzuführen, soll und darf sich darüber hinaus nicht allein nach dem gesamtwirtschaftlichen Effizienzkriterium (vgl. IV.) richten.[28] Selbst wenn der Staat über Zahlen verfügte, die belegen, dass die verpflichtende Einschaltung des Notars die Gesellschaft insgesamt mehr kostet als eine Rechtsordnung ohne ein solches vorsorgendes System, könnte er sich mit guten Gründen für eine verpflichtende Rechtsvorsorge entscheiden.

So könnte der Staat etwa aus sozialpolitischen Gründen für die verpflichtende Beratung und Rechtskontrolle durch den Notar optieren, weil es ihm wichtiger ist, dass der einzelne Bürger und seine Vermögensverhältnisse bei den Geschäften, die der Staat aus eigenem Interesse unterstützt (Kauf eines Eigenheims, Übertragung einer Immobilie, Abschluss eines Ehevertrages, Vererben), vor existenziellen Missgriffen geschützt wird, als dass weitere Effizienzgewinne die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt erhöhen. Der Staat entscheidet sich dann also möglicherweise gegen einen weiteren Wohlfahrtsgewinn, von dem ungewiss ist, wessen Vermögen dadurch vergrößert wird,[29] zugunsten eines stärkeren Schutzes der individuellen Lebensverhältnisse jedes Einzelnen in Bezug auf bestimmte Rechtsgeschäfte.[30]

Weiter können rechtsstaatliche Erwägungen (gleichmäßiger Zugang zum Recht auch bei der Rechtsvorsorge, gleiche Behandlung vor dem Gesetz) für eine staatlich organisierte Rechtsvorsorge sprechen.

---

[18] *Mas-Colell/Whinston/Green,* Microeconomic Theory, 1995, S. 522 f.; *Cooter/Ulen,* Law and Economics, 3. Auflage 2000, S. 12. *Eidenmüller,* a. a. O. (Fn 2) , S. 75, hält die *Pareto*-Effizienz bei der ökonomischen Analyse des Rechts für weitgehend unbrauchbar, weil sie letztlich jedem Individuum ein Vetorecht gegen sie belastende Maßnahmen geben würde.

[19] *Posner,* a. a. O. (Fn 17), S. 15.

[20] Eine solche Schlechterstellung wäre bei einer *Pareto*-Optimierung verboten.

[21] *Posner,* a. a. O. (Fn 17), S. 14; vgl. auch *Cooter/Ulen,* a. a. O. (Fn 18), S. 44.

[22] *Cooter/Ulen,* a. a. O. (Fn 18), S. 44.

[23] Unter Anwendung der quantitativen und qualitativen Methoden der empirischen Sozialforschung.

[24] Man stelle sich vor, Deutschland würde in ein Gebiet mit und ein Gebiet ohne Notariat aufgeteilt.

[25] Dennoch bieten sich gerade innerhalb eines homogenen Rechtssystems Möglichkeiten zu einem aussagekräftigen Vergleich von Teilaspekten. Dazu werden im folgenden Beitrag mehrere Anregungen gegeben, vgl. Fn 51, 74 und 77.

[26] An einem derartigen Systemvergleich, der trotz unterschiedlicher Ausgestaltung im Detail funktionale Äquivalente in den verschiedenen Rechtsordnungen ausmacht und gegenüberstellt, fehlt es in vielen ökonomischen Studien zu Rechtsordnungen. Meist wird der Blick auf wenige quantitativ messbare Parameter reduziert, ohne die Frage nach der funktionalen Vergleichbarkeit dieser Parameter in den verschiedenen Systemen zu stellen. Die Auswahl und Gewichtung der Parameter wird dabei methodisch kaum ausreichend diskutiert und hinterfragt.

[27] Die Studien der Weltbank (Doing Business Reports) oder des Weltwirtschaftsforums (Global Competitiveness Report) treffen auch Aussagen zu den Rechtssystemen der untersuchten Staaten. Allerdings beruht die ökonomische Methodik dieser Studien auf einem vom Common Law geprägten rechtlichen Vorverständnis, das eine vorsorgende Rechtspflege im kontinentaleuropäischen Sinne nicht kennt und daher methodisch auch vielfach nicht korrekt erfasst; vgl. dazu *Baumann,* Ökonomie und Recht – Ökonomische Effizienzjurisprudenz, RNotZ 2007, 297, 301.

[28] *Stürner* forderte so in der FAZ vom 10. Oktober 2008 *„den gesellschaftlichen Geltungsanspruch wirtschaftswissenschaftlichen System- oder Modelldenkens (...) deutlich einzuschränken"* und beklagt *„vor allem in der Rechtswissenschaft (...) teilweise einen eigenartigen Verlust an Eigenständigkeit"*.

[29] *Crouch,* ein englischer Politikwissenschaftler, zeigt in seinem Buch „Postdemokratie" (2008 auf Deutsch bei Suhrkamp erschienen) sehr plastisch, dass die vor allem aus dem angelsächsischen Raum stammende liberale Demokratietheorie mit ihren Vorstellungen von einem auf das Nötigste begrenzten Staat die Gefahr in sich trägt, vor allem den organisierten Wirtschaftsinteressen und damit letztlich Privatinteressen einer Minderheit zu nutzen. Auch die Finanzmarktkrise ist vermutlich ein Beispiel für die Privatisierung von (vielleicht nur behaupteten) Wohlfahrtsgewinnen bei gleichzeitiger Sozialisierung der (tatsächlich eingetretenen) Risiken.

[30] *Stürner,* a. a. O. (Fn 28), spricht davon, dass ausgewogene politische Gesamtkonzepte Markt und Wettbewerb mit dem Gedanken staatlich organisierter Solidarität versöhnen müssen.

Der vorliegende Beitrag konzentriert sich auf die ökonomischen Fragen. Politik und Gesetzgebung sind jedoch aufgefordert, sich der beschränkten Aussagekraft der Ökonomik[31] stets bewusst zu sein und andere Wertvorstellungen eines demokratisch, sozial und rechtsstaatlich verfassten Gemeinwesens selbstbewusst in Abwägungsprozesse mit einzubringen.[32] Ein generelles Primat des Effizienzdenkens vor anderen Werten unserer Gesellschaftsordnung ist abzulehnen.[33]

B. Vorsorgende Rechtspflege und Privatautonomie

Welche Funktion übernimmt Recht in der Vorsorge-, welche in der Nachsorgesituation (I.)? In welchem Verhältnis stehen vorsorgende Rechtspflege und Vertragsfreiheit bzw. vorsorgende Rechtspflege und Marktwirtschaft (II.)?

I. Vorsorge, Nachsorge und die unterschiedlichen Funktionen von Recht

1. Funktion von Recht in der Nachsorgesituation

Die Nachsorgesituation ist jedem Juristen bestens bekannt. Menschen befinden sich im (Rechts-)Streit und tragen diesen vor Gericht aus. Der Blick der Beteiligten und des Gerichts ist vor allem rückwärtsgerichtet. Es geht um einen in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt. Der Kläger macht gegen den Beklagten einen auf diesem Sachverhalt beruhenden Anspruch geltend. Weil die Parteien ihren Konflikt nicht mehr selbst regeln können oder wollen, **delegieren sie die Entscheidung an das staatliche Gericht.**

> ***Beispiel:*** *Mieter M mindert seit einigen Monaten seine Miete um € 50,00 pro Monat. Vermieter V klagt die angeblich rückständige Miete ein.*

In der so beschriebenen Situation dient Recht zunächst einmal als Methode zur **Reduktion von Komplexität.** Im Beispielsfall reduzieren die Bestimmungen im BGB über den Mietvertrag (§§ 535 ff.) den zu Grunde liegenden Sachverhalt auf die *„rechtlich relevanten Merkmale"*. Einwendungen des Mieters werden ebenfalls nur gehört, soweit das Gesetz dies vorsieht. Subjektive, möglicherweise von Emotionen getragene Wertungen dagegen werden vom Recht bewusst ausgeblendet. Auch wenn sich der Mieter im Beispielsfall seit Monaten vom Vermieter, der im gleichen Haus wohnt, gegängelt und kontrolliert fühlt und die Mietminderung subjektiv mit diesem Sachverhalt in Verbindung bringt, würde dies vor Gericht keine Rolle spielen.

Dass der Richter nur die *„rechtlich relevanten Merkmale"*, nämlich die Anspruchsvoraussetzungen prüfen soll, findet seine Rechtfertigung in der **Gesetzesbindung des Richters.** Der Richter, der im Namen des Volkes entscheidet, soll seiner Entscheidung nicht seine eigenen Wertvorstellungen zu Grunde legen, sondern Wertungen des Gesetzgebers nachvollziehen. Dabei hat er sich am Gesetz entlang zu bewegen und den Sachverhalt zu subsumieren. In Kombination mit der juristischen Methodenlehre[34] ermöglicht dies rational nachvollziehbare und damit auch in der Berufungsinstanz überprüfbare Entscheidungen.

Wichtig ist schließlich noch die Rolle des **dispositiven Rechts** in der Nachsorgesituation. Grundsätzlich können Vertragsparteien vom dispositiven Recht abweichen, dies abbedingen oder umgestalten. Dies setzt aber eine entsprechende Einigungsbereitschaft der Parteien voraus, die im Gerichtsverfahren typischerweise nicht vorliegt. Dispositives Recht wandelt sich daher in der Nachsorgesituation, sofern es nicht bereits bei Vertragsschluss abbedungen worden ist, in zwingendes Recht um, d. h., es ist vom Richter zu beachten.

Die Nachsorgesituation ist demnach geprägt durch die Delegation der Entscheidungskompetenz auf den Richter als neutralen, unabhängigen und gesetzesgebundenen Dritten. Recht hat hier einen begrenzenden und den Sachverhalt auf relevante Merkmale reduzierenden Charakter. Eigentlich dispositives Recht ist vom Richter wie zwingendes Recht auf den Sachverhalt anzuwenden.

2. Funktion von Recht in der Vorsorgesituation

Die Vorsorgesituation ist dadurch gekennzeichnet, dass die beteiligten Personen in die Zukunft blicken. Sie möchten etwa durch Abschluss eines Ehevertrages ihre zukünftigen Beziehungen regeln. Die Beteiligten befinden sich regelmä-

---

[31] Und damit auch dieses Beitrages, der sich ja ebenfalls dezidiert mit einer ökonomischen Perspektive auf die vorsorgende Rechtspflege auseinandersetzt.

[32] *Crouch*, a. a. O., untersucht am Beispiel Großbritanniens, welche Folgen es für ein demokratisches Gemeinwesen hat, wenn das Marktprinzip fast alle Lebensbereiche durchdringt und insbesondere die öffentlichen Leistungen weitgehend kommerzialisiert werden. Nach seiner Analyse (vgl. S. 101 ff.) kann die Privatisierung öffentlicher Leistungen zu einem Kompetenzverlust auf Seiten des Staates führen und birgt weiter die Gefahr der Abwertung von Konzepten wie staatlicher Autorität oder öffentlicher Dienst. Gerade der öffentliche Dienst sei mehr als die Summe individueller ökonomischer Ambitionen und habe sich am Gemeinwohl zu orientieren. *Francis Fukuyama* hat kürzlich in einem Interview mit der Süddeutschen Zeitung (SZ vom 18./19. Oktober 2008) das verloren gegangene Ethos des öffentlichen Dienstes in den USA beklagt und ausdrücklich auf das Gegenbeispiel Deutschland verwiesen. *Ariely*, a. a. O. (Fn 3), S. 257 ff. ist der Auffassung, die freien Berufe in den USA hätten die äußerst weitgehende Deregulierung und Liberalisierung ihrer Berufsrechte sowie die Kommerzialisierung ihrer Berufstätigkeit mit einem Verlust ihres ehemals lebendigen Berufsethos bezahlt (vgl. auch die Buchbesprechung von *Kordel* auf S. 40 in diesem Heft). Die deutsche Justiz schneidet dagegen bei der Frage nach der Unabhängigkeit in internationalen Studien, zuletzt etwa dem Global Competitiveness Report 2008/2009 des Weltwirtschaftsforums, regelmäßig mit Topnoten ab. Korruption spielt im Bereich der Rechtspflege in Deutschland keine Rolle. Es spricht daher einiges dafür, dass in Deutschland gerade die Justiz und Rechtswissenschaft sowie der maßgeblich von Juristen getragene öffentliche Dienst in der Lage sein könnten, mit den von ihnen vertretenen Werten im öffentlichen Diskurs ein Gegengewicht zu einer eindimensional ökonomischen Weltsicht zu setzen.

[33] In diesem Sinne auch *Stürner* in *„Markt und Wettbewerb über alles?"*, das 2007 im Beck-Verlag erschienen ist (vgl. dazu auch die Besprechung von *Baumann*, notar 2008, 24 ff.). Auch *Eidenmüller*, a. a. O (Fn 2), S. 317 ff. spricht sich dezidiert gegen das ökonomische Effizienzziel als alleiniges oder überragendes Ziel der Rechtspolitik aus. Die besondere Durchschlagskraft der ökonomischen Analyse des Rechts in der amerikanischen Rechtspolitik erklärt *Eidenmüller*, a. a. O., S. 21 ff., mit der dort bis heute herausragenden Rolle der philosophischen Strömung des Utilitarismus.

[34] Die klassische Methodenlehre hat die Auslegung des Gesetzes zum Gegenstand. Im Fallrecht des Common Law geht es methodisch hingegen eher um das Nachvollziehen oder das Abgrenzen von Präjudizien. Im praktischen Ergebnis unterscheiden sich beide Ansätze kaum, da der Richter auch im kontinentaleuropäischen Recht das Gesetz fast immer in einer durch Präjudizien konkretisierten Form anwendet. Auch *Zweigert/Kötz*, a. a. O., S. 265, stellen fest, dass Common Law und Civil Law in ihren juristischen Methoden und Techniken allmählich zusammenwachsen.

ßig in einer **Verhandlungssituation**, in der grundsätzlich Emotionen, unterschiedliche Sichtweisen und persönliche Bewertungen eine große Rolle spielen können und dürfen.

Die Vorsorgesituation kann daher als **interessenbasiertes Verhandeln** im Gegensatz zum **positionsorientierten Streiten** vor Gericht beschrieben werden.[35] Die Beteiligten delegieren die Entscheidungskompetenz nicht an einen Dritten, sondern treffen die inhaltlichen Entscheidungen selbst.

Recht übernimmt in dieser Situation eine völlig andere Funktion als vor Gericht. Es **eröffnet** nämlich **Gestaltungsspielräume für die Beteiligten**. Das dispositive Recht, das von den Parteien abbedungen, verändert und umgestaltet werden kann, beschreibt diese „Verhandlungsmasse".[36] Vertragsfreiheit und Privatautonomie sind die prägenden Stichworte. Recht begrenzt hier nicht, sondern gibt den Parteien die Möglichkeit und Chance, ihre Interessen zukunftsfest und sicher in einer klar definierten Fachsprache[37] zu regeln. Das Recht dient hier gleichsam als *„Werkzeugkasten"* des Vertragsgestalters. Dies soll kurz anhand eines Beispiels aus dem Erbrecht erläutert werden.

> *M ist in zweiter Ehe mit F verheiratet. Er hat drei Kinder aus erster Ehe. Gemeinsam haben sie ein weiteres Kind. F ist Eigentümerin von erheblichem Immobilienvermögen. M hat kein nennenswertes eigenes Vermögen.*

Es handelt sich um eine heute vielfach vorkommende Patchwork-Familie. In der Beratung wird F meistens den Wunsch äußern, dass ihr Immobilienvermögen nach ihrem Tod ihrem Ehemann und ihrem gemeinsamen Kind zur Verfügung stehen soll, nicht aber den drei Kindern des Mannes aus erster Ehe. Dieser Wunsch lässt sich mit einer letztwilligen Verfügung[38] umsetzen. Das deutsche Erbrecht ist weitgehend dispositiv[39] ausgestaltet und bietet eine Fülle von Gestaltungsmöglichkeiten.[40] Werden die Ehegatten vorsorgend beraten, können sie diese Möglichkeiten nutzen und erhalten eine individuell auf ihre Situation zugeschnittene Lösung. Treffen M und F erbrechtlich dagegen keine Vorsorge, greift im Todesfall die gesetzliche Erbfolge. Die eigentlich dispositive Erbfolge wird nun in der „Nachsorgesituation" zum zwingenden Recht und führt zu willkürlichen Ergebnissen: Abhängig davon, wer von den Ehegatten zuerst verstirbt,

Zwei Funktionen von Recht

Vorsorgesituation	Nachsorgesituation
• Privatautonome Entscheidung	• Abgabe der Entscheidungsverantwortung an den Richter
• Recht = Werkzeugkasten des Vertragsgestalters	• Recht = zwingende Vorgabe für den Richter
• Verwirklichung von Vertragsfreiheit	• Kontroll- und Rationalisierungsfunktion

können die drei Kinder des M aus erster Ehe auf das Immobilienvermögen der F zugreifen oder nicht.[41]

In der Vorsorgesituation dient Recht daher der Verwirklichung von Vertragsfreiheit und Privatautonomie. Es hat einen ermöglichenden Charakter. Es bietet über das dispositive Recht Gestaltungsoptionen und Lösungsmodelle an. Die Parteien entscheiden selbst, ob und inwieweit sie davon Gebrauch machen möchten.

II. Notarielle Form, Vertragsfreiheit und Marktwirtschaft

1. Marktwirtschaft braucht Vertragsfreiheit

Vertragsgestalter wie Ökonomen schätzen die Vertragsfreiheit.[42] Die gesamte Marktwirtschaft basiert rechtlich auf dem Konzept der Privatautonomie. Entsprechend werden Beschränkungen der Vertragsfreiheit von Ökonomen,[43] Wirtschaftsverbänden[44] und auch Notaren[45] meist kritisch beurteilt. Insbesondere ein Übermaß an zwingenden Normen etwa im Bereich des Verbraucherschutzes oder der AGB-Kontrolle kann einerseits zu hohen Kosten führen[46] und andererseits rechtliche Innovationen und Produktinnovationen behindern. Diese Beschränkungen der Ver-

[35] Vgl. zum Unterschied zwischen Positionen und Interessen *Fisher/Ury*, Das Harvard-Konzept: Sachgerecht verhandeln – erfolgreich verhandeln, auf Deutsch erschienen im Campus Verlag, S. 21 ff., 68 ff. Danach bietet interessenbasiertes Verhandeln die Möglichkeit, sogenannte „Win-Win-Situationen" zu erzeugen und damit Effizienzvorteile zu erzielen.

[36] Zu beachten sind lediglich die allgemeinen Grenzen der Vertragsgestaltungen, die durch das zwingende Recht vorgegeben sind (Verbraucherschutzrecht, AGB-Recht, Sittenwidrigkeit, gesetzliche Verbote etc.).

[37] Die Verwendung der Fachsprache ist wichtig, wenn der vorsorgend gestaltete Vertrag später – wider Erwarten – einer nachsorgenden gerichtlichen Überprüfung unterzogen wird.

[38] Dabei kann es sich nach deutschem Recht auch um eine vertraglich bindende Verfügung von Todes wegen handeln.

[39] Eine Grenze stellt beispielsweise das Pflichtteilsrecht dar.

[40] Zu denken wäre an Vor- und Nacherbfolge. Das Immobilienvermögen könnte bei Vorversterben der F auch unmittelbar dem gemeinsamen Kind zugewendet werden mit lebzeitigen Nutzungsrechten für M. Der sich vorsorgend eröffnende Spielraum wird noch größer, wenn man Gestaltungen der vorweggenommenen Erbfolge unter Lebenden mit hinzunimmt.

[41] Stirbt M zuerst, so sind dessen gesetzliche Erben die Ehefrau F zu ½ und dessen insgesamt vier Kinder zu je ⅛. Im Fall des Nachversterbens von F erbt dann das gemeinsame Kind alleine. Stirbt dagegen F zuerst, so erben M und das gemeinsame Kind je die Hälfte ihres Vermögens. Stirbt danach M, sind dessen vier Kinder Erben zu je ¼, darunter dann auch die drei Kinder aus erster Ehe.

[42] Der Ordoliberalismus der sog. Freiburger Schule basiert ganz wesentlich darauf, dass der Staat einen Ordnungsrahmen schafft, der neben der Vertragsfreiheit auch Privateigentum, freien Wettbewerb und Geldwertstabilität gewährleistet und in dem die Freiheit der Akteure am Markt zur Entfaltung kommt.

[43] Nachzulesen etwa in der *„Mehr Vertragsfreiheit, geringere Regulierungsdichte, weniger Bürokratie"* überschriebenen Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie aus dem Jahr 2006. Die Broschüre ist erhältlich auf der Homepage des BMWi (www.bmwi.bund.de).

[44] So gelten etwa in dem vom Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) herausgegebenen Innovationsindikator 2008 (www.innovationsindikator.de) Beschränkungen der Vertragsfreiheit als Innovationshemmnisse.

[45] Dies lässt sich in vielen Stellungnahmen der Bundesnotarkammer oder des Deutschen Notarvereins zu nationalen und europäischen Gesetzgebungsvorhaben nachlesen. Eine Gefahr für die Vertragsfreiheit stellt auch eine zu weitgehende nachträgliche richterliche Inhaltskontrolle von Verträgen dar, vgl. dazu auch Fn 53.

[46] Diese Kosten werden dabei meist eingepreist und an den Verbraucher weitergegeben. Verbraucherschutz ist also nicht kostenlos zu haben. Vgl. auch *Murray*, There is no free lunch, notar 5–2008, 4, 7.

tragsfreiheit erhöhen damit letztlich die Transaktionskosten und können daher eine effizientere Allokation von Ressourcen verhindern.

Ökonomisch wünschenswert ist daher, dass der Werkzeugkasten des Rechts im Interesse der Senkung von Transaktionskosten im Einzelfall auch ausgeschöpft wird. Im Hinblick auf die Vertragsfreiheit ist Vorsorge deshalb besser als Nachsorge, ist Vertragsgestaltung besser als Streitentscheidung durch Dritte.

2. Notarielle Form ermöglicht Vertragsfreiheit

Eine staatlich angeordnete vorsorgende Rechtsgestaltung und -kontrolle durch den Notar, kann aus ökonomischer Sicht zunächst als unerwünschte Einschränkung der Vertragsfreiheit betrachtet werden. Dies ist aber nur eine Seite der Medaille.

Die notarielle Form wirkt nämlich gleichzeitig als *„Türöffner"*: Erst die verpflichtende Inanspruchnahme von rechtlich qualifizierter Beratung durch einen Vertragsgestaltungsspezialisten führt zu der **Ausschöpfung der vom Recht in der Vorsorgesituation angebotenen Möglichkeiten.**[47] Der deutsche Verfassungsrichter *Di Fabio* hat die notarielle Form daher einmal als *„Schwester der Freiheit"* beschrieben.[48]

Die notarielle Form steht einer privatautonomen Gestaltung auch deshalb nicht im Wege, weil sie lediglich **verfahrensrechtlich wirkt.**[49] Die inhaltliche Ausgestaltung bleibt den Parteien überlassen. Das Verfahrensrecht[50] sorgt nur dafür, dass die Parteien über die Rechtsfolgen ihrer Handlungen aufgeklärt werden, Grenzen der Vertragsgestaltung nicht überschreiten und die Formulierung des Parteiwillens in den Händen eines qualifizierten, unabhängigen und zur Unparteilichkeit verpflichteten Beraters und Vertragsgestalters liegt.[51]

Das notarielle Beurkundungsverfahren hat schließlich einen weiteren Effekt. Weil im Rahmen der notariellen Beurkundung beraten und belehrt, auf Risiken hingewiesen und ggf. die schwächere Partei geschützt wird (§ 17 BeurkG), kann der Staat teilweise von zwingendem materiellen Recht absehen.[52] Ein vorgelagerter Schutz durch Verfahren ersetzt in diesem Fall den Schutz durch zwingendes Recht. Oder mit anderen Worten: **je strenger das Verfahren, desto mehr Freiheit gewährt der Staat bei gleichem Schutzniveau bei der inhaltlichen Gestaltung** eines Rechtsverhältnisses.[53]

Das Verhältnis von verfahrensrechtlichem Zwang und inhaltlicher Freiheit hat der deutsche Dichter *Matthias Claudius* treffend wie folgt zum Ausdruck gebracht:[54]

> *„Freiheit ist der Zweck des Zwanges, so wie man die Rebe bindet,*
> *dass sie – statt im Staub zu kriechen,*
> *frei sich in die Lüfte windet."*

III. Zwischenergebnis und Fortgang der Untersuchung

Aus einer freiheitsorientierten ökonomischen Sicht im Sinne des Ordoliberalismus der Freiburger Schule ist vorsorgende Gestaltung wünschenswert. Es ist volkswirtschaftlich vorteilhaft, wenn Bürger und Unternehmen den ihnen vom Gesetzgeber eingeräumten Gestaltungsspielraum ausschöpfen. Zu viel zwingendes Recht und allzu starre Regelungen wirken dagegen eher innovationshemmend und kostentreibend und beschränken die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einer Volkswirtschaft. Der Notar kann als *„Türöffner"* für eine vorsorgende Gestaltung dienen.

Offen ist damit jedoch noch die eingangs gestellte Frage, ob der Staat vorsorgende Gestaltung **verpflichtend** anordnen sollte oder ob man die Rechtsvorsorge nicht jedem Einzelnen und damit dem Rechtsberatungsmarkt überlassen kann.

Zur Beantwortung soll zunächst in die Verhaltensökonomik eingeführt werden (C.). Anschließend wird der Versuch unternommen, die verpflichtende Rechtsvorsorge verhaltensökonomisch zu begründen (D.).[55] Es folgt schließlich ein empirisch-praktischer Vernunft geschuldetes Plädoyer für eine Kultur der rechtlichen Vorsorge (E.), bevor der Beitrag mit abschließenden Thesen endet (F).

C. Verhaltensökonomik, präventive Rechtskontrolle und mögliche Wohlfahrtsgewinne

Womit beschäftigt sich die Verhaltensökonomik? Wie unterscheidet sich die Verhaltensökonomik von der klassischen Wirtschaftstheorie? Inwieweit lassen sich aus der Ver-

[47] *Eidenmüller*, a. a. O. (Fn 2), S. 358 ff., untersucht diesen Gesichtspunkt unter dem Stichwort *„Paternalismus"*, d. h. der Gesetzgeber greift in das Marktgeschehen mit der Motivation ein, den Bürgern *„zu ihrem eigenen Besten"* zu helfen. Ein solcher Eingriff kann nach *Eidenmüller*, a. a. O, S. 374, durch das Autonomieprinzip legitimiert sein. Ein paternalistischer Eingriff des Gesetzgebers gewinne danach an Legitimität, wenn er die Freiheit und autonome Entfaltung der Betroffenen fördere, anstatt sie zu verringern. Leider wird der Gesichtspunkt der notariellen Form bei *Eidenmüller* nicht weiter erörtert. Einen ähnlichen Ansatz zur Legitimation von Paternalismus vertritt *Sunstein*, Legal Interference with Private Preferences, in: 53 The University of Chicago Law Review, S. 1129, 1136.

[48] *Di Fabio*, DNotZ 2006, 342, 350; eine andere von ihm gewählte Formulierung (S. 345) lautet: *„Warum mit der Form die Freiheit (...) beschränken? Die Antwort lautet: um der Freiheit willen"*.

[49] Wegen dieser nur verfahrensrechtlichen, aber nicht inhaltlichen Beschränkung der Freiheit, sind Notare keine Gegner des Marktprinzips, sondern tragen nach ihrem Selbstverständnis im Gegenteil zum Funktionieren des Marktes bei.

[50] Bei Notaren ist dies das im Beurkundungsgesetz geregelte Beurkundungsverfahren.

[51] Im Hinblick auf die Ausschöpfung der Möglichkeiten könnte auch ein empirisch-experimenteller Vergleich der anwaltlichen (beide Parteien sind anwaltlich vertreten) mit der notariellen (es erfolgt eine Beratung beider Parteien durch einen neutralen Dritten) Beratungs- und Verhandlungssituation reizvoll sein. Es liegt die Vermutung nahe, dass die konsensorientierte notarielle Beratung das wünschenswerte interessenbasierte Verhandeln mehr fördert als die eher konflikt- und positionsorientierte anwaltliche Interessenvertretung.

[52] Oder aber z. B. auf ein ansonsten im Verbraucherschutzrecht übliches Widerrufsrecht verzichten, wie etwa § 312 Abs. 3 Nr. 3 BGB exemplarisch für das Haustürgeschäft zeigt.

[53] Auch darauf weist *Di Fabio*, DNotZ 2006, 342, 345, 346 hin. Zugleich warnt er vor einer Gefährdung der durch die Form geschützten Privatautonomie, wenn Gerichte ihre Vorstellungen von Vertragsgerechtigkeit im Wege einer nachträglichen Inhaltskontrolle an die Stelle privatautonomer Entscheidungen setzen.

[54] Zitiert nach *Zimmermann*, Die Organisation eines freien Notariats in: Festschrift für Hans Wolfsteiner, S. 235.

[55] Bereits die konventionelle Transaktionskostenökonomik erachtet in bestimmten Fällen des Marktversagens die Einschaltung einer unparteiischen dritten Instanz – etwa eines Notars – als Korrekturinstitution als gerechtfertigt, vgl. *Baumann*, Ökonomie und Recht – Ökonomische Effizienzjurisprudenz, RNotZ 2007, 297, 304 unter Verweis auf die Arbeiten von *Williamson*. Auf diesen sicher lohnenden Ansatz kann hier nicht weiter eingegangen werden.

haltensökonomik Erkenntnisse für den Gesetzgeber gewinnen? Was hat Verhaltensökonomik insbesondere mit präventiver Rechtskontrolle durch den Notar zu tun? Um diese Fragen geht es im folgenden Abschnitt.

I. Kritik am „homo oeconomicus"

Die **konventionelle Ökonomik** geht davon aus, dass Menschen rational handeln. Begriffe wie der **„homo oeconomicus"** oder **„rational choice"** sind prägend für diese klassische Wirtschaftstheorie, wonach wir, auch wenn wir nicht alle relevanten Informationen für unsere Entscheidungen kennen, den Wert der verschiedenen uns vorliegenden Optionen einschätzen können und uns kognitiv nichts daran hindert, die Folgen der einzelnen Wahlmöglichkeiten abzuwägen. Der Mensch trifft daher angeblich logische und vernünftige Entscheidungen und verhält sich damit marktkonform.[56]

Die **Verhaltensökonomik** hinterfragt diese Prämissen und zeigt, dass menschliches Verhalten weit weniger rational bestimmt ist, als die Standardökonomik voraussetzt. Verhaltensökonomen haben herausgearbeitet, dass **Menschen sehr empfänglich** sind für nicht zur Sache gehörige Einflüsse aus ihrer unmittelbaren Umgebung,[57] für Emotionen, wirtschaftliche Kurzsichtigkeit und andere **Formen der Irrationalität**.[58] Schon dieser Befund ist eine Herausforderung für die klassische Institutionenökonomik, wird doch deren zu Grunde gelegtes Analyseinstrument als fragwürdig, ja vielleicht sogar realitätsfern charakterisiert.[59]

II. Vorhersehbare Irrationalität

Die Verhaltensökonomen gehen jedoch noch einen Schritt weiter. Sie können nämlich empirisch belegen, dass **irrationales Verhalten** nicht zufällig und sinnlos erfolgt, sondern vielmehr **systematisch und vorhersehbar**.[60] Menschen weichen in bestimmten Situationen in ihrem realen Verhalten wieder und wieder in derselben Art und Weise vom Modell des *homo oeconomicus* ab. Sie verhalten sich „vorhersehbar irrational".

III. Korrekturen und mögliche Wohlfahrtsgewinne

Die Verhaltensökonomik fordert daher die ökonomische Theorie auf, ihre Prämissen zu überdenken.[61] Ökonomische Theorie sollte das tatsächlich (häufig irrationale) Verhalten der Menschen mit berücksichtigen und die Grenzen einer ökonomischen Folgenanalyse anerkennen, die ausschließlich auf das Verhaltensmodell des *„homo oeconomicus"* abstellt.

Nimmt man vor allem die Forschungsergebnisse zum systematisch irrationalen Verhalten ernst, eröffnet dies auch **Möglichkeiten zur Korrektur**. Wenn man weiß und vorhersehen kann, in welchen Situationen sich Menschen und in welcher Weise sie sich irrational verhalten, können auch Strategien, Instrumente, Mechanismen und Methoden entwickelt werden, um irrationales Verhalten zu vermeiden oder durch rationales Verhalten zu ersetzen. Derartige Strategien kann jeder einzelne für sich entwickeln. Daneben können es sich aber auch Staat, Wirtschaft und Gesellschaft zur Aufgabe machen, im volkswirtschaftlichen Gesamtinteresse systematisch irrationales Verhalten zu minimieren.[62]

Systematisch irrationales Verhalten kann auch **aus der Sicht der konventionellen Ökonomik als Marktversagen** qualifiziert werden und damit staatliche Eingriffe in den Markt rechtfertigen. Verhaltensökonomik und konventionelle ökonomische Theorie stehen daher nicht im Gegensatz zueinander.

Entscheidend für die ökonomische Analyse ist, dass Eingriffe in den Markt zur Minimierung des vorhersehbar irrationalen Verhaltens nicht unbedingt „kostenlos" zu erzielen sind. Marktinterventionen bringen im Gegenteil üblicherweise Kosten mit sich. Doch sofern die Interventionsmechanismen per Saldo mehr Vorteile als Nachteile generieren,[63] ist der Eingriff aus ökonomischer Sicht gerechtfertigt. Die Vorteile liegen dabei in der Ermöglichung eines rationaleren (ökonomischeren, effizienteren) Verhaltens der Marktteilnehmer.

---

[56] *Homann*, Homo oeconomicus und Dilemmastrukturen, in: Sautter (Hrsg.), Wirtschaftspolitik in offenen Volkswirtschaften: Festschrift für Helmut Hesse zum 60. Geburtstag, S. 387, 400 f. beschreibt den „homo oeconomicus" wie folgt: *„Er ist kein Menschenbild im Sinne von Theologie und Philosophie, mit dem der Mensch in der ganzen Breite seiner historischen und gegenwärtigen Existenz und seiner künftigen Möglichkeiten expliziert werden soll. Der homo oeconomicus stellt ein Modell vom Menschen dar, das auf die positive (Folgen-)Analyse ganz bestimmter, für die Ökonomik zentraler Situationen zugeschnitten ist."* *Eidenmüller*, a. a. O. (Fn 2), S. 28, 39 f., der *Homann* zitiert, folgert daraus, dass es sich bei dem *„homo oeconomicus"* als menschliches Verhaltensmodell um ein ökonomisches Analyseinstrument handelt, dass *„nicht richtig oder falsch, sondern vielmehr zweckmäßig oder unzweckmäßig* [sein kann.]".

[57] Sogenannte Kontexteffekte.

[58] Beispiele dazu finden Sie in den nachfolgenden Abschnitten.

[59] *Stürner*, a. a. O., (Fn 28), bezeichnet die Annahme durchgängig rationalen Verhaltens als *„systemimmanenten Schwachpunkt des Marktmodells"* und verweist in diesem Zusammenhang auf den wirtschaftswissenschaftlichen Zweig der *„behavioral finance"*, der ebenfalls aus einer verhaltensökonomischen Perspektive Korrekturen des Standardmodells vorschlägt. *Eidenmüller*, a. a. O., S. 40, hält das Analyseinstrument des *„homo oeconomicus"* immer dann für tauglich, wenn sich Individuen in der Regel bzw. in der Mehrheit rational und nutzenmaximierend verhalten.

[60] Dies ist die Grundaussage von *Ariely* (Fn 3), die sich im Buchtitel *„Predictably Irrational"* niederschlägt. Auch *Eidenmüller*, a. a. O. (Fn 2), S. 41, ist der Überzeugung, dass das ökonomische Verhaltensmodell des „homo oeconomicus" untauglich wird, wenn systematisch irrationales Verhalten empirisch feststellbar ist. Im Vorwort zur 3. Auflage seines Buches (Fn 2) verweist er auch ausdrücklich auf die Erkenntnisse der *„Behavioral Law and Economics"* und begrüßt die damit verbundene Verbesserung des Analyseinstrumentariums.

[61] Weitere Einwände gegen die Anwendung standardökonomischer Methoden und Theorien auf die vorsorgende Rechtspflege ergeben sich aus der Qualifizierung der vorsorgenden Rechtspflege als öffentliches Gut. Dieses unterscheidet sich nämlich von normalen über den Markt gehandelten Waren und Dienstleistungen ganz entscheidend. Wenn der Staat vorsorgende Rechtspflege über Formvorschriften zwingend macht, darf er umgekehrt keinen Bürger vom Zugang zu diesem Produkt ausschließen. Vorsorgende Rechtspflege ist daher ein nicht ausschließbares Produkt, es gibt keine Eigentumsrechte an diesem Gut. Weiter ist vorsorgende Rechtspflege nicht-rival, d. h., dass das Produkt zur gleichen Zeit von verschiedenen Individuen konsumiert werden kann, weil ihre Inanspruchnahme durch einzelne Bürger sich nicht negativ auf die Möglichkeiten der Inanspruchnahme durch andere Bürger auswirkt. Nicht ausschließbare und nicht-rivale Produkte werden in der ökonomischen Theorie als öffentliche Güter oder „Gemeinschaftsgüter" bezeichnet (weitere Beispiele sind etwa saubere Luft, die Landesverteidigung oder die streitige Gerichtsbarkeit), die nicht ohne weiteres den Marktgesetzen unterworfen werden dürfen. Leider kann dieser lohnende Ansatz im Rahmen dieses Beitrages nicht weiter verfolgt werden.

[62] Vgl. dazu etwa für den Bereich des Gesellschaftsrechts *Kordel*, Behavioral Corporate Governance from a Regulatory Perspective, 9 European Business Organization Law Review 29, 39 ff. (2008) m. w. N.

[63] Dies im Sinne des oben A.IV. vorgestellten Effizienzkriteriums.

D. Warum verpflichtende Vorsorge?

Betrachtet man vor diesem Hintergrund das verpflichtende System einer präventiven notariellen Beratung und Rechtskontrolle, so lässt sich dieses ökonomisch[64] als **staatliche Marktintervention** beschreiben, die auf der Grundlage der Erkenntnisse der Verhaltensökonomik gerechtfertigt werden kann. Die nachfolgenden Ausführungen sollen zeigen, dass der Staat mit der verpflichtenden Einschaltung des Notars ein rationaleres Verhalten der Menschen ermöglicht.

I. „Was Du heute kannst besorgen, das verschiebe nicht auf morgen"

1. Erkenntnisse der Verhaltensökonomik

Das zitierte Sprichwort könnte aus dem Munde des *„homo oeconomicus"* stammen, wird aber in der Realität nur selten befolgt. Davon betroffen sind fatalerweise so wichtige Themen wie die Altersvorsorge, die Gesundheitsvorsorge oder das Sparen.[65] Verhaltensökonomen können empirisch nachweisen, dass Menschen systematisch dazu neigen, in irrationaler Weise ihre **langfristigen Ziele der kurzfristigen Bedürfnisbefriedigung zu opfern.**[66] Warum jetzt joggen gehen oder jetzt auf den Schokoladenkuchen verzichten, wenn die erhofften Früchte dieser Anstrengung sich erst in der Zukunft realisieren? Viele zukunftsorientierte Vorsätze[67] scheitern an der emotionsgeleiteten, irrationalen Präferenz für das Verharren in alten Verhaltensmustern.

Hinzu kommt ein zweites, ***„Überoptimismus"*** oder ***„Selbstüberschätzungsanomalie"*** genanntes Phänomen. Das Aufschieben wird dadurch erleichtert, dass Menschen systematisch dazu neigen, sie betreffende Risiken zu unterschätzen;[68] bzw. sie überschätzen umgekehrt das eigene Wissen und die eigene Kontrolle über diese Risiken.[69] So gehen etwa frischverheiratete Ehepaare auch in Kenntnis der Scheidungsstatistiken davon aus, dass ihre Ehe ein Leben lang hält. Raucher meinen, sie würden keinen Lungenkrebs bekommen,[70] und Altersarmut ist vor allem ein Risiko anderer Leute.

2. Schlussfolgerungen für eine präventive Rechtskontrolle

Die Neigung zum Aufschieben und das systematische Unterschätzen von Risiken bergen aus Sicht der Verhaltensökonomik ein Potential für Wohlfahrtsgewinne. Da diese Phänomene als Marktversagen qualifiziert werden können,[71] kann hier über staatliche Institutionen, Mechanismen und Anreizsysteme nachgedacht werden, um das systematisch irrationale Verhalten zu verhindern oder zumindest zu minimieren. Das System der verpflichtenden Beratung und Rechtskontrolle durch den Notar stellt hier eine solche staatliche Institution dar, wie exemplarisch am Beispiel des Gesellschaftsrechts gezeigt werden kann. Die nachfolgenden Überlegungen lassen sich aber ohne weiteres auf andere Rechtsgebiete,[72] wie etwa das Immobilienrecht,[73] das Familienrecht oder das Erbrecht[74] übertragen:

A, B und C gründen eine GmbH. Diese soll ein Restaurant betreiben. Zur Gründung der GmbH ist der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages erforderlich. Wie in jeder guten Ehe gehen die drei Gründer überoptimistisch davon aus, dass sie sich auf Dauer vertragen werden oder aber Konflikte zumindest einvernehmlich beilegen können. Vor

---

[64] Das System der vorsorgenden Rechtspflege beruht selbstverständlich auch und sogar vorrangig auf nichtökonomischen Wertungen, wie etwa *Bormann/König*, notar 2008, 256 ff. zuletzt gezeigt haben.

[65] *Ariely*, a. a. O. (Fn 3), S. 140 ff., beschreibt dieses Phänomen anhand des Sparens und der Gesundheitsvorsorge.

[66] *Ariely*, a. a. O., S. 142 ff., zeigt dies am Beispiel von Studenten, die in unterschiedlichen Versuchsanordnungen ihre Seminararbeiten planen sollen.

[67] Üblicherweise am 31.12. eines jeden Jahres gefasst.

[68] *Weinstein*, Unrealistic Optimism About Future Life Events, 39 Journal of Personality and Social Psychology 806, 809 ff. (1980); *Kirscht et. al*, A National Study of Health Beliefs, 7 Journal of Health and Human Behavior, 248, 251 (1966); vgl. *Jolls*, Behavioral Economic Analysis of Redistributive Legal Rules, 51 Vanderbilt Law Review 1653, 1659 (1998).

[69] Diese Phänomene werden auch „Kontrollillusion" und „Wissensillusion" genannt. Zu den übersteigerten Erwartungen und dem Überoptimismus der amerikanischen Immobilienerwerber sowie dem Gefühl „im Fahrersitz" stets die Kontrolle zu haben, vgl. das Interview mit dem amerikanischen Finanzpsychologen *Werner de Bondt* in der FAZ vom 4.12.2008.

[70] Die Beispiele finden sich im englischsprachigen Wikipedia (www.en.wikipedia.org), wenn man das Stichwort *„optimism bias"* eingibt.

[71] Möglicherweise ist die derzeit in den USA drohende bzw. schon eingetretene Kreditkartenkrise auch eine Folge der soeben beschriebenen Verhaltensphänomene. Im Interesse der kurzfristigen Befriedigung von Konsumwünschen und der Gewinnmaximierung der Kreditkartenbranche (allein 2005 hat diese in den USA sechs Milliarden Werbebriefe für Kreditkarten verschickt) hat hier eine ganze Nation auf vorsorgendes Sparen verzichtet. Siehe dazu auch *Ariely*, a. a. O. (Fn 3), S. 140 ff., S. 155 ff., mit interessanten Korrekturvorschlägen. Die im Vergleich mit den USA sehr viel höhere Sparrate in Deutschland, aber auch etwa in Japan, ist Ausdruck einer tief in der Mentalität dieser Länder verwurzelten Vorsorgekultur. Diese äußert sich z. B. auch in der deutschen Wohnungsbaufinanzierung, wie im Juli 2008 eine Broschüre der Initiative Finanzstandort Deutschland (www.finanzstandort.de) mit dem Titel „Wohnungsbaufinanzierung in Deutschland: modern, günstig und sicher" aufzeigte: Deutsche Bauherren favorisieren ganz überwiegend einen langfristigen Festzinskredit gegenüber variableren und damit risikoreicheren Angeboten. Variabel verzinste „Subprime Mortgages" haben dagegen in den USA die Hypothekenkrise und damit auch die weltweite Krise des Finanzsystems ausgelöst. Die IFD hat in Ihrem „Finanzstandortbericht 2008" weiter herausgestellt, dass die deutschen Verbriefungs- und Hypothekenmärkte sich wegen der in Deutschland vorherrschenden Langfristkultur und Stabilitätsorientierung auch in der Finanzmarktkrise als weitgehend stabil erweisen.

[72] Ähnliche Überlegungen gelten vor allem für Vertragstypen, bei denen sich die zu Grunde liegenden Risiken möglicherweise erst viel später realisieren oder bei denen Fehleinschätzungen oder irrationales Verhalten wegen der hohen wirtschaftlichen Bedeutung oder der langfristigen Rechtsfolgen besonders gravierende oder sogar existenzielle Folgen haben können.

[73] Angesichts der Suprime-Krise in den USA scheinen sich neuerdings auch amerikanische Ökonomen für rechtliche Vorsorge zu interessieren. So empfiehlt der an der Yale-Universität lehrende amerikanische Ökonom *Shiller* in seinem 2008 erschienenen Buch *„The Subprime Solution"* (S. 134): *„Another possible default option would be a requirement that every mortgage borrower have the assistance of a professional akin to a civil law notary. Such notaries practice in many countries, although not in the United States. In Germany, for example, the civil law notary is a trained legal professional who reads aloud and interprets the contract and provides legal advice to both parties before witnessing their signatures. This approach particularly benefits those who fail to obtain competent and objective legal advice. The participation of such a government-appointed figure in the mortgage lending process would make it more difficult for unscrupulous mortgage lenders to steer their clients toward sympathetic lawyers, who would not adequately warn the clients of the dangers they could be facing."*

[74] Die Wirkungen einer präventiven Rechtskontrolle könnte man im Bereich der Testamente gut empirisch erforschen, weil sich hier mit den notariellen und den privatschriftlichen Testamenten zwei Vergleichsgruppen gegenüberstehen. Man könnte etwa eine Untersuchung an mehreren Nachlassgerichten durchführen und dort statistische Daten über die eröffneten Verfügungen von Todes wegen (notariell/privatschriftlich), die streitigen Erbscheinsverfahren (notariell/privatschriftlich) und sonstige Erbstreitigkeiten (notariell/privatschriftlich) erheben.

die Wahl gestellt, ob Sie € 1.000 in die Gestaltung des Gesellschaftsvertrages investieren oder aber das Geld für einen Kaffee-Vollautomaten ausgeben wollten, entschieden sie sich für den kurzfristig zu realisierenden Nutzen, also die Kaffeemaschine.

Die **verpflichtende Beurkundung** der GmbH-Gründung **verhindert ein solches irrationales Verhalten.** Für weit weniger als € 1.000[75] erhalten A, B und C nach individueller Beratung einen auf sie zugeschnittenen und vom notariellen Vertragsgestalter formulierten Gesellschaftsvertrag, der insbesondere für den Fall Vorsorge trifft, dass die Gesellschafter in Zukunft einmal nicht mehr harmonieren.

Der Nutzen der notariellen Beurkundung im Gesellschaftsrecht lässt sich auch empirisch belegen: Analysiert man die höchstrichterliche Rechtsprechung zum GmbH-Recht, kann man feststellen, dass sich eine erstaunlich geringe Quote der Entscheidungen mit der Zulässigkeit bzw. Wirksamkeit von Satzungsbestimmungen sowie mit der Veräußerung von GmbH-Anteilen[76] beschäftigt.[77]

Das vom Gesetzgeber in verschiedenen europäischen Ländern[78] und derzeit auch von der Europäischen Kommission[79] verfolgte **Konzept einer gesetzlichen Mustersatzung ist** vor diesem Hintergrund **äußerst fragwürdig,** denn es setzt aus verhaltensökonomischer Perspektive die **falschen Anreize**[80] und kann eine notarielle Beratung nicht ersetzen.[81] Zur Realisierung eines vermeintlichen, kurzfristigen Kostenspareffektes werden die Gründer dazu tendieren auf eine individuelle Risikovorsorge im Gesellschaftsvertrag zu verzichten.[82] Die oben beschriebenen Potentiale einer vorsorgenden Gestaltung[83] werden nicht annähernd ausgeschöpft. Die Mustersatzung beschränkt aus verhaltensökonomischer Sicht daher im Ergebnis die Privatautonomie in irrationaler Art und Weise[84] und verhindert eine effiziente Risikovorsorge.

II. Die emotionalen Kosten der Nachsorge

1. Erkenntnisse der Verhaltensökonomik

Wenn rechtliche Interessen verschiedener Parteien kollidieren und keine Vorsorge für diesen Fall in einem Vertrag getroffen wurde, muss der Konflikt im Zweifel in einem gerichtlichen Verfahren ausgetragen werden. Das Gericht klärt den Fall, indem es den Parteien Rechtspositionen zu- oder abspricht. Die klassische Institutionenökonomik geht nun davon aus, dass die Parteien nach Klärung ihrer Rechtspositionen durch das gerichtliche Urteil stets prüfen, ob sie eine effizientere Verteilung der Rechtspositionen durch einen Vertrag herbeiführen können.[85]

Beispiel: Wurde in einem gerichtlichen Verfahren zwischen A und B darüber gestritten, ob A am Grundstück seines Nachbarn B ein Wege- und Fahrrecht zusteht, und ist das Gericht zu dem Ergebnis gekommen, dass dieses Recht des A nicht besteht, so geht die Standardökonomik davon aus, dass A und B nunmehr überlegen, welchen Wert für sie dieses Wege- und Fahrrecht hat. Wenn es A mindestens so viel wert ist wie dem Grundstückseigentümer B, werden sich beide nach der Standardökonomik auf den Betrag einigen, den B mindestens haben will. A wird dann Inhaber des begehrten Rechts.

Damit ist ein **Grundpfeiler der ökonomischen Analyse des Rechts,** das ***Coase* Theorem,** beispielhaft beschrieben,

[75] Zu den Notarkosten bei der Gründung einer deutschen GmbH vgl. notar 2006, 53 ff. (die Kostenstudie ist auf der Homepage des Deutschen Notarvereins www.dnotv.de unter „Dokumente", „Sonstiges" abrufbar) sowie aktuell nach Inkrafttreten des MoMiG *Regler/Sikora/Tiedtke*, MittBayNot 2008, 393 ff. Im internationalen Vergleich sind die Rechtsberatungskosten bei der Gründung einer Kapitalgesellschaft in Deutschland daher sehr günstig. Eine mit Presseerklärung vom 26.6.2008 vorgestellte Studie des *VDMA* (Verband deutscher Maschinen- und Anlagenbau e.V.) und *Baker & McKenzie* (abrufbar auf der Homepage des VDMA, www.vdma.org) rechnet im europäischen Durchschnitt mit Gründungskosten für eine Kapitalgesellschaft von ca. € 9.000,00 (!).

[76] Diese Veräußerung ist nach § 15 GmbHG in Deutschland beurkundungspflichtig.

[77] Eine entsprechende Analyse der in den Jahren 1991 bis 2003 in der GmbH-Rundschau veröffentlichten BGH-Rechtsprechung (insgesamt ca. 350 Entscheidungen) hat *Vossius*, notar 2004, 107, 112, vorgenommen. Perspektivisch sollte man diese Analyse erweitern und mit der BGH-Rechtsprechung zur Kommanditgesellschaft vergleichen. Diese ist in Deutschland als Gesellschaftsform ähnlich beliebt wie die GmbH, erfordert bei der Gründung aber nicht zwingend eine notarielle Beurkundung. Das Aktienrecht bietet ebenfalls empirisch zu erforschendes Anschauungsmaterial für den Nutzen der notariellen Beurkundung. Hier könnte einmal untersucht werden, wie viele der nach § 130 Abs. 1 Satz 3 AktG nicht vom Notar zu protokollierenden Hauptversammlungsbeschlüsse überhaupt zum Handelsregister eingereicht werden (§ 130 Abs. 5 AktG) und wie viele der eingereichten Beschlüsse wegen Formfehlern unwirksam sind (mit rechtlich/wirtschaftlich unabsehbaren Folgen).

[78] Genannt werden kann Spanien mit der *Sociedad de Responsabilidad Limitada Nueva Empresa* oder der englische *Companies Act* mit der Table A.

[79] Die europäische Kommission möchte dem Statut der zu schaffenden Europäischen Privatgesellschaft eine Mustersatzung beifügen, vgl. den Vorschlag der Kommission über das Statut einer Europäischen Privatgesellschaft KOM (2008) 396 endgültig; die Mustersatzung wird in der Begründung unter Ziffer 5. a. E. diskutiert. Dazu auch *Maul/Röhricht*, BB 2008, 1574, 1579.

[80] Der Gesetzgeber „belohnt" die Wahl der Mustersatzung häufig entweder mit der Ersparnis von Gründungskosten oder aber mit beschleunigter Behandlung beim Register.

[81] Der deutsche Gesetzgeber hat bei der am 1. November 2008 in Kraft getretenen GmbH-Reform auch bei Verwendung der Mustersatzung an der notariellen Beurkundung und Beratung festgehalten. Diese Beratung wird in der Praxis voraussichtlich dazu führen, dass allenfalls bei der Einpersonengründung das gesetzliche Muster verwendet wird. Bei Mehrpersonengründungen wird der Notar wohl eine Gestaltung empfehlen, die dem Mehrpersonenverhältnis und den dadurch drohenden Gefahren Rechnung trägt und bei fehlender Einsicht der Beteiligten eine ausdrückliche Belehrung über die mit dieser Gestaltung verbundenen Risiken in die Urkunde aufnehmen. Empirisch haben zuletzt *Bayer/Hoffmann/Schmidt* gezeigt, dass bereits eine zweigliedrige GmbH ein zu hohes Maß an Satzungskomplexität für gesetzlich vorgegebene Muster aufweist und gesetzliche Mustersatzungen allenfalls für Einpersonengesellschaften in Betracht kommen, GmbHR 2007, 953.

[82] In England entscheiden sich die Gründer üblicherweise für die Mustersatzung, weil diese den Mitarbeitern des Registers bekannt ist und daher keine Probleme zu erwarten sind. Wer hier individuell vorsorgen möchte und das nötige Kleingeld dazu hat, vereinbart nach anwaltlicher Beratung außerhalb des Gesellschaftsvertrages (und damit für den Rechtsverkehr nicht publik) schuldrechtlich wirkende Konsortialvereinbarungen („*Shareholders Agreements*"). Diese führen sowohl bei der Konzeption als auch, wenn Gesellschaftsanteile übertragen werden müssen, zu erhöhten Transaktionskosten, da neben der reinen Anteilsübertragung mindestens der Beitritt des Erwerbers zur Konsortialvereinbarung erforderlich ist.

[83] Vgl. oben B.

[84] Vor diesem Hintergrund verwundert die Haltung der deutschen Wirtschaftsverbände, die sich sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene für Mustersatzungen aussprechen und sich davon Kosteneinsparungen versprechen.

[85] So schon der Wirtschafts-Nobelpreisträger *Ronald Coase* in seinem bahnbrechenden Aufsatz *The Problem of Social Cost*, 3 Journal of Law & Economics 1, 13 (1960).

nach dem es unabhängig von der ursprünglichen Allokation von Rechten letztlich stets zum effizienten Ergebnis kommt, solange die Transaktionskosten[86] gleich null sind.[87]

Die empirische Wirklichkeit sieht jedoch anders aus. Eine Untersuchung von Professor *Ward Farnsworth* von der Boston University School of Law hat gezeigt, dass es meist schon zu spät für eine vertragliche Einigung ist, sobald die Parteien in Streit geraten sind und prozessieren.[88] Das Kind ist zu diesem Zeitpunkt häufig bereits in den Brunnen gefallen, weil die im Prozess aufwallenden Emotionen der Parteien eine nüchterne Einigung mit Augenmaß verhindern. In einer Vielzahl untersuchter realer Fälle war nach dem Urteilsspruch des Gerichts keiner der Betroffenen bereit, auch nur mit dem Grundstücksnachbarn zu verhandeln, geschweige denn, einen Vertrag abzuschließen. Vielmehr war das gegenseitige Verhältnis von Verbittertheit geprägt. Die Parteien verhielten sich unhöflich, „unvernünftig" und sprachen häufig noch nicht einmal mehr miteinander.

Außerdem fiel es den meisten Rechteinhabern schwer, dem streitgegenständlichen Recht einen monetären Wert beizumessen. Es ging ihnen meist nicht um Geld, sondern darum, vor Gericht Recht zu bekommen und ihre Rechtsposition zu erhalten.[89] Ein Rechtsanwalt, der eine Partei in einem solchen Streit vertrat, beschrieb die Situation wie folgt: *„Generally the emotions are so strong, they're almost like the emotions in a divorce, because it's land involved that's dear to their hearts…".*[90]

2. Schlussfolgerungen für eine präventive Rechtskontrolle

Die Prognose der klassischen Institutionenökonomik, dass in einem Rechtssystem auch nach einer gerichtlichen Auseinandersetzung eine effiziente Verteilung der Rechte erfolgt, ist offensichtlich zu optimistisch.[91] Es entstehen damit – wegen systematisch irrationalen Verhaltens – höhere gesamtwirtschaftliche Kosten, als sie von der Standardökonomik auf der Grundlage ihrer Modelle vorhergesagt würden.[92]

Ein System der verpflichtenden Beratung und Rechtskontrolle durch den Notar kann dazu beitragen, die durch irrationales Verhalten bedingten Zusatzkosten zu reduzieren. Präventive Rechtsgestaltung kann für eine effizientere Verteilung von Rechtspositionen sorgen, weil sie Verhandlungslösungen und Konfliktvorsorge zu einem Zeitpunkt verpflichtend vorsieht, in dem die „emotionalen Kosten" eines ausgebrochenen Streites einem rationalen Verhandeln noch nicht entgegenstehen. Verpflichtende rechtliche Vorsorge trägt damit zur Vermeidung systematisch irrationalen Verhaltens in und nach einer Streitsituation bei.

III. Ein irrationaler Anreiz: Das Gratisangebot

1. Erkenntnisse der Verhaltensökonomik

Beim Gratisangebot setzt die Vernunft aus. Die Null ist ein emotionaler Knüller, eine Quelle irrationaler Begeisterung.[93] Das kann man experimentell zeigen,[94] lehrt aber auch bereits die Alltagserfahrung. Nur um ein kostenloses Angebot zu erlangen, sind Menschen (irrational) bereit, Geld auszugeben. So hat fast jeder schon einmal Dinge gekauft, nur weil es gratis ein anderes Produkt[95] dazu gab.[96] Vom Reiz des Gratisangebotes machen z. B. auch Telefonfirmen und Urlaubsanbieter Gebrauch, die auf die „Flatrate" oder „All inclusive" setzen und beim Nutzer das schöne Gefühl auslösen, dass Telefonieren, Essen und Trinken kostenlos erfolgt.

Auch im Rechtsbereich sind (vermeintliche) Gratisangebote erfolgreich. So gibt es etwa die unentgeltliche Testamentsberatung durch die Bank oder die Vermittlung von Versicherungen durch den *„unabhängigen"*[97] und für den Bürger *„kostenlosen"* Versicherungsmakler.[98] Mit ein wenig Nachdenken wird schnell klar, dass hier keine wirklichen Gratisangebote vorliegen, sondern die entstehenden Kosten (mit Gewinnaufschlag) an anderer Stelle wieder hereingeholt werden müssen.[99] Trotzdem ist der Gratisanreiz so stark, dass die rationalen Argumente ausgeblendet werden.

---

[86] Transaktionskosten sind die Kosten, die potenzielle Vertragspartner für Informationen und die Koordination aufwenden müssen, um einen Vertrag abzuschließen und durchzusetzen; vgl. *Schäfer/Ott,* Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 3. Aufl. 2000, S. 5.

[87] *Coase,* The Problem of Social Cost, 3 Journal of Law & Economics 1, 13 (1960).

[88] *Farnsworth,* Do Parties to Nuisance Cases Bargain After Judgment? A Glimpse Inside the Cathedral, in: Sunstein (Hrsg.), Behavioral Law & Economics, 2000, S. 302 ff.

[89] Genau an dieser Stelle setzen die Modelle außergerichtlicher Streitschlichtung wie etwa Mediation an. Die Parteien sollen wieder in die Lage versetzt werden, direkt miteinander zu verhandeln und von einem bloßen Beharren auf Positionen zu einem interessenbasierten Verhandeln gelangen, vgl. *Fisher/Ury,* a. a. O. (Fn 36).

[90] Zitiert nach *Farnsworth,* Do Parties to Nuisance Cases Bargain After Judgment? A Glimpse Inside the Cathedral, in: Sunstein (Hrsg.), Behavioral Law & Economics, 2000, S. 302, 307.

[91] Zu diesem Ergebnis kommt man selbst dann, wenn man das empirische Ergebnis im Einklang mit dem zuvor erwähnten *Coase*-Theorem in der Weise erklärt, dass die beschriebenen Emotionen der Parteien prohibitiv hohe Transaktionskosten darstellen.

[92] Wie bereits oben unter A.IV. erwähnt existieren keine Studien, die die gesamtwirtschaftlichen Kosten einer präventiven Rechtsgestaltung durch den Notar mit den Kosten vergleichen, die ohne ein solches System entstehen.

[93] *Ariely,* a. a. O. (Fn 3), S. 75.

[94] Viele Beispiele und Experimente finden sich bei *Ariely,* a. a. O., S. 75 ff.

[95] Für das man in der Regel überhaupt keinen Bedarf hat.

[96] *Ariely,* a. a. O., S. 86 beschreibt, dass Amazon seinen Absatz in den USA durch Einführung eines Gratisversands ab einem bestimmten Bestellwert sprunghaft steigern konnte. In Frankreich gelang dies Amazon nicht, weil statt eines Gratisversandes lediglich der Versand zu einem sehr geringen Betrag angeboten wurde. Dies änderte sich auch in Frankreich mit Einführung des Gratisangebots.

[97] Der bei näherer Betrachtung jedoch von nicht offengelegten Provisionen abhängig ist.

[98] Auf dem amerikanischen Immobilienmarkt haben Banken und Kreditvermittler ebenfalls mit einem „Gratisargument" geworben: Da die Preise für Immobilien konstant steigen, sei der Kauf eines Hauses gleichsam risikolos, da man die getätigten Investitionen in jedem Fall zurückbekomme. Das Verkaufsargument war stark, aber falsch. Vgl. dazu aus verhaltensökonomischer Sicht das Interview mit dem amerikanischen Finanzpsychologen *Werner de Bondt* in der FAZ vom 4.12.2008. *De Bondt* äußert sich zudem pessimistisch im Hinblick auf etwaige zukünftige Lerneffekte bei den Hauskäufern. Beim Hauskauf handele es sich meist um eine einmalige Investition; damit würden die weiteren Chancen zum Dazulernen fehlen. Zur Option einer vorsorgenden Beratung der Hauskäufer äußerte sich jüngst *Sumit Agarwal* von der Federal Reserve Bank of Chicago auf einer Brüsseler Konferenz zum Thema Verbraucherschutz und Verhaltensökonomik, vgl. FAZ vom 2.12.2008.

[99] Die Bank lässt sich etwa gern bei vermögenden Privatkunden als Testamentsvollstrecker benennen und übernimmt dann für die Erben die Vermögensverwaltung.

2. Schlussfolgerungen für eine präventive Rechtskonstrolle

Staatliche Gesetzgebung sollte sich des starken Gratisanreizes bewusst sein und zwischen erwünschten und unerwünschten Gratisanreizen unterscheiden. Überall dort, wo Gratisanreize irrationales Verhalten begünstigen, kann über Gegenmaßnahmen nachgedacht werden.[100] Weiter sollte der Staat darauf achten, selbst die richtigen Gratisanreize zu setzen.[101] Hier zwei Beispiele aus dem Bereich der vorsorgenden Rechtspflege, einmal für ein sinnvolles und einmal für ein weniger sinnvolles Gratisangebot:

> ***Beispiel 1:*** *E ist Eigentümer eines Hausgrundstücks. Er verstirbt. Seine Kinder S und T sind die Erben des Grundstücks. Im Grundbuch steht zunächst aber noch E als Eigentümer.*

In einem solchen Fall besteht zum Schutz des Rechtsverkehrs ein öffentliches Interesse an einer schnellen Korrektur des Grundbuches.[102] Wird mit der Umschreibung zu lange gewartet, drohen sogar verschachtelte und nacheinander geschaltete Erbfolgen, bei denen mühsam die wahren Berechtigten ermittelt werden müssen.[103] Der Gesetzgeber trägt dem mit einem Gratisangebot Rechnung: Innerhalb von zwei Jahren nach dem Erbfall ist die Grundbuchberichtigung kostenlos.[104] Weil die Erben nach dem Erbfall in der Regel wegen des erforderlichen Erbscheins Kontakt zum Notar und/oder Gericht haben, werden sie auf das Gratisangebot aufmerksam gemacht und nehmen dies ganz überwiegend auch in Anspruch.

> ***Beispiel 2:*** *Im Rahmen der GmbH-Reform sollte bei Verwendung eines Muster-Gründungs-Sets auf die notarielle Beurkundung der Gründung verzichtet werden können. Dieses Modell ist nicht Gesetz geworden.*

Dies wäre ein Beispiel für ein falsches Gratissignal des Gesetzgebers gewesen. Denn durch das Nebeneinander von beurkundungsbedürftiger individuell gestalteter Satzung und nicht beurkundungsbedürftiger Mustersatzung hätte der Gesetzgeber die Mustersatzung als Gratis-Alternative dargestellt. Die Botschaft *„wer das Muster-Set verwendet, spart die Kosten der notariellen Beurkundung"* wäre unter dem Gesichtspunkt einer angemessenen Risikovorsorge fatal gewesen. Die ohnehin vorhandenen Gefahren irrationalen Handelns (Überoptimismus, Aufschieben von Vorsorge) wären dadurch sogar noch verstärkt worden.[105]

Das Beispiel zeigt auch, dass eine für den Bürger freiwillige notarielle Beurkundung von Rechtsgeschäften aus Sicht des verhaltensökonomisch informierten Gesetzgebers eine fragwürdige Option darstellt,[106] da sie sich stets dem irrational wirkenden Gratisargument ausgesetzt sehen würde.[107]

IV. Ehrlichkeit, Redlichkeit und das „Ritual" der notariellen Beurkundung

1. Erkenntnisse der Verhaltensökonomik

Verhaltensökonomen können experimentell nachweisen, dass Menschen nicht vor unehrlichem Verhalten gefeit sind. Wenn **entsprechende Gelegenheiten** bestehen, neigen sie systematisch und in großer Zahl **zu kleineren Betrügereien.**[108] Offenbar wird das ethische Kontrollzentrum im Gehirn[109] grundsätzlich erst bei gröberen Verstößen aktiv und verhindert diese dann.[110]

---

[100] In den genannten Fällen der „kostenlosen" Beratung durch Banken und Versicherungsmakler könnten diese gesetzlich zur Offenlegung ihrer Anreizstrukturen (Provisionen etc.) verpflichtet werden. Ob dies jedoch ausreichen würde, die Wirkung des „Gratisangebots" einzudämmen, ist fraglich.

[101] *Ariely*, a. a. O. (Fn 3), S. 90 f. fordert die Politik dazu auf, in geeigneten Fällen die „Karte Gratis!" bewusst zu spielen, um bestimmte Verhaltenskorrekturen zu erreichen.

[102] Die öffentlichen Register (Grundbuch und Handelsregister) mit ihrer präventiven Prüfung und Rechtskontrolle sind in Deutschland eng mit der notariellen Tätigkeit verbunden und gehören mit zum System der vorsorgenden Rechtspflege.

[103] Wie Notare aus leidvoller Erfahrung wissen, können nicht rechtzeitig im Grundbuch nachvollzogene Erbfolgen arbeits- und zeitintensive Recherchen verursachen. Bis zur Klärung der Rechtslage ist das Grundbuch faktisch blockiert. Erhöhte Transaktionskosten sind die Folge.

[104] § 60 Abs. 4 KostO. Würde der Gesetzgeber hier statt des Gratisangebotes eine – wenn auch nur geringe – Gebühr nehmen, wäre nach den Erkenntnissen der Verhaltensökonomik davon auszugehen, dass die Zahl der unverzüglichen Grundbuchberichtigungen nach Erbfällen stark abnehmen würde.

[105] Der zeitweise Ansturm deutscher Unternehmensgründer auf die englische Limited kann ebenfalls verhaltensökonomisch mit dem Gratisanreiz des „es ist kein Stammkapital erforderlich" erklärt werden, der von den gewerblichen Anbietern von Limiteds gerne noch mit dem Zusatz *„keine notarielle Beurkundung nötig"* verstärkt wurde. Erst nach und nach konnte sich gegen diese starken Anreize die von rationalen Erwägungen getragene Erkenntnis durchsetzen, dass die Limited für den normalen deutschen Unternehmer sowohl teurer als auch risikoträchtiger als eine deutsche GmbH ist. Mittlerweile verfügt das deutsche Gesellschaftsrecht mit der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) ebenfalls über eine mit einem Euro Stammkapital (Gratisanreiz) zu gründende Gesellschaftsform, bei der die rechtliche Vorsorge jedoch über die notarielle Beurkundung der Gründung sichergestellt wird.

[106] Gerade die im internationalen Vergleich vorbildlichen deutschen öffentlichen Register im Immobilien- und Gesellschaftsrecht (Grundbuch und Handelsregister) würden bei einer freiwilligen Einschaltung des Notars kaum funktionieren. Der öffentliche Glaube der deutschen Register knüpft entscheidend an die vorsorgende und verbindliche Rechtskontrolle durch Notare und Gerichte an. Verlässlichkeit und Rechtssicherheit sind die ökonomisch willkommenen Folgen.

[107] Im deutschen Erbrecht besteht zum Teil ein Wahlrecht zwischen privatschriftlicher und notarieller Form. Das für die privatschriftliche Form sprechende Gratisargument beantwortet der Gesetzgeber hier aber mit eigenen Anreizen zu Gunsten der notariellen Form (z. B. der Entbehrlichkeit eines Erbscheins bei Errichtung eines notariellen Testaments), die aber aus empirischer Sicht möglicherweise dem vorgenannten Gratisargument nicht genügend entgegenwirken. Insoweit wäre es interessant, empirisch privatschriftliche Testamente und notariell errichtete Verfügungen von Todes wegen im Hinblick auf ihre gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen hin zu überprüfen (vgl. auch oben, Fn 74). Die Erfahrung der notariellen Praxis ist jedenfalls, dass privatschriftliche Testamente häufig mit Fehlern behaftet sind, die staatliche Ressourcen nicht nur dadurch binden, dass zunächst umständlich der wahre Wille des Erblassers zu erforschen ist, sondern weil aus solchen Testamenten ungleich häufiger Streit zwischen den potenziellen Erben entsteht, was sich gesamtwirtschaftlich häufig ebenfalls nachteilig auswirkt.

[108] Wichtig ist, dass es sich tatsächlich nur um „kleinere" Betrügereien handelt, wie etwa die Mitnahme eines Kugelschreibers aus dem Hotel, die Angabe eines geringfügig zu hohen Schadens bei der Versicherung oder die steuerliche Geltendmachung eines privaten Essens als Geschäftsessen.

[109] Mit dem Aufwachsen verinnerlichen Menschen die ethisch-sozialen Grundwerte der Gesellschaft, wozu auch die Ehrlichkeit als Tugend und moralischer Wert gehört. Verhalten Menschen sich ehrlich, werden die Belohnungszentren in ihrem Gehirn stimuliert und sie sind zufrieden. Verstöße gegen die Ehrlichkeit werden umgekehrt bestraft. Diese Kontrollfunktion setzt aber offenbar erst bei Verstößen ab einer gewissen Größenordnung ein. Vgl. dazu *Ariely*, a. a. O. (Fn 3), S. 246.

[110] Die Angabe des vierfachen Versicherungsschadens oder die Mitnahme sämtlicher Handtücher und Kleiderbügel aus dem Hotelzimmer führen wohl bei den meisten Menschen zur Aktivierung ihres Gewissens.

Solange das ethische Kontrollzentrum nicht einsetzt, könnte uns theoretisch eine rationale Kosten-Nutzen-Analyse vor unehrlichem Verhalten schützen. Aber wer wägt schon den Nutzen eines geringfügig zu hoch angegebenen Versicherungsschadens mit dem Risiko ab, wegen Versicherungsbetruges verurteilt zu werden? Wer überdenkt Kosten und Nutzen, wenn er bei der Reisekostenabrechnung gegenüber dem Arbeitgeber hin und wieder ein paar Kilometer zu viel angibt oder bei der Steuererklärung ein oder zwei privat veranlasste Quittungen als Werbekosten abrechnet?[111] Experimente zeigen, dass sich Menschen hier systematisch irrational verhalten. Eine Kosten-Nutzen-Analyse und auch das Risiko erwischt zu werden, haben kaum Einfluss auf die menschliche Neigung zu kleineren Betrügereien.[112] **Die rationale Abwägung** von Kosten und Nutzen **versagt** bei der **Verhinderung der geschilderten Unehrlichkeit.**

Was hilft stattdessen? Kennt die Verhaltensökonomik Möglichkeiten, den Faktor Unehrlichkeit zu minimieren? Die **Verhaltensökonomik kommt zu dem Ergebnis, dass die Ehrlichkeit** und Redlichkeit von Menschen **stark vom *„Setting"*** abhängt. Je nachdem, in welcher Umgebung Menschen sich bewegen und in welcher Situation sie sich befinden, verändert sich der Faktor „Unehrlichkeit". Folgende Erkenntnisse sind im Rahmen dieses Beitrags wichtig:

Die Ehrlichkeit von Menschen kann massiv gefördert werden, wenn im Zusammenhang mit einer möglichen Betrugssituation an ihr **Gewissen appelliert** wird. Dies kann ausdrücklich geschehen, etwa durch Unterzeichnung einer Erklärung[113] oder indirekt, z. B. durch das in Erinnerung rufen der 10 Gebote.[114] Der Appell oder schon der bloße Gedanke an eine moralische Instanz[115] bewirken offenbar eine Aktivierung der ethischen Selbstkontrolle.

Weiter lässt sich nachweisen, dass **Betrügen umso leichter fällt, je indirekter, anonymer oder auch virtueller** eine Situation beschaffen ist. Auch lässt sich zeigen, dass in Situationen, in denen es unmittelbar um Geld geht, die ethische Selbstkontrolle viel besser und schneller funktioniert als in Situationen, in denen die Betrügerei nur mittelbare monetäre Auswirkungen hat.[116]

Jemandem einen Fünf-Euro-Geldschein aus der Hosentasche zu entwenden fällt den meisten Menschen offenbar bedeutend schwerer, als den ebenfalls fünf Euro teuren Kugelschreiber im Hotelzimmer einzustecken. Die weitgehend anonymen Sozialversicherungssysteme zu betrügen oder dem Staat Steuergelder vorzuenthalten scheint weit weniger belastend für das Gewissen zu sein, als € 10 aus der Portokasse im Büro zu nehmen. Der Versicherung den Verlust eines Fahrrads im Wert von € 500 zu melden, das tatsächlich nur € 450 wert war, erscheint moralisch verkraftbar; dagegen würden wohl nur die wenigsten Menschen auf die Idee kommen, der Versicherung unmittelbar € 50 zu stehlen. Vor diesem Hintergrund ist sehr wahrscheinlich, dass auch Online-Dienste, der bargeldlose Zahlungsverkehr und sämtliche Transaktionen auf elektronischem Weg prinzipiell betrugsanfälliger sind als weniger anonyme, reale und unmittelbare Formen des Leistungsaustausches.[117]

2. Schlussfolgerungen für eine präventive Rechtskontrolle

Vor diesem Hintergrund liegt die Annahme nahe, dass die notarielle Beurkundungsverhandlung positive Auswirkungen auf die Ehrlichkeit und Redlichkeit der beteiligten Personen hat. Das notarielle Verfahren beginnt mit der Identitätsfeststellung der Beteiligten, ist also das Gegenteil eines anonymen Verfahrens. Weiter handelt es sich um ein Verfahren mit Präsenzpflicht. Die Parteien sitzen sich in den offiziellen Amtsräumen gegenüber und *„schauen sich in die Augen"*. Der Notar steht dem Verfahren als Amtsträger und damit als Vertreter einer höheren Instanz[118] vor; er liest und erläutert den zu beurkundenden Vertragstext. **Die gesamte Atmosphäre**, das Vorlesen, das Belehren und Beraten und auch die Hinweise auf etwaige Risiken sorgen tendenziell dafür, dass an das Gewissen der Parteien appelliert wird, Dinge, die für den Vertragsschluss wichtig sind, *„jetzt oder nie"* zur Sprache zu bringen. Die Beurkundungssituation appelliert an die ethische Selbstkontrolle, indem sie auf die **besondere Bedeutung der abschließenden Unterschrift** und die damit verbundene Übernahme der Verantwortung für den vorgelesenen und erläuterten Text verweist.

Mit dem *„Ritual"* der Beurkundung steigt deshalb auch der **Grad der gefühlten[119] Verbindlichkeit einer Verein-**

---

[111] Im Fall des Arbeitnehmers steht ein kleiner monetärer Nutzen dem Risiko der Abmahnung und Kündigung gegenüber. Der Steuerschuldner riskiert, sich strafbar zu machen für einige zusätzliche Euro Steuererstattung.

[112] Ausführliche Beschreibungen von entsprechenden Experimenten finden sich bei *Ariely*, a. a. O., S. 239 ff.

[113] *Ariely*, a. a. O., S. 256 f. berichtet etwa, dass sich die Studenten einer Prüfungsgruppe, die vor der Prüfung eine „Ehrenerklärung" abgeben mussten, zu 100 % ehrlich verhielten, obwohl hinreichende Möglichkeiten zum Betrug bestanden.

[114] Auch hier berichtet *Ariely*, a. a. O., S. 249 ff. von einem Experiment. Die Prüfungsteilnehmer, die sich vor der Prüfung an die 10 Gebote erinnern sollten, verhielten sich zu 100 % ehrlich und nutzten bestehende Betrugsmöglichkeiten nicht aus; dies im Gegensatz zur Kontrollgruppe, die sich statt an die 10 Gebote vor der Prüfung an ihre zuletzt gelesenen Bücher erinnern sollte.

[115] Im Beurkundungszimmer von Notar *Thywissen* in Heinsberg hängt über der Tür ein Kruzifix. Wenn sich die Parteien ausnahmsweise während einer Beurkundung zu sehr streiten oder sogar persönlich verletzend werden, richtet Notar *Thywissen* seinen Blick über die Tür, deutet auf das Kruzifix und fragt: *„Kennen Sie den?"* Das genügt nach Angabe des Notars (zumindest im katholischen Heinsberg), um die Parteien zurück auf den Pfad der Tugend zu bringen.

[116] Entsprechende Experimente werden bei *Ariely*, a. a. O. (Fn 3), S. 263 ff. beschrieben.

[117] Viele Beispiele und auch statistische Zahlen finden sich bei *Ariely*, a. a. O., S 261 ff. Kritisch zu betrachten ist in diesem Zusammenhang auch das vom Bundesministerium des Inneren vorgestellte Konzept eines elektronischen Bürgerportals, das erhebliche Missbrauchspotentiale beinhaltet, vgl. dazu die Stellungnahme des Deutschen Notarvereins, abrufbar unter www.dnotv.de.

[118] Nämlich im Namen des Staates, bzw. in einer Demokratie letztlich im Namen des Volkes.

[119] Juristisch-dogmatisch ist der privatschriftlich geschlossene Mietvertrag natürlich genauso bindend wie der notarielle Grundstückskaufvertrag. Trotzdem sollte man die emotionale Komponente nicht unterschätzen, insbesondere im Hinblick auf die spätere Neigung, etwaige Meinungsverschiedenheiten mit dem Vertragspartner vor Gericht auszufechten.

barung.[120] Spätere Distanzierungsversuche der Parteien kommen bei beurkundeten Rechtsgeschäften deshalb extrem selten vor.[121] In welchem Grad ein formalisiertes Vertragsschlussritual zu ehrlichem Verhalten beitragen und den auch langfristigen Bindungswillen der Parteien stärken kann, wäre daher ein lohnendes Feld für eine experimentelle und empirische Überprüfung.

Aus verhaltensökonomischer Perspektive kann der Gesetzgeber daher durch verpflichtende Anordnung eines Beurkundungsverfahrens gerade bei wirtschaftlich bedeutsamen Transaktionen mit weitreichenden und langfristig wirkenden Rechtsfolgen seriöses und ehrliches Verhalten fördern und damit späteren Streit vermeiden.

E. Für eine Kultur der Vorsorge in Europa

Es spricht viel dafür, dass über Jahrhunderte tradierte Rechtsnormen, die sich in verschiedenen Gesellschaften und vor vielen Gerichten im Sinne eines Common Sense täglich praktisch-empirisch bewähren mussten, aus der Sicht moderner ökonomischer Erkenntnisse ein hohes Maß an „gespeicherter Vernunft" enthalten, auch wenn die ökonomische Begründung bislang nicht explizit ausgeführt wurde. Das gilt im besonderen Maße für die in den Institutionen der vorsorgenden Rechtspflege sowie des Notariats lateinischer Prägung zum Ausdruck kommende *„Kultur der Vorsorge"*, deren Ursprünge und Grundstrukturen bis in das römische Recht zurückreichen.[122]

Unstreitig dürfte sein, dass auch gut funktionierende Systeme ständig modernisiert, renoviert und fortentwickelt werden müssen.[123] Einzelne Missstände oder Probleme können jedoch durch behutsame systemkonforme Korrekturen meist effektiver behoben werden, als durch radikale Systemwechsel, deren mittel- und langfristige Folgen kaum abschätzbar sind.[124]

Mit dem System der verpflichtenden präventiven Beratung und Rechtskontrolle durch den Notar verfügt die Europäische Union in fast allen Mitgliedstaaten[125] über eine Institution, die im Vergleich zu dem System der Nachsorge, wie es aus dem Common Law bekannt ist, effizientere Marktergebnisse ermöglicht und so zu einer weiteren Integration des Europäischen Binnenmarktes beitragen kann. Es bleibt zu hoffen, dass sich die Europäische Union dessen noch stärker bewusst wird und die in der kontinentaleuropäischen Rechtstradition gespeicherte ökonomische Vernunft der Vorsorge als rechtskulturellen Schatz erkennt, den es zu heben gilt.[126]

F. Thesen

1. Die verpflichtend ausgestaltete präventive Beratung und Kontrolle von Rechtsgeschäften durch den Notar ist ein prägendes Merkmal des kontinentaleuropäischen Rechts und steht funktional gleichberechtigt neben der streitigen Gerichtsbarkeit. Das kontinentaleuropäische System der Zivilrechtspflege kann daher in Abgrenzung zum Common Law als Zwei-Säulen-Modell beschrieben werden (A.I. und II.).

2. Die verpflichtende Einschaltung eines Notars ist aus ökonomischer Perspektive ein Eingriff in den Markt für vorsorgende Rechtsberatung und -gestaltung. Dieser Markteingriff ist nach dem Kriterium der *Kaldor-Hicks*-Effizienz gerechtfertigt, wenn er volkswirtschaftlich gegenüber der Situation ohne Eingriff eine Wohlfahrtssteigerung bewirkt (A.III. und IV.).

3. Der Markt fußt rechtlich auf der Privatautonomie der Marktteilnehmer. Marktwirtschaft braucht deshalb gelebte Vertragsfreiheit. Die verpflichtende präventive Beratung und Rechtskontrolle durch den Notar ermöglicht und fördert privatautonome Gestaltungen und ist einer rechtlichen Nachsorge insoweit überlegen (B.)

4. Die Verhaltensökonomik ergänzt und korrigiert die klassische Institutionenökonomik, soweit diese von einem stets oder überwiegend rationalen Verhalten der Marktteilnehmer ausgeht. Soweit es sich um systematisch und vorhersehbar irrationales Verhalten handelt, können Marktinterventionen des Staates verhaltensökonomisch gerechtfertigt sein. Gelingt es durch den staatlichen Eingriff, die Menschen zu rationalerem Verhalten zu bewegen, kann dies volkswirtschaftlich Wohlfahrtsgewinne zur Folge haben (C.).

5. Die Verhaltensökonomik kann nachweisen, dass Menschen die in einer vorsorgenden Gestaltung liegenden Chancen vorhersehbar irrational nicht wahrnehmen. Kon-

[120] Wenn man Freiheit nicht nur abwehrend als *„Freiheit von etwas"*, sondern auch positiv als *„Freiheit zur Bindung"* versteht, trägt die notarielle Beurkundung zur bewussten, informierten und aufgeklärten Ausübung dieser zweiten Form der Freiheit bei. Vgl. zu dieser Unterscheidung auch *Di Fabio*, Die Kultur der Freiheit, München 2005, S. 90 ff. *Stürner*, a. a. O. (Fn 33), S. 257 f., weist zu Recht darauf hin, dass das europäische Verbraucherschutzrecht (vorvertragliche Information kombiniert mit einem Widerrufsrecht) dagegen *„eine durchaus verhängnisvolle Mentalität zunächst bindungslosen Probierens und allmählichen Hineinschlitterns"* fördert und so die Klarheit und Ernsthaftigkeit des zivilrechtlichen Vertragsschlusses gefährdet, obwohl sowohl empirische Forschung als auch Erkenntnisse des *„Financial Behaviorism"* die Wirkungs- aber nicht Kostenlosigkeit der europäischen Verbraucherschutzkonzepte nahelegen. Diese Botschaft scheint nun auch in Europa angekommen zu sein, wie sich aus einem Bericht in der FAZ vom 2.12.2008 zu einer Brüsseler Konferenz zum Thema Verbraucherschutz und Verhaltensökonomik ablesen lässt. Weitere Informationen zu dieser Tagung erhält man auf der Homepage der Generaldirektion Verbraucherschutz unter http://ec.europa.eu/consumers/dyna/conference/programme_en.htm.

[121] Sie wären vor Gericht auch kaum erfolgreich, da der Staat der notariellen Urkunde einen besonderen Beweiswert zumisst, §§ 415 ff. ZPO.

[122] Vgl. etwa *Fischer*, notar 2008, 100.

[123] Zuletzt stand etwa die Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs an. In diesem Bereich ist es den Notaren in Deutschland gelungen, eine Führungsfunktion zu übernehmen, vgl. auch das Editorial der nordrhein-westfälischen Justizministerin *Müller-Piepenkötter* in diesem Heft.

[124] Würde man etwa eine radikale Deregulierung und Liberalisierung des Notarberufes und der notariellen Tätigkeit fordern, müsste man auch etwaige negative Effekte im Hinblick auf das Berufsethos einkalkulieren. *Ariely*, a. a. O. (Fn 3), S. 257 ff. beschreibt etwa den Verfall von Moral und Ethik bei den amerikanischen freien Berufen in Folge der Deregulierung und Liberalisierung.

[125] Ein Notariat lateinischer Prägung gibt es in Deutschland, Österreich, Belgien, Bulgarien, Spanien, Estland, Frankreich, Griechenland, Ungarn, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, den Niederlanden, Polen, Portugal, Tschechien, Rumänien, der Slowakei und Slowenien. Kein Notariat lateinischer Prägung gibt es im Vereinigten Königreich, Irland, Zypern und den skandinavischen Ländern Dänemark, Schweden und Finnland.

[126] Als Vertragsgestalter in grenzüberschreitenden Fällen arbeiten Notare täglich mit an der Verwirklichung des europäischen Rechtsraumes und sammeln dabei wertvolle praktische Erfahrungen, die sie gern in den europäischen Rechtssetzungsprozess einbringen würden.

trollillusion, Wissensillusion, Überoptimismus und Selbstüberschätzungsanomalie werden diese irrationalen Verhaltensweisen genannt. Das darin liegende Marktversagen kann durch eine verpflichtende Rechtsvorsorge korrigiert werden (D.I.).

6. Emotionen können rational sinnvolle Transaktionen vor allem dann verhindern, wenn nachsorgend um Rechtspositionen gestritten wird. Auch hier hilft verpflichtende Rechtsvorsorge bei der ökonomisch sinnvollen Vermeidung derartiger Situationen (D.II.).

7. Gratisangebote sind verhaltensökonomisch ein irrational wirkender Anreiz. Ein System vorsorgender Rechtspflege kann solche Anreize gezielt einsetzen, um wünschenswerte Effekte zu erzielen. Umgekehrt sollten negativ wirkende Gratisanreize vermieden werden (D.III.).

8. Die notarielle Beurkundung ist aus verhaltensökonomischer Perspektive geeignet, die Ehrlichkeit und den Bindungswillen der Vertragspartner zu fördern (D.IV.).

9. Zu den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen gehört als strukturprägendes Merkmal eine Kultur der rechtlichen Vorsorge. Europa sollte sich dieses rechtskulturellen Schatzes bewusst werden und ihn für die weitere europäische Integration fruchtbar machen (E.).

10. Jede ökonomische Analyse des Rechts sollte sich ihrer beschränkten und eindimensionalen Aussagekraft bewusst sein. Sie stellt Politik und Gesetzgebung lediglich einen möglichen Beurteilungsmaßstab zur Verfügung, der in Abwägungsprozesse mit anderen Wertvorstellungen eines demokratisch, sozial und rechtsstaatlich verfassten Gemeinwesens einfließen kann (A.V.).

Notarassessor *Andreas Schmitz-Vornmoor*
Berlin, ist Geschäftsführer des Deutschen Notarvereins,
kontakt@dnotv.de

Notarassessor *Dr. Guido Kordel LL.M. (Univ. of Chicago)*
Bonn, ist Mitglied der Geschäftsführung der Rheinischen Notarkammer in Köln,
guido.kordel@rhnotk.de

Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Meinung der Verfasser wieder.

Mediation und Notariat – Potentiale und Chancen

Gemeinsames Kolloquium des Notarinstitutes der Humboldt-Universität zu Berlin, der Bundesnotarkammer und des Deutschen Notarvereins
am 13. März 2009 von 10.15 bis 17.00 Uhr
im Senatssaal der Humboldt-Universität zu Berlin, Unter den Linden 6, 10117 Berlin

Im Bundesministerium der Justiz wird aktuell an einem Gesetz zur Förderung der Mediation gearbeitet. Vor diesem Hintergrund möchte sich das Kolloquium mit der Frage beschäftigen, ob und wie die deutschen Notarinnen und Notare hier einen Beitrag leisten können.

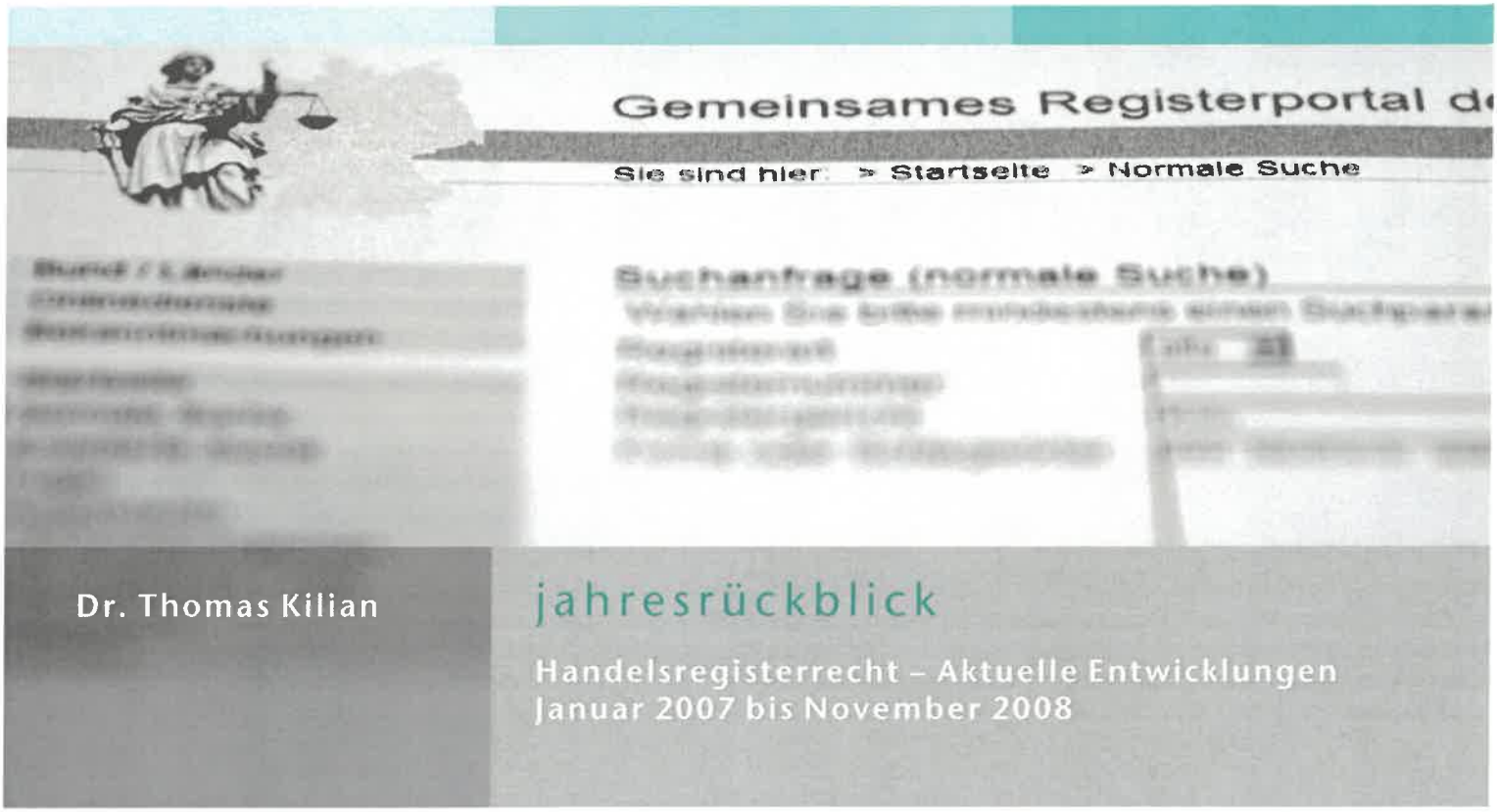
Dabei steht die Frage im Mittelpunkt, wie die im Notariat unzweifelhaft vorhandenen Ressourcen und Potentiale für die Mediation genutzt und der Bevölkerung zugänglich gemacht werden können – ganz im Sinne der politischen Absicht, die Mediation zu fördern.

Mediative Techniken können aber auch zu einer Erweiterung des methodischen Werkzeugkastens im Beurkundungsalltag führen. So wie ein guter Arzt nicht nur ein Medikament verschreibt, sollte auch der Notar verschiedene Arzneimittel zur Auswahl haben und diese je nach Fallgestaltung verabreichen.

Die aus Wissenschaft, Justiz und notarieller Praxis stammenden Referenten Prof. Dr. Stephan Breidenbach, Ministerialdirektorin Marie Luise Graf-Schlicker, Notarassessor Andreas Schmitz-Vornmoor, Notar Dr. Robert Walz, Prof. Dr. Reinhard Greger, RA und Notar Prof. Dr. Walter Rust und Notar Dr. Oliver Vossius sollen allen Teilnehmern einen lebendigen und praxisnahen Eindruck vermitteln.

Die Veranstaltung richtet sich vor allem an Notarinnen und Notare. Besonders empfohlen wird Sie den Vertretern der Notarkammern und -verbände, die jeweils vor Ort darüber befinden müssen, ob und wie sie sich zukünftig in die regional sehr unterschiedlich strukturierte Mediationslandschaft einbringen möchten.

Nähere Informationen und Anmeldeunterlagen finden Sie unter www.rewi.hu-berlin.de/jura/inst/ifn/. **Anmeldeschluss ist der 5. März 2009.** Anfragen richten Sie bitte unter 030-2093-3439 an das Institut für Notarrecht der Humboldt-Universität zu Berlin.



Dr. Thomas Kilian

jahresrückblick

Handelsregisterrecht – Aktuelle Entwicklungen Januar 2007 bis November 2008

Die Entwicklung des Handelsregisterrechts im Berichtszeitraum war geprägt durch das Inkrafttreten des Gesetzes über das elektronische Handels-, Genossenschafts- und Unternehmensregister (EHUG), die Umwandlungsrechtsnovelle und die Neuerungen durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) (nachfolgend A.). Ferner gab es einige obergerichtliche Entscheidungen in den „klassischen" Schwerpunktbereichen Firmenrecht und Eintragung von Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften. Schließlich werden weitere bedeutsame Entscheidungen, die im Berichtszeitraum ergangen sind, zusammengefasst und überblicksartig dargestellt (nachfolgend B.).

A. Gesetzesreformen

I. Einführung des elektronischen Handels-, Genossenschafts- und Unternehmensregisters

Gleich zu Beginn des Berichtszeitraums trat das Gesetz über das elektronische Handels- und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) in Kraft. Ziel des Gesetzes war insbesondere eine Beschleunigung von Registereintragungen. Die notarielle Praxis musste deshalb Abschied nehmen vom papiergebundenen Verkehr mit dem Registergericht. **Anmeldungen** können seither grundsätzlich **nur noch in elektronischer Form** eingereicht werden und an die Stelle der beglaubigten Abschrift trat das mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehene elektronische Dokument, § 12 HGB, § 39a BeurkG.[1]

[1] Genauer dazu *Sikora/Schwab*, MittBayNot, 2007, 1 ff.

Die Praxis bescheinigt den Neuerungen großen Erfolg.[2] Soweit ersichtlich ist Streit nur im Hinblick auf einen Teilaspekt des elektronischen Registerverkehrs entstanden. Es geht dabei um die Frage der persönlichen Erzeugung der Signatur bei der Erstellung elektronischer Urkunden. Diskutiert wurde zudem darüber, wie diesen der notarielle Beglaubigungsvermerk beigefügt werden kann.

1. Die Erzeugung der Signatur als höchstpersönliche Aufgabe des Notars

Zu Beginn des Jahres 2008 wurde diskutiert, ob der Notar die dem Registergericht einzureichenden Dokumente selbst signieren müsse oder ob es zulässig sei, die Erzeugung der Signatur an einen Notariatsmitarbeiter zu delegieren.[3] Letztere Auffassung ist im Schrifttum Einzelmeinung geblieben. *Bettendorf* und *Apfelbaum* haben dagegen mit überzeugenden Argumenten begründet, dass bereits **signaturrechtlich** ein **Delegationsverbot** besteht[4] und dass bei Missachtung dieses Verbots materiellrechtlich die **Formunwirksamkeit** der elektronischen Erklärung **droht**.[5] Für diese Auffassung spricht, dass die Weitergabe der Signaturkarte samt PIN an einen Dritten das gesamte Sicherungssystem des Signaturgesetzes aushebeln würde und damit faktisch die Grundlage der gesetzlichen Neuregelung entfiele. Der Streit muss nach einer entsprechenden Stellungnahme der **Bundesnotarkammer** als erledigt betrachtet werden.[6] Darin wurde eindeutig klagestellt, dass die Erzeugung der qualifizierten Signatur bei Errichtung einer elektronischen notariellen Urkunde nach § 39a BeurkG eine Amtshandlung und daher vom Notar **höchstpersönlich vorzunehmen ist**. Kollegen, die gegen diese Pflicht verstoßen, haben nicht nur mit Disziplinarmaßnahmen, sondern auch mit Strafverfolgung zu rechnen.[7]

Praxistipp (Umgang mit der Signaturkarte):
Schützen Sie Signatureinheit und -karte sowie PIN stets wirkungsvoll vor unbefugtem Zugriff. Geht eine Signaturkarte verloren, muss diese sofort beim Zertifizierungsdiensteanbieter (Bundesnotarkammer) gesperrt werden. Mit Wirksamwerden der Sperrung, kann keine qualifizierte elektronische Signatur mehr erzeugt werden. Außerdem ist dem Landgerichtspräsidenten und der zuständigen Notarkammer unter Vorlage eines Nachweises über die Sperrung Anzeige zu machen.

2. Zur Art und Weise der Beifügung des Beglaubigungsvermerks

Nach Inkrafttreten des EHUG kam schnell die Frage auf, ob sich der Notar zur Erstellung elektronisch beglaubigter Abschriften eines bestimmten Verfahrens bedienen müsse oder ob er hier weitgehende Gestaltungsfreiheit habe. So wurde teilweise zunächst mechanisch eine Kopie der Anmeldeurkunde erstellt, am Schluss des Textes ein Beglaubigungsvermerk aufgestempelt, diese Vorlage sodann eingescannt und vom Notar elektronisch signiert. Einige Registergerichte monierten diese Praxis und verlangten stattdessen die Beifügung des Beglaubigungsvermerks mit Hilfe des Programms *SigNotar*. Nachdem bereits das LG Chemnitz[8] eine **Parallele zur Papierwelt** gezogen hatte, korrigierte später auch das LG Regensburg eine entsprechende erstinstanzliche Entscheidung. Es stellte klar, dass die **Wahl des Herstellungsverfahrens** bei der elektronisch beglaubigten Abschrift, ebenso wie bei der herkömmlichen, **dem Notar überlassen** bleibe, sofern nur deren inhaltliche Übereinstimmung mit dem Original gewährleistet sei.[9]

II. Neuerungen durch die Umwandlungsrechtsnovelle 2007

Am 25. April 2007 trat das Zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes in Kraft. Es diente in erster Linie der Umsetzung der europäischen Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung[10], brachte aber auch zwei wichtige Änderungen im Handelsregisterrecht.

So wurde das **Eintragungsverfahren bei Verschmelzungsvorgängen vereinfacht**. Nach § 19 Abs. 1 UmwG darf die Eintragung der Verschmelzung in das Sitzregister des übernehmenden Rechtsträgers erst erfolgen, wenn sie im Register jedes der übertragenden Rechtsträger eingetragen ist. In der Eintragung beim übertragenden Rechtsträger war bisher stets darauf hinzuweisen, dass die Eintragung beim übernehmenden Rechtsträger konstitutive Wirkung hat. Um die Gerichte zu entlasten und um den Unternehmen Veröffentlichungskosten zu sparen, kann dieser Vermerk nunmehr unterbleiben, wenn die Eintragungen bei allen beteiligten Rechtsträgern am selben Tag vorgenommen werden, § 19 Abs. 1 Satz 2 UmwG. Eine Parallelvorschrift für den Wirksamkeitsvermerk bei **Spaltungsvorgängen** enthält nunmehr § 130 Abs. 1 Satz 2 UmwG. Bei einem **Formwechsel** entfällt gemäß § 198 Abs. 2 Satz 4 UmwG die Notwendigkeit des Vermerks ebenfalls, falls die Eintragung taggleich erfolgt.

Wird fristgemäß Klage gegen die Wirksamkeit eines Verschmelzungsbeschlusses erhoben und liegt keine notariell beurkundete Verzichtserklärung vor, darf das Registergericht die Verschmelzung gemäß § 16 Abs. 2 Satz 2 UmwG grundsätzlich erst dann in das Handelsregister der beteiligten Rechtsträger eintragen, wenn die Klage rechtskräftig durch das Prozessgericht abgewiesen oder zurückgenommen wurde. Der Vollzug von Verschmelzungsvorgängen droht durch diese Regelung nicht selten unangemessen lange blockiert zu werden. Abhilfe kann in solchen Fällen ein **Freigabeverfahren** nach § 16 Abs. 3 UmwG schaffen. Um den Weg für den Registervollzug künftig schneller zu räumen, *soll* nunmehr *nach* § 16 Abs. 3 Satz 4 UmwG der gerichtliche Freigabebeschluss **spätestens drei Monate nach Antragstellung** ergehen. Damit ist in diesem Punkt ein Gleichlauf

---

[2] Siehe nur den Tagungsbericht in notar, 2008, 287, 288.

[3] Für Letzteres nur *Bohrer*, DNotZ 2008, 39, 52.

[4] DNotZ 2008, 19, 20 und erneut in DNotZ 2008, 85, 89. Ebenso *Kirchner*, MittBayNot 2008, 319 und bereits *Roßnagel*, BB 2007, 1233, 1235.

[5] DNotZ 2008, 19, 23 und erneut in DNotZ 2008, 85, 89.

[6] DNotZ 2008, 161 ff.

[7] Dazu näher DNotZ 2008, 161, 163.

[8] Beschl. v. 8.2.2007 – 2 HK T 88/07, MittBayNot 2007, 340 mit Anm. *Strauß*.

[9] Beschl. v. 21.2.2008 – 1HK T 77/08, MittBayNot 2008, 318 mit Anm. *Kirchner*. Grundlegend dazu *Apfelbaum/Bettendorf*, RNotZ 2007, 89, 94. Zur Frage der optischen Übereinstimmung, die ebenfalls nicht gefordert werden kann, *Stuppi*, notar, 2008, 61, 63.

[10] Richtlinie 2005/56/EG, ABl EU Nr. L 310, S. 1, umgesetzt in den §§ 122a ff. UmwG.

des umwandlungsrechtlichen mit den aktienrechtlichen Freigabeverfahren hergestellt, vgl. §§ 246a Abs. 3, 319 Abs. 6 Satz 4 AktG.

Praxistipp (Beschleunigung des Registervollzugs im Umwandlungsrecht):
Es bleibt abzuwarten, ob die Neuregelung das Eintragungsverfahren in den wirklich problematischen Fällen beschleunigen kann.[11] Sieht das Registergericht besondere Schwierigkeiten rechtlicher oder tatsächlicher Art, kann die Frist wie bei den aktienrechtlichen Freigabeverfahren angemessen verlängert werden. Es sollte daher auch künftig – soweit möglich – auf die Abgabe von Verzichtserklärungen hingewirkt werden.

III. Reform des Registerrechts durch das MoMiG

Wichtige gesetzliche Neuerungen brachte im Berichtszeitraum schließlich das Inkrafttreten des MoMiG am 1. November 2008. Neben dem GmbH-Gesetz änderte das MoMiG mehr als 20 weitere Gesetze. Viele diese Änderungen sind für den Registerverkehr von hoher Bedeutung.

1. Änderungen betreffend Registeranmeldungen im GmbH-Recht

Eine GmbH kann nunmehr auf zwei grundsätzlich verschiedene Weisen gegründet werden: Die Gesellschafter können sich entweder wie bisher eine individuelle Satzung geben oder aber – wenn sich höchstens drei Personen beteiligen und nur ein Geschäftsführer bestimmt wird – eines der dem GmbHG als Anlage beigefügten Musterprotokolle verwenden, sog. **Gründung im vereinfachten Verfahren**, § 2 Abs. 1a GmbHG. Fällt die Wahl auf das vereinfachte Verfahren, so ist bei der Registeranmeldung **keine gesonderte Gesellschafterliste** einzureichen, da diese ebenso wie die Geschäftsführerbestellung bereits im Musterprotokoll enthalten ist.[12]

Anders als noch im Regierungsentwurf des MoMiG vorgesehen, wurde dem GmbHG kein gesetzliches Muster für die Anmeldung der im vereinfachten Verfahren gegründeten Gesellschaft zum Handelsregister beigefügt. Die **Registeranmeldung** kann daher weiterhin frei formuliert werden. Fehlerquelle droht hier insbesondere die **abstrakte Vertretungsbefugnis** der Geschäftsführer zu werden. Aus der Tatsache, dass das Musterprotokoll die Bestellung mehrerer Geschäftsführer nicht zulässt, darf nicht der falsche Schluss gezogen werden, dass eine im vereinfachten Verfahren gegründete Gesellschaft auch stets nur einen Geschäftsführer haben werde. Den Gesellschaftern bleibt es vielmehr unbenommen, jederzeit nach der Gründung durch privatschriftlichen Beschluss weitere Geschäftsführer zu bestellen.[13] Ohne vorherige Satzungsänderung vertreten sie die Gesellschaft allerdings nach der gesetzlichen Regelung des § 35 Abs. 2 Satz 2 GmbHG. Falsch wäre es daher, in der Erstanmeldung einer Protokoll-GmbH bei der abstrakten Vertretungsmacht Einzelvertretungsbefugnis des Geschäftsführers anzugeben.

Richtigerweise sollte formuliert werden:

> **Abstrakte Vertretungsbefugnis bei Musterprotokollgründung**
> *Die Gesellschaft hat einen oder mehrere Geschäftsführer. Ist nur ein Geschäftsführer bestellt, wird die Gesellschaft von diesem allein vertreten. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, wird die Gesellschaft durch die Geschäftsführer gemeinsam vertreten.*

Neu geschaffen wurde durch das MoMiG auch die Rechtsform der **Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)**. Bei der UG handelt es sich um eine Unterform der GmbH, mit der Besonderheit, dass die Gründung mit einem Stammkapital von weniger als € 25.000 möglich ist, § 5a Abs. 1 GmbHG. Für die Registeranmeldung können grundsätzlich die im Notariat bereits vorhandenen GmbH-Texte verwendet werden. Allerdings sollte bei Unternehmergesellschaften mit sehr geringem Stammkapital, **zur Vermeidung von Verzögerungen im Eintragungsverfahren** und um der Einleitung eines Amtslöschungsverfahrens nach § 141a FGG vorzubeugen, **erklärt werden**, wie die **Gründungskosten** aufgebracht werden.[14] In Betracht kommt etwa, dass die Gesellschafter der UG zu diesem Zweck ein insolvenzrechtlich nachrangiges Darlehen im Sinne des § 19 Abs. 2 Satz 3 InsO gewährt haben.

Praxistipp (Vermeidung von Überschuldung bei geringem Stammkapital):
Bereits im Vorfeld der Gründung sollte besser darauf hingewirkt werden, dass sich die Gesellschafter – wie es auch das Musterprotokoll vorsieht – in der Satzung verpflichten, den das Stammkapital übersteigenden Gründungsaufwand selbst zu tragen.

Anpassungsbedarf entstand in der notariellen Praxis weiterhin durch die Neufassung des § 6 Abs. 2 GmbHG, der regelt, wer **Geschäftsführer einer GmbH sein kann**. So wurde durch das MoMiG der Kreis der Straftaten, die von diesem Amt und dem eines **Liquidators** (§ 66 Abs. 4 GmbHG) ausschließen, nicht unerheblich erweitert und auf vergleichbare Taten im Ausland ausgedehnt. Wie bisher müssen die Geschäftsführer in der Registeranmeldung versichern, dass in ihrer Person kein Ausschlusstatbestand vorliegt.[15] Die Belehrung über die diesbezüglich bestehende unbeschränkte Auskunftspflicht kann nun allerdings auch durch einen ausländischen Notar, durch einen Vertreter eines vergleichbaren rechtsberatenden Berufes (z. B. durch einen Rechtsanwalt)[16] oder einen Konsularbeamten erfolgen. Angesichts der nicht unerheblichen **Ausweitung der Katalogtaten** wird bereits vertreten, dass in Abweichung von der bisher geübten Praxis künftig auf eine Einzelaufführung jedes einzelnen Bestellungshindernisses in der

[11] Ebenso *Mayer*, MittBayNot 2007, 368.

[12] *Apfelbaum*, notar 2008, 160, 161; *Tebben*, RNotZ 2008, 441, 442, *Wälzholz*, MittBayNot 2008, 425, 428.

[13] *Wälzholz*, GmbHR 2008, 841, 842; *Tebben*, RNotZ 2008, 441, 444.

[14] *Apfelbaum*, notar 2008, 160, 162; *Kindler*, NJW 2008, 3249, 3250.

[15] Ein Formulierungsvorschlag für die neue Versicherung findet sich bei *Apfelbaum*, notar 2008, 160, 166. Da § 67 Abs. 3 Satz 1 GmbHG pauschal auf § 66 Abs. 4 GmbHG verweist, muss der Liquidator, anders als der Geschäftsführer, bei seiner Bestellung auch versichern, dass er keinem Einwilligungsvorbehalt nach § 1903 BGB unterliegt. Bis zur Beseitigung dieses mutmaßlichen Redaktionsversehens des Gesetzgebers ist diese Besonderheit beim Entwurf der Registeranmeldung zu beachten.

[16] *Tebben*, RNotZ 2008, 441, 450.

Versicherung verzichtet werden könne. Rechtsprechung zu dieser Frage findet sich naturgemäß noch nicht.[17]

Praxistipp (Geschäftsführerversicherung):
Zur Vermeidung von Verzögerungen im Eintragungsverfahren sollte bis zu einer obergerichtlichen Klärung dieser Frage an der enumerativen Aufzählung aller Ausschlusstatbestände in der Versicherung festgehalten werden.

Zur Erreichung des zweiten Ziels der Reform, der Bekämpfung des Missbrauchs der GmbH, wurden verschiedene Zustellungserleichterungen geschaffen. Nunmehr ist bei jeder Neuanmeldung einer GmbH eine **inländische Geschäftsanschrift** anzugeben, die auf dem Registerblatt der Gesellschaft für jedermann einsehbar eingetragen wird. Bei der Gestaltung von Registeranmeldungen ist darauf zu achten, dass die Anschrift unmittelbar in den Anmeldetext eingebunden ist. Eine Nennung nur im Eingang der Anmeldung wird der Neuregelung nicht gerecht.[18] Die Anmeldepflicht gilt auch für bereits bestehende Gesellschaften. Sie ist gemäß § 3 Abs. 1 EGGmbHG im Rahmen der ersten, die eingetragene Gesellschaft betreffenden Registeranmeldung, **spätestens jedoch bis zum 31.10.2009** zu erfüllen, andernfalls kann das Gericht ohne Bekanntmachung die ihm zuletzt bekannt gegebene oder bekannt gewordene Anschrift in das Register eintragen.

Praxistipp (Inländische Geschäftsanschrift):
Es empfiehlt sich, Geschäftsführer auf die mit der Neuregelung verbundenen Gefahren aufmerksam zu machen. Scheitert die Zustellung eines Schriftstücks wegen Unrichtigkeit der eingetragenen Anschrift, kann nun gemäß §§ 185 Nr. 2 ZPO, 15a HGB öffentlich zugestellt werden.

Zu Änderungen führt das MoMiG schließlich hinsichtlich der bestimmten Registeranmeldungen **beizufügenden Anlagen**. Von größter Bedeutung ist hierunter die Abkoppelung der Handelsregistereintragung von der **verwaltungsrechtlichen Genehmigung** des Unternehmensgegenstandes. Danach ist es nicht mehr erforderlich, der Anmeldung einer neu gegründeten GmbH die elektronisch beglaubigte Abschrift entsprechender Genehmigungsurkunden beizufügen. Obwohl die Bestimmung des § 181 Abs. 1 Satz 3 AktG durch die MoMiG nicht gestrichen wurde, ist auch bei der Anmeldung einer Satzungsänderung, die zu einem genehmigungspflichtigen Unternehmensgegenstand führt, keine Genehmigung mehr vorzulegen. Da der Gesetzgeber ganz allgemein und nicht nur bei der Gründung öffentlich-rechtliches Genehmigungsverfahren und Registereintragung entflechten wollte, ist insoweit vom Vorliegen eines Redaktionsversehens auszugehen. Weiter kann das Registergericht die **Vorlage eines Einzahlungsbeleges** für das Stammkapital der Gesellschaft nur noch verlangen, wenn es „erhebliche Zweifel" an der Richtigkeit der Versicherung der Geschäftsführung hat, dass das Kapital ordnungsgemäß aufgebracht wurde, § 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG. Geändert haben sich auch die Anforderungen an die der Erstanmeldung einer GmbH beizufügenden **Gesellschafterliste**. Gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG müssen die Geschäftsanteile in der Gesellschafterliste nummeriert sein.[19] Die Pflicht zur Einreichung der Liste der Gründungsgesellschafter trifft nach wie vor die Geschäftsführung. Wirkt später ein Notar an Veränderungen im Gesellschafterkreis mit, ist dagegen er anstelle der Geschäftsführung einreichungspflichtig. Eine solche Liste nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG ist dabei nicht nur vom Notar zu unterzeichnen, sondern zusätzlich mit einer **Bescheinigung** zu versehen, wonach die geänderten Eintragungen den Veränderungen entsprechen, an denen er mitgewirkt hat und wonach die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen.[20]

Praxistipp (Verwaltungsrechtliche Genehmigung und Einzahlungsbeleg):
Mit der Reform trifft den Notar keine Pflicht mehr, auf die (mögliche) Genehmigungspflichtigkeit eines bestimmten Unternehmensgegenstandes hinzuweisen. Liegt jedoch auf der Hand, dass es einer Genehmigung bedarf (z. B. Bauträgergeschäft oder Anlageberatung) sollte dies auch künftig bei der Beratung im Vorfeld der Beurkundung angesprochen werden. Ähnliches gilt für den Einzahlungsbeleg. Auch wenn das Registergericht künftig dessen Vorlage nur noch in besonderen Ausnahmefällen verlangen kann, sollte sich der Notar den Beleg grundsätzlich stets weiterhin vorlegen lassen, da er im Hinblick auf die Richtigkeit der strafbewehrten Geschäftsführerversicherung dem Gericht die Anmeldung erst nach korrekter Einlagenleistung vorlegen darf.[21]

2. Änderungen betreffend andere Registeranmeldungen

Die **inländische Geschäftsanschrift** ist auch nach Gründung einer AG, einer OHG oder einer KG und ebenso in jeder ersten Registeranmeldung betreffend eine dieser Rechtsformen anzugeben. Die Regelung gilt zudem für Einzelkaufleute und Zweigniederlassungen in- und ausländischer Unternehmen (§§ 29, 31 Abs. 1, 13 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, 13d Abs. 2 HGB. Auch die oben erörterten **neuen Voraussetzungen für die Bestellung in das Leitungsorgan einer Kapitalgesellschaft** wurden **rechtsformübergreifend** geregelt. Sie sind inhaltlich identisch in § 76 Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 AktG zu finden und deshalb bei allen Rechtsformen zu beachten, deren gesetzliches Statut für die Bestellungsvoraussetzungen auf das Aktienrecht verweist, wie z. B. bei der europäischen Aktiengesellschaft (SE). Besonders erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die

[17] Enumerative Aufzählung verlangten bisher z. B. BayObLG, Beschl. v. 30.8.1983 – BReg 3 Z 116/83, DB 1983, 2408, 2409 und OLG Jena, Beschl. v. 6.9.1994 – 6 W 311/94 (54), GmbHR 1995, 453.

[18] Ebenso *Apfelbaum*, notar 2008, 160, 165. Ungeklärt ist noch die kostenrechtliche Behandlung der Anmeldung der inländischen Geschäftsanschrift. Wegen der daran anknüpfenden Möglichkeit der öffentlichen Zustellung hat die Geschäftsanschrift erhebliche wirtschaftliche Bedeutung für den Unternehmensträger. Eine Behandlung nach § 41a Abs. 6 KostO scheidet damit m. E. aus. Vielmehr ist § 41a Abs. 4 KostO anzuwenden, d. h. bei einer Kapitalgesellschaft ist ein Mindestwert von 25.000,– Euro anzusetzen.

[19] Ein Muster für eine dem neuen Recht genügende Gesellschafterliste findet sich bei *Apfelbaum*, notar 2008, 160, 164.

[20] Genauer zu der nicht einfach zu beantwortenden Frage, unter welchen Umständen von einer „Mitwirkung" des Notars auszugehen ist sowie zu Form und Inhalt der notarbescheinigten Gesellschafterliste *Tebben*, RNotZ 2008, 441, 451 und *Mayer*, DNotZ 2008, 403, 407 ff.

[21] Baumbach/*Hueck/Fastrich*, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 8 Rn 14.

Bestellungshindernisse nunmehr ausdrücklich auch für die gesetzlichen Vertreter ausländischer Kapitalgesellschaften bei Errichtung von inländischen Zweigniederlassungen gelten, § 13e Abs. 3 Satz 2 HGB. Bereits zuvor hatte der Bundesgerichtshof entschieden, dass das gegen den director einer Limited verhängte, vollziehbare inländische Gewerbeverbot diesen auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung an der Anmeldung einer Zweigniederlassung in Deutschland hindere.[22] Der Gesetzgeber bestätigt diese Rechtsansicht nicht nur, sondern geht mit dem MoMiG noch darüber hinaus. Dies ist sehr zu begrüßen, wird doch auf diese Weise eine von ungeeigneten Personen gern genutzte Lücke im Gesetz geschlossen. Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich hier nicht klar, ob auch die ständigen Vertreter einer Zweigniederlassung das Nichtbestehen von Bestellungshindernissen zu versichern haben. Während § 13e Abs. 3 Satz 2 HGB nur die gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft, d. h. z. B. die directors, in Bezug nimmt, verweisen §§ 13f Abs. 2 Satz 2, 13g Abs. 2 Satz 1 ganz allgemein für die Zweigniederlassung auf § 37 Abs. 2 AktG bzw. § 8 Abs. 3 GmbHG. Dies spricht m. E. dafür, dass künftig auch ein ständiger Vertreter die entsprechende Versicherung abzugeben hat, bevor seine Bestellung in das Register eingetragen werden kann.

Praxistipp (inländische Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften):
Gehörte es bisher schon zum notariellen „Service", die Geschäftsführer einer GmbH auf die Publizitätspflichten gemäß § 35a GmbHG aufmerksam zu machen, so empfiehlt sich künftig die Erteilung eines entsprechenden Hinweises auch an den organschaftlichen Vertreter der Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft, denn hier erfolgte ebenso eine Harmonisierung. Fehlt eine der neuen Pflichtangaben auf einem Geschäftsbrief (auch in Form einer E-Mail) droht der ausländischen Gesellschaft nunmehr eine Abmahnung, § 35a IV GmbHG.

B. Weitere Entscheidungen im Überblick

I. Firmenrecht

Auf dem Gebiet des Firmenrechts wurde im Berichtszeitraum erneut die Frage der Eintragungsfähigkeit einer als solche **nicht aussprechbaren Buchstaben- oder Zeichenkombination** diskutiert. Während das OLG Celle[23] die Namensfunktion einer solchen Aneinanderreihung mit dem Argument verneinte, dass sie keine Kennzeichnungsfunktion im Rechtsverkehr habe („AKDV GmbH"), will das OLG Hamm entsprechende Firmen zulassen, sofern sie nur artikulierbar seien („I2-GmbH"). Es hat die Streitfrage Ende 2007 dem Bundesgerichtshof vorgelegt, dessen Entscheidung noch aussteht.[24]

Erwähnenswert ist auch eine Entscheidung zu der Frage der **Zulässigkeit geografischer Firmenzusätze**. Das KG nahm hierzu den denkbar liberalsten Standpunkt ein. „Autodienst – Berlin Ltd." habe genügend Unterscheidungskraft im Sinne des § 18 Abs. 1 HGB und verstoße nicht gegen das Irreführungsverbot, wenn das Unternehmen zumindest auch an dem in der Firma genannten Ort (hier: Berlin) tätig sei.[25] Ob sich diese Auffassung auch bei anderen Obergerichten durchsetzen wird, bleibt, wie *Kanzleiter* mit zutreffenden Argumenten bezweifelt,[26] abzuwarten.

Auf den Prüfstand kam auch die Firma „Planung für Küche und Bad Ltd.". Obwohl nach den Maßstäben deutschen Rechts nicht mit hinreichender Unterscheidungskraft versehen, gebiete die **europäische Niederlassungsfreiheit** (Art. 43, 48 EG) deren Zulassung, weil kein zwingendes Interesse des Allgemeinwohl erkennbar sei, gerade die gewählte Zusammensetzung beschreibender Begriffe firmenrechtlich freizuhalten.[27]

Intensiv diskutiert wurde schließlich über die Eintragungsfähigkeit des Rechtsformzusatzes „gGmbH" für **gemeinnützig tätige Gesellschaften mit beschränkter Haftung**. Ausgangspunkt der Kontroverse war eine Entscheidung des OLG München, in welcher ausgeführt wurde, dass § 4 GmbHG eng auszulegen sei und die Aufnahme weiterer Kürzel für zusätzliche Angaben, wie den Gesellschaftszweck, nicht zulasse.[28] Nur durch eine enge Auslegung der Bestimmung könne vermieden werden, dass entsprechende Gesellschaften im Rechtsverkehr als Sonderform der GmbH angesehen werden und Unklarheit darüber entstehe, welches Haftungsregime Anwendung finde. In der Folge, so das Gericht, handele es sich bei **„gGmbH"** um eine **unzulässige Firmenbezeichnung**, deren Eintragung in das Handelsregister sich aus Verkehrsschutzgründen verbiete.[29]

Praxistipp (Firmierung gemeinnütziger GmbH):
Offen blieb in der Entscheidung des OLG München, ob die Verwendung des Zusatzes „gemeinnützige GmbH" in ausgeschriebener Form zulässig ist. Da in diesem Fall keine Irreführungsgefahr besteht, wird weithin davon ausgegangen, dass entsprechende Firmen weiter eintragungsfähig sind.[30] Es empfiehlt sich daher künftig, die Gründer einer gemeinnützigen GmbH auf das Problem aufmerksam zu machen und zur Vermeidung von Verzögerungen im Eintragungsverfahren auf die Verwendung des Rechtsformzusatzes in ausgeschriebener Form hinzuwirken.

II. Rechtsprechung zur Eintragung von Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften

Immer wieder kommt in der Praxis die Frage auf, wie sich dem Registergericht die **Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers** einer Gesellschaft nachweisen lässt, deren Sitzstaat kein mit öffentlichem Glauben ausgestattetes Handelsregister kennt. Das OLG Dresden[31] stellte diesbezüglich klar, dass die

[22] Beschl. v. 7.5.2007 – II ZB 7/06, DNotZ 2008, 70, 72.
[23] Beschl. v. 6.7.2006 – 9 W 61/06, DNotZ 2007, 56.
[24] Vorlagebeschl. v. 11.12.2007 – 15 W 85/07, DNotI-Report 2008, 87.
[25] Beschl. v. 11.9.2007 – 1 W 81/07, DNotZ 2008, 392.
[26] DNotZ 2008, 393, 394.
[27] OLG München, Beschl. v. 7.3.2007 – 31 Wx 92/06, DNotZ 2007, 866.
[28] OLG München, Beschl. v. 13.12.2006 – 31 Wx 084/06, NJW 2007, 1601.
[29] Dem OLG München beipflichtend: *Rohde*, GmbHR 2007, 268; *Paulick*, DNotZ 2008, 167, 175. Dagegen: *Wachter*, EWiR 2007, 181 f.; *Krause*, NJW 2007, 2156, 2157 f.
[30] *Paulick*, DNotZ 2008, 167, 174; *Rohde*, GmbHR 2007, 268, 270; *Krause*, NJW 2007, 2156, 2158.
[31] DNotZ 2008, 146.

Vorlage der „articles of association", d. h. des Gesellschaftsvertrages, und des Geschäftsführerbestellungsbeschlusses grundsätzlich geeignet sind, diesen Nachweis für eine englische Limited zu führen. Einschränkend wurde jedoch entschieden, dass dies nur gelte, wenn der Beschluss zeitnah zur Anmeldung gefasst wurde, da andernfalls dessen Fortgeltung nicht hinreichend sicher sei. Das Gericht verlangte im entschiedenen Fall bei einem neun Monate alten Beschluss die Vorlage eines weiteren Vertretungsnachweises, wobei es das vollständige „minute book", eine Bestätigung des company secretary oder eine legal opinion als grundsätzlich geeignet ansah.

Das OLG München stellte klar, dass § 13e Abs. 2 Satz 4 Nr. 3 HGB die ausländische Gesellschaft nicht verpflichte, einen **ständigen Vertreter** ihrer deutschen Zweigniederlassung zu bestellen.[32] Die Anmeldung eines ständigen Vertreters sei vielmehr nur erforderlich, wenn ein solcher tatsächlich bestellt sei.

Ebenfalls höchstrichterlich geklärt ist nunmehr, dass das Registergericht bei der Anmeldung einer englischen Limited **nicht berechtigt** ist, die **Vorlage** einer beglaubigten Übersetzung der Mustersatzung **„Table A" zu verlangen.**[33] Wie richtig ausgeführt wurde, ist die „Table A" einer deutschen Rechtsverordnung vergleichbar und enthält dispositive Rechtsvorschriften. Das Registergericht würde somit die Vorlage eines Gesetzestextes verlangen, was mit der Amtsermittlungspflicht unvereinbar ist.

III. Weitere obergerichtliche Entscheidungen im Berichtszeitraum

Höchstrichterlich geklärt wurde die Frage, ob **bei Liquidation einer GmbH** die **allgemeine Vertretungsregelung** auch dann zum Handelsregister angemeldet werden muss, wenn nur *ein* erster Liquidator bestellt wurde.[34] Nach einer überzeugend mit gemeinschaftsrechtlichen Argumenten begründeten Entscheidung des BGH muss nunmehr stets mit der Zurückweisung von Anmeldungen gerechnet werden, die sich mit der Angabe der konkreten Vertretungsbefugnis begnügen.[35]

Mit der **Reichweite der Pflicht zur Anmeldung der Vertretungsbefugnis** gemäß § 8 Abs. 4 Nr. 2 GmbHG beschäftigte sich auch das OLG Stuttgart. Im entschiedenen Fall war der Geschäftsführer für Rechtsgeschäfte zwischen der GmbH und Gesellschaften, an denen die GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin beteiligt ist, satzungsmäßig von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Da sich der Umfang der Vertretungsbefugnis ohne Rückgriff auf sonstige Erkenntnisquellen allein aus dem Register ergeben müsse, genüge es nicht, dass die Anmeldung die entsprechende Satzungsbestimmung wörtlich wiedergebe. Bei der Befreiung von § 181 BGB mit Beschränkung auf Geschäfte mit bestimmten Dritten müssen diese vielmehr **konkret benannt** und in das Register eingetragen werden.[36]

In einer neuen Entscheidung bejahte das OLG Celle die bisher heftig umstrittene Frage, ob die Bestellung eines ausländischen Staatsbürgers zum **Geschäftsführer** einer GmbH das **Vorliegen eines gültigen Aufenthaltstitels** voraussetzt.[37] Es bleibt aber abzuwarten, ob sich diese Forderung **im Lichte des MoMiG** betrachtet auch künftig aufrechterhalten lässt. Mit der neu geschaffenen Möglichkeit, als satzungsmäßigen Sitz der Gesellschaft unabhängig von der Lage des Verwaltungssitzes jeden beliebigen Ort im Inland zu wählen (§ 4a GmbHG) hat sich nämlich das Hauptargument der Befürworter einer Titelpflicht **erledigt**, dass die Geschäfte einer GmbH nicht ausschließlich vom Ausland aus betrieben werden können.[38]

Im Bereich des Umwandlungsrechts ist schließlich noch eine bedeutsame obergerichtliche Entscheidung zu erwähnen: Gemäß § 17 Abs. 1 UmwG ist dem Registergericht mit der Anmeldung einer Verschmelzung – sofern keine Ausnahme nach § 8 Abs. 3 UmwG greift – auch ein **schriftlicher Verschmelzungsbericht** vorzulegen. In der umwandlungsrechtlichen Literatur wurde bisher fast unwidersprochen vertreten, dass dem Formerfordernis der Schriftlichkeit nur Genüge getan sei, wenn sämtliche Mitglieder des Vertretungsorgans jedes beteiligten Rechtsträgers den Bericht eigenhändig unterzeichnet haben.[39] Der Bundesgerichtshof hat sich nunmehr in einem *obiter dictum* deutlich gegen diese bisher herrschende Meinung im Schrifttum gestellt und zu erkennen gegeben, dass die **Unterzeichnung des Berichts durch Organmitglieder in vertretungsberechtigter** Zahl der Schriftform **genügt.**[40] Es ist zu erwarten, dass sich diese Auffassung auch für die bei anderen Umwandlungsvorgängen zu erstellenden Berichte durchsetzt.

Dr. Thomas Kilian
ist Notarassessor in München und Fachredakteur des notars für das Handelsregisterrecht.
assessor.ass2@notarnet.de

[32] DNotZ 2008, 627.

[33] Pfälz. OLG Zweibrücken, Beschl. v. 28.2.2008 – 3 W 36/08, DNotZ 2008, 795.

[34] Verneinend etwa: OLG Hamm, Beschl. v. 31.3.2005 – 15 W 189/04, GmbHR 2005, 1308.

[35] BGH, Beschl. v. 7.5.2007 – II ZB 21/06, DNotZ 2008, 75. Ebenso bereits zuvor OLG Dresden, Beschl. v. 4.5.2004 – 3 W 0480/04, GmbHR 2005, 1310 mit Anm. *Stuppi* und *Krafka/Willer*, Registerrecht, 7. Aufl. 2007, Rn 1134.

[36] OLG Stuttgart, Beschl. v. 18.10.2007 – 8 W 412/07, DNotZ 2008, 303 mit krit. Anm. *Altmeppen*.

[37] OLG Celle, Beschl. v. 2.5.2007 – 9 W 26/07, MittBayNot 2007, 517.

[38] *Tebben*, RNotZ 2008, 441, 447.

[39] Vgl. nur *Lutter/Drygala*, UmwG, 3. Aufl., § 8 Rn 8, *Kallmeyer/Marsch-Barner*, UmwG, 3. Aufl., § 8 Rn 3 und *Gehling* in: Semler/Stengel, UmwG, § 8 Rn 7.

[40] BGH, Urt. v. 16.7.2007 – II ZR 109/06, DNotZ 2008, 145, 146.

Geschäftswert eines Serienentwurfes

Erstellt der Notar einen Serienentwurf, ist der Geschäftswert mit der Summe der Einzelwerte der in Aussicht genommenen Verträge zu bemessen. (amtlicher Leitsatz)

BGH, Beschl. v. 25.9.2008 – V ZB 36/08
KostO §§ 30 Abs. 1, 145 Abs. 1, 156 Abs. 4 Satz 4; FGG § 28 Abs. 2, 3

Entscheidung:

Gegenstand der Entscheidung war die zwischen dem OLG Düsseldorf einerseits und dem BayObLG sowie dem SchlHOLG andererseits umstrittene Rechtsfrage, ob als Geschäftswert eines Entwurfes über mehrere gleich lautende Einzelverträge (Serienentwurf, Musterentwurf, Vertragsrahmen, Rahmenentwurf oder dgl. genannt), die volle oder nur die halbe Summe der Einzelwerte der geplanten Verträge zugrunde zu legen ist. Der BGH hat die Rechtsfrage gegen das vorlegende OLG Düsseldorf[1] entschieden und auf die volle Summe der Einzelwerte erkannt.

Der BGH hält § 30 Abs. 1 KostO für einschlägig, weil die KostO keine Bestimmung darüber enthalte, wie der Geschäftswert für die Fertigung eines Serienentwurfes zu bestimmen ist. Auch sei § 44 Abs. 2a KostO nicht einschlägig, weil diese Vorschrift nur eingreife, wenn mehrere in einer Verhandlung beurkundete Erklärungen verschiedene Gegenstände haben. Das sei in Konstellationen des Serienentwurfes nicht der Fall.

Allerdings beruhe die Regelung des § 44 Abs. 2 a KostO auf einer gesetzgeberischen Erwägung, die bei der Ermessensausübung nach § 30 Abs. 1 KostO nicht außer Acht gelassen werden dürfe. § 44 Abs. 2a KostO trage nämlich dem Gedanken Rechnung, dass es für die Gebührenberechnung nicht gleichgültig sei, ob mehrere Erklärungen mit verschiedenen

[1] S. hierzu notar 2008, 77 (m. Anm. *Wudy*).

Gegenständen in getrennten Urkunden oder in einer einzigen Urkunde niedergelegt werden. Auch wenn der Serienentwurf die Grundlage für mehrere Einzelverträge bilde, die verschiedene – wenn auch gleichartige – Gegenstände betreffen, sei die geistige Arbeit des Notars – wie in den Fällen des § 44 Abs. 2a KostO – doch in einer einzigen Urkunde zusammengefasst. Seine Leistung beziehe sich auf die Gesamtheit der Einzelgeschäfte, die er sämtlich bei der Gestaltung des Serienentwurfs in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht durchdenken müsse. Das lasse es sachgerecht erscheinen, den Geschäftswert auch bei Serienentwürfen mit der vollen Summe der Einzelwerte zu bemessen. Dass der Serienentwurf als solcher selbst nicht beurkundet werden kann und soll, es zur Herstellung beurkundungsreifer Einzelverträge vielmehr der Ergänzung um die konkreten Einzelheiten des jeweiligen Rechtsgeschäfts bedarf, rechtfertige nach dem Sinn des § 145 Abs. 1 KostO keinen prozentualen Abschlag. Wenn der Notar nach dieser Vorschrift für die Fertigung des Entwurfs die für die Beurkundung bestimmte Gebühr erhält, so beruhe dies auf der gesetzgeberischen Erwägung, dass sich die Leistung des Notars, die sich in einem Entwurf niederschlägt, in Art und Aufwand nicht nennenswert von der Beurkundungstätigkeit unterscheidet. Das sei bei Serienentwürfen nicht anders.

Anmerkung:

Der BGH bestätigt in seiner mittlerweile 15. Divergenzentscheidung im Notarkostenrecht die h. M. zum Geschäftswert eines Serienentwurfes.

In der notariellen Praxis besteht vornehmlich bei Bauträgerobjekten ein Bedarf an einem Serienentwurf, der meist von dem sog. Zentralnotar des Bauträgers erstellt wird. Der individuelle Zuschnitt auf das konkrete Bauvorhaben macht ihn als Grundlage für die Beurkundung aller geplanten Verkaufsfälle verwendbar, selbst wenn er naturgemäß noch der Konkretisierung bedarf, insbesondere zur Person des Käufers, des Kaufpreises und des Kaufobjektes (Letzteres ist aber häufig aus dem Entwurf selbst auswählbar oder zumindest bestimmbar).

Nicht Gegenstand der Entscheidung war die Frage nach der Gebühr. In aller Regel fällt die doppelte Gebühr nach § 145 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 36 Abs. 2 KostO an, weil der Serienentwurf fast immer selbständig, d. h. unabhängig von einer konkreten Beurkundung begehrt wird. Bei Entwürfen, die nicht individuell zugeschnitten und konkretisiert sind, also reinen Formularcharakter haben, ist hingegen die Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO einschlägig.

Praxistipp (Abrechnung eines Serienentwurfes):
Nach der BGH-Entscheidung besteht nunmehr Klarheit über den Geschäftswert eines Serienentwurfes. Kleinere Stolpersteine für eine richtige Abrechnung bleiben. Unproblematisch ist der Kostenschuldner; dies wird in aller Regel der den Entwurf erfordernde Bauträger sein. Etwas problematischer ist die Gebühr: Nur wenn der Entwurf hinreichend individualisiert ist, fällt die doppelte Gebühr nach §§ 145 Abs. 1 Satz 1, 36 Abs. 2 KostO an. Fehlt es am konkreten Bezug zu Bauträger und Objekt, liegt also nur ein Entwurf nach Art eines allgemeinen Formulars vor, darf lediglich eine halbe Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO abgerechnet werden.

Am problematischsten dürfte die Anrechnungsbestimmung des § 145 Abs. 1 Satz 3 KostO sein. Danach muss der Entwurfsnotar, der demnächst Beurkundungen aufgrund des Entwurfs vornimmt, die Entwurfsgebühr auf die Beurkundungsgebühren in der Reihenfolge ihrer Entstehung anrechnen.

Dipl.-Rpfl. (FH) Harald Wudy, Leipzig

GbR auch formell grundbuchfähig

1. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) kann unter der Bezeichnung in das Grundbuch eintragen werden, die ihre Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag für sie vorgesehen haben.

2. Sieht der Gesellschaftsvertrag keine Bezeichnung der GbR vor, wird die GbR als „Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestehend aus ..." und den Namen ihrer Gesellschafter eingetragen.

BGH, Beschluss v. 4.12.2008 – VZB 74/08
GBV § 15

Entscheidung:

Der Bundesgerichtshof entscheidet sich in seinem – nach Vorlage durch das Kammergericht Berlin – von Praxis und Wissenschaft mit Spannung erwarteten Beschluss für die formelle Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

Im Einzelnen enthält das Urteil die folgenden Erkenntnisse:

1. Der BGH bestätigt die materielle Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

2. Ein Grundstück stehe daher auch dann im Eigentum der GbR und sei nicht etwa gesamthänderisch gebundenes Eigentum der natürlichen Personen, wenn bisher lediglich die natürlichen Personen „in Gesellschaft bürgerlichen Rechts" im Grundbuch eingetragen sind.

3. Wie den damit verbundenen Schwierigkeiten, im Grundbuchverfahren die konkrete Vertretung der GbR nachzuweisen, zu begegnen ist, bedarf nach Auffassung des BGH keiner Entscheidung.

4. Eine Behebung dieser Schwierigkeiten sei zwar erforderlich und müsse durch den Gesetzgeber erfolgen. Diese Fragen dürften bis dahin jedoch nicht zu einer Blockade des rechtsgeschäftlichen Verkehrs mit Grundstücken und beschränkten dinglichen Rechten von Gesellschaften bürgerlichen Rechts führen. Das Verfahrensrecht habe sich vielmehr an das geänderte Verständnis des Wesens der GbR anzupassen.

5. Zu entscheiden sei aus Sicht des BGH im vorliegenden Fall nur gewesen, wie die GbR in Zukunft eingetragen werden müsse, nicht jedoch, wie der Nachweis der Eintragungsvoraussetzungen zu erfolgen habe.

6. § 15 Abs. 3 GBV zeige, dass die Grundbuchverfügung noch von der falschen Auffassung der Rechtsverhältnisse in der GbR ausgehe, so dass derzeit eine planwidrige Lücke bestünde. Diese müsse gefüllt werden, da es nicht sein könne, dass widersprüchliche Ergebnisse die Einheit der Rechtsordnung gefährdeten, wenn materiell-rechtlich existierende Rechts-

positionen aus formalen grundbuchrechtlichen Gründen nicht zu einer Eintragung führen könnten.

7. Die Schließung dieser Lücke sei „nur durch eine rechtsanaloge Anwendung der §§ 124 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB, § 7 Abs. 2 PartGG und § 15 Abs. 1 b) GBV" möglich. Die GbR sei daher grundsätzlich unter der Bezeichnung einzutragen, die von ihren Gesellschaftern für das Auftreten der Gesellschaft im Rechtsverkehr vereinbart ist.

8. Sollte eine Gesellschaft keinen individualisierenden Namen besitzen, sei eine Eintragung in der Form möglich, dass die „Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestehend aus ..." gefolgt von den Namen der Gesellschaftern der Gesellschaft eingetragen werde.

Anmerkung:

Der Beschluss ist Pflichtlektüre für jeden Notar. Im konkreten Fall wurde die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek (allein) für die GbR aufgrund eines zu deren zugunsten erlassenen Versäumnisurteils bejaht. Der Auffassung des BGH, dass die formelle Grundbuchfähigkeit der materiellen Rechtslage zu folgen habe, ist zwar zuzustimmen, aber es enttäuscht, dass die damit verbundenen, für die Praxis dramatischen Probleme durch die Richter zwar gesehen, offenen Auges jedoch nicht jedoch gelöst wurden. § 892 BGB wird mit keinem Wort erwähnt, die Frage, ob und wie der Kauf von einer GbR in Zukunft erfolgen soll, bleibt ungeklärt.

Wenn das Boot ein Leck hat, dann hilft es wenig, dieses nur zur Hälfte zu flicken und weitersegelnd darauf zu warten, bis der Hersteller auch die andere Hälfte schließt. Genau dies tut jedoch der BGH, wenn er den Ball nun dem Gesetzgeber zuschiebt.

Dabei war es keineswegs zwingend, dass „nur durch eine rechtsanaloge Anwendung ... des § 15 Abs. 1 lit. b GBV" die Regelungslücke geschlossen werden konnte, also durch die Gleichsetzung der GbR mit jeder anderweitig registrierten Gesellschaft. Vielmehr hätte der BGH klarstellen können und m. E. sollen, dass – entsprechend § 162 HGB – eine Kombination von von lit. a und lit. b möglich und sinnvoll ist (siehe in diesem Heft die neue Rubrik „de lege ferenda", S. 30). Bis der Gesetzgeber handelt, sollte aus notarieller Sicht dafür gesorgt werden, dass möglichst viele Informationen im Grundbuch enthalten sind.

Praxistipp (Umgang mit GbR):
Die Eintragung einer GbR sollte wie folgt beantragt werden: „Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit dem Namen ‚XY', bestehend aus den Gesellschaftern X und Y" oder „..., vertreten durch den Gesellschafter X". Wenngleich der BGH beide Angaben nur alternativ nennt, gibt es m. E. keinen Grund, die Eintragung der Kombination abzulehnen.

Dr. Jens Jeep, Hamburg

praxisforum

Hinweise und Lösungsvorschläge aus der Praxis

Rangvorbehalt, Rangrücktritt, Wirksamkeitsvermerk – oder nichts von alledem?

Frage:

Bei praktisch jedem Kaufvertrag stellt sich aufgrund des Erfordernisses der noch vor Eigentumsumschreibung einzutragenden Grundpfandrechte für die den Käufer finanzierende Bank (Vorwegbeleihung) die Frage nach dem Verhältnis zu der für den Käufer oftmals bereits eingetragenen Auflassungsvormerkung. Dieses Problem wird häufig nur unter dem Gesichtspunkt betrachtet, welcher der drei denkbaren Wege zum „Vorrang der Grundschuld" die geringsten (Gerichts)Kosten verursacht. Ein aktueller Beschluss des OLG Hamburg gibt nochmals Anlass zu der grundsätzlichen Überlegung, inwieweit materiellrechtlich überhaupt eine Entscheidung für Rangvorbehalt, Rangrücktritt und Wirksamkeitsvermerk fallen muss.

Lösung:

Das offensichtliche Ziel eines **Rangvorbehalts**, der mit der Auflassungsvormerkung einzutragen ist, eines **Rangrücktritts** der Auflassungsvormerkung hinter ein anschließend eingetragenes Grundpfandrecht oder des von der Praxis so genannten, im Gesetz jedoch nicht ausdrücklich erwähnten **Wirksamkeitsvermerks** ist jeweils, die einzutragende Finanzierungsbank davor zu schützen, dass sie nach Eigentumsumschreibung mit Verweis auf §§ 888, 883 Abs. 2 BGB wegen eines vermeintlichen „Nachranges" zu der eingetragenen Auflassungsvormerkung aus dem Grundbuch gelöscht werden kann. Die Frage ist nur, ob sie eines solchen Schutzes überhaupt bedarf.

Die Entscheidung des OLG Hamburg

In seiner jüngeren Entscheidung[1] hat das OLG Hamburg sich mit der Frage nach den **Kosten für die Eintragung** eines solchen **Wirksamkeitsvermerks** befasst. Dieser Vermerk kann sowohl bei der Vormerkung

[1] Beschl. v. 15.4.2008 – 2 Wx 38/08.

Wirksamkeitsvermerk bei Vormerkung
„Die Grundschuld Abt. III Nr. 1 ist dem vorgemerkten Anspruch des X gegenüber wirksam"

als auch bei der Grundschuld selbst

Wirksamkeitsvermerk bei Grundschuld
„Das Recht ist dem in Abt. II Nr. 1 vorgemerkten Anspruch des X gegenüber wirksam"

eingetragen werden.

Das **OLG Hamburg** hat entschieden, dass für die Eintragung eines solchen Wirksamkeitsvermerks ebenso wenig Kosten anfallen wie bei dem Vermerk eines Rangvorbehalts für ein noch einzutragendes Grundpfandrecht im Zuge der Eintragung der Auflassungsvormerkung. Es handele sich nach der allgemeinen Vorschrift des § 35 KostO jeweils um ein gebührenfreies Nebengeschäft. Diesen beiden Wegen wäre daher vor dem häufig verwendeten Rangrücktritt der Vorzug einzuräumen, da letzterer nach einhelliger Auffassung eine Kostenfolge nach sich zieht.

Begründet wird dies vom Oberlandesgericht unter anderem wie folgt:

> *Demgegenüber wird zutreffend von der überwiegend vertretenen Auffassung hervorgehoben, dass der Wirksamkeitsvermerk im Gegensatz zur Rangänderung, für die die Eintragung in das Grundbuch konstitutiv ist (vgl. § 880 Abs. 2 S. 1 BGB), nur eine Rechtsfolge deklaratorisch verlautbart, die aufgrund der vorweg erteilten Zustimmung des eingetragenen Vormerkungsberechtigten in die spätere Eintragung des Grundpfandrechts außerhalb des Grundbuchs besteht.*

Diese Aussage ist zutreffend. Sie impliziert jedoch, dass der Wirksamkeitsvermerk zwar der Klarheit des Grundbuchs sicher nicht schadet, er materiellrechtlich jedoch nicht erforderlich ist. Er hat keinerlei konstitutive Wirkung![2] Er zählt nach Auffassung von *Schöner/Stöber*[3] zur Gruppe der Klarstellungsvermerke, die gerade nicht zu einer materiellen Rechtsänderung führen, sondern nur das, was bereits rechtlich existiert, noch klarer zum Ausdruck bringen. Der Wirksamkeitsvermerk *kann* also, *muss* aber nicht eingetragen werden, schon gar nicht von Amts wegen. So hat bereits der BGH[4] zutreffend festgestellt, die nach § 879 Abs. 1 S. 1 BGB dem Grundpfandrecht vorgehende Vormerkung lasse

> *„dessen Wirksamkeit gegenüber dem Vormerkungsberechtigten unberührt. Der Wirksamkeitsvermerk ist aber ein einfaches Mittel, für jedermann Klarheit zu schaffen und damit die Publizitätswirkung des Grundbuchs zu fördern."*

Die akzessorische Wirkung der Vormerkung

Dies verwundert insofern nicht, als die Vormerkung ja ihrerseits nur zur relativen Unwirksamkeit von Verfügungen führt, die nach ihrer Eintragung über das Grundstück oder das Recht erfolgen *und* **den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch** vereiteln oder **beeinträchtigen** (§ 883 BGB). Die Vormerkung ist insoweit strikt akzessorisch an den konkreten schuldrechtlichen Anspruch des Kaufvertrages gebunden. Bestellungen von Grundpfandrechten, die zu dulden der Verkäufer verpflichtet ist und an denen der Käufer selbst mitwirkt, können aber nicht zugleich eine ihm gegenüber unwirksame Beeinträchtigung seines eigenen Anspruches gegen den Verkäufer darstellen. Sich darauf zu berufen, wäre ein klassischer Fall des „venire contra factum proprium". Jedenfalls wird die Verfügung durch die vorherige Zustimmung oder die nachträgliche Genehmigung des Berechtigten gegenüber der ihn schützenden Vormerkung wirksam,[5] was materiellrechtlich und namensgebend die Grundlage des **„Wirksamkeitsvermerkes"** ist.[6] Dies wird besonders deutlich, wenn bereits im Kaufvertrag der Auflassungsanspruch des Käufers wie folgt konkretisiert wird:

Übereignungsanspruch
„Der Kaufgegenstand ist in Abt. II und III unbelastet zu übereignen, mit Ausnahme von Rechten, deren Eintragung der Käufer zugestimmt hat."

Jede **Verfügung, der der Anspruchsinhaber zustimmt**, ist somit zwingend und ohne weitere Eintragungsbedürftigkeit im Grundbuch gegenüber dem vormerkungsgesicherten Anspruch **wirksam**.[7] Dafür bedarf es weder eines Rangrücktritts noch eines Rangvorbehaltes noch eines Wirksamkeitsvermerks. Letzterer ist zweifellos der Übersichtlichkeit des Grundbuchs dienlich, erforderlich ist er hingegen nicht. Er gibt nur wieder, was materiellrechtlich ohnehin der Fall ist. Das Grundbuch wird ohne ihn auch nicht unrichtig,[8] sondern allenfalls weniger übersichtlich, weil die Einsicht in die bei den Grundakten liegenden Urkunden (Kaufvertrag bzw. Grundschuldbestellungsurkunde) zur endgültigen Klärung des Verhältnisses Auflassung – Grundschuld erforderlich ist. Daher trifft die Schlussfolgerung des OLG Hamburg (und anderer Gerichte vor ihm[9]) zu, dass der Wirksamkeitsvermerk keine Kosten nach sich ziehen darf – jedenfalls dann nicht, wenn er mit und bei der Eintragung der vom Vormerkungsberechtigten bewilligten Grundschuld erfolgt.

Zwangsvollstreckungsrechtliche Probleme?

Auch **zwangsvollstreckungsrechtlich** ist der Wirksamkeitsvermerk entbehrlich. Die Auflassungsvormerkung fällt nämlich dann nicht in das geringste Gebot, wenn ihre Wirkungslosigkeit gegenüber dem Recht, aus dem vollstreckt wird, entweder grundbuchersichtlich (durch den Wirk-

[2] BGH NJW 1999, 2275, 2276 „deklaratorischer Vermerk".
[3] *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rn 296.
[4] BGH DNotZ 1999, 1001.
[5] *Schöner/Stöber*, a. a. O., Rn 1522.
[6] Zur Frage, ob die Grundschuld bereits anspruchsoriginär nicht gegen die Vormerkung verstößt oder „erst" aufgrund der Zustimmung des Berechtigten, siehe u. a. *Gursky*, DNotZ 1998, 273, 278.
[7] S. a. *Gursky*, DNotZ 1998, 273; *Lehmann*, NJW 1993, 1558, irreführend die Formulierung in BeckOK GBO § 22 Rn 55.
[8] Die Eintragung des Wirksamkeitsvermerks ist daher auch keine Grundbuchberichtigung im eigentlichen Sinne, sondern eine Klarstellung dessen, was sich ohnehin aus den Grundakten ergibt. Entgegen BayObLG NJW-RR 1998, 1079, 1080 „verändert" der Wirksamkeitsvermerk „die bereits eingetragene Auflassungsvormerkung" nicht.
[9] Ebenso OLG Düsseldorf MittRhNotK 2000, 359, dagegen, jedoch – unzutreffend – noch BayObLG NJW-RR 1998, 1079 (Viertelgebühr nach § 67 KostO).

samkeitsvermerk) oder aber dem Vollstreckungsgericht sicher, d. h. **durch öffentliche und öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen** ist.[10] Dies ist indes immer der Fall, da in der Praxis kaum ein Fall denkbar ist, in dem allein der Verkäufer (und damit ohne Schuldanerkenntnis und ohne dingliche Unterwerfung des Käufers unter die Zwangsvollstreckung, mit der Folge der Notwendigkeit einer Klauselumschreibung schon nach Eigentumsübergang auf den Käufer) die Finanzierungsgrundschuld des Käufers bestellt, *dessen* Beteiligung also nicht unmittelbar aus der Grundschuldbestellungsurkunde ersichtlich ist.

Bedarf es daher wirklich noch eines ausdrücklichen Wirksamkeitsvermerks? In den verschwindend geringen Fällen, in denen die Zwangsvollstreckung aus dem – nur scheinbar – nachrangigen Recht erfolgt, *bevor* das Eigentum umgeschrieben und die Vormerkung gelöscht ist, ist im Rahmen der Zwangsvollstreckung ausreichend Gelegenheit, die Wirksamkeit der Grundschuld gegenüber dem Vollstreckungsgericht nachzuweisen. Vorher wird das Grundbuch durch die Eintragung des Vermerks zwar klarer, aber es stellt sich die Frage, wer – außer dem Grundpfandrechtsgläubiger – an dieser Klarheit ein gesteigertes Interesse hat und ob dies den **Aufwand** rechtfertigt, der mit der Eintragung des Wirksamkeitsvermerks verbunden ist. Zumal selbst der Gläubiger, wie oben ausgeführt, eigentlich keiner zusätzlichen Bekräftigung seiner ohnehin vorhandenen und immer durch öffentliche Urkunden nachweisbaren materiellen Rechtsposition im Grundbuch bedarf.

Gefahren bei der Abtretung des Auflassungsanspruchs?

Speziell die Eintragung bei der Auflassungsvormerkung erscheint überflüssig.[11] Selbst im Falle der **Weiterverkaufs mit Abtretung des Auflassungsanspruchs** müssen sich die Parteien des zweiten Vertrages darüber einigen, ob die bereits eingetragene oder beantragte Grundschuld übernommen wird oder nicht. Falls dem nicht so ist, wird ohne Löschungsbewilligung kein Geld fließen, selbst dann nicht, wenn die Grundschuld nicht gegenüber der Vormerkung wirksam ist. Die lastenfreie Übereignung ist dann noch immer Primärschuld des Verkäufers/Abtretenden, die Abtretung des Übereignungsanspruchs erfolgt nur erfüllungshalber. Ein irgendwie gearteter „gutgläubiger Erwerb" der Auflassungsvormerkung, weil dort der Wirksamkeitsvermerk *nicht* eingetragen ist, **scheitert immer** an der strengen Akzessorietät der Vormerkung zur gesicherten Schuld und der offenkundigen Wirksamkeit der „nachrangigen" Grundschuld. Die Vormerkung hat anders als andere Rechte – das muss man sich immer vor Augen führen – keine absolute dingliche Aussage, auf der der gute Glaube beruhen könnte, dass alle nachträglichen Grundpfandrechte automatisch unwirksam sind. Vermeiden lassen sich diese seltenen Probleme ohnehin durch ein ausdrückliches Abtretungsverbot im Kaufvertrag.

Risiken der Pfändung?

Bleibt der Fall der – im Grundbuch nicht ausgewiesenen – **Pfändung** des Auflassungsanspruchs des Käufers durch einen seiner Gläubiger. Erfolgt die Pfändung nach der Grundschuldbestellung, scheitert ein „gutgläubiger Erwerb" des vormerkungsgesicherten Anspruchs, bei dem kein Wirksamkeitsvermerk angebracht ist, nicht nur an den oben genannten Gründen, sondern auch daran, dass es an einem rechtsgeschäftlichen Erwerb fehlt.

Erfolgt die Grundschuldbestellung nebst Antrag durch den nunmehr Nichtberechtigten **nach Pfändung** oder **Abtretung** des gesicherten Anspruchs, aber **vor Eingang des Antrags auf Eintragung eines entsprechenden Vermerks**, so steht die „nachrangig" eingetragene Grundschuld dem auflassungsgesicherten Anspruch ebenso „gutgläubig" *nicht* entgegen, wie ein Wirksamkeitsvermerk oder gar ein Rangrücktritt „gutgläubig" eingetragen worden wäre. In allen Fällen bewirkt ein materiellrechtlich Nichtberechtigter die Eintragung bzw. den Vermerk oder den Rangrücktritt. Allein seine formelle Berechtigung führt aber zur gewünschten Wirksamkeit.

Denn zwar kann die Auflassungsvormerkung nicht mehr Rechte vermitteln, als sie der gesicherte Anspruch beinhaltet. Im Hinblick auf die Zustimmung zu einer nachträglichen Belastung des Grundbuchs kann der Grundschuldgläubiger sich jedoch gem. § 893 2. Alt BGB darauf verlassen, dass der eingetragene Vormerkungsberechtigte auch zur Zustimmung und damit zur Verleihung der Wirksamkeit für nachträgliche Pfandrechte (oder für die Bewilligung eines entsprechenden Rangrücktritts) berechtigt ist.[12]

Ergebnis

Auch aus diesen Gründen kommt es also nicht auf die Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks an. Es bleibt außer der Gewohnheit und dem Wunsch nach besonders großer Klarheit des Grundbuchs daher kein rechtlich relevanter Grund, sich überhaupt zwischen den drei Eintragungsalternativen zu entscheiden, da es auch eine vierte, zweifelsohne kostenlose Möglichkeit gibt: außer der Grundschuld nichts weiter eintragen zu lassen.

Praxistipp (Wirksamkeitsvermerk):
Wer es „wagt", auf lieb gewonnene Gewohnheiten zu verzichten, der muss bei der Eintragung der Finanzierungsgrundpfandrechte des Käufers weder auf einen Rangvorbehalt, einen Rangrücktritt noch auf die Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks achten. Der Verzicht setzt jedoch vernünftigerweise voraus, dass auch die finanzierende Bank bereit ist, nicht auf Traditionen zu bestehen, sondern lediglich auf der materiellen Wirksamkeit ihrer Grundschuld. Die Frage nach zusätzlichen Gerichtskosten würde sich dann gar nicht erst stellen.
Im Übrigen sollte im Interesse der Übersichtlichkeit des Grundbuchs anlässlich der Grundschuldbestellung einzig die Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks bei der Grundschuld beantragt werden, was im Zuge der Eintragung der Grundschuld als reiner Klarstellungsvermerk keine zusätzlichen Kosten verursachen darf. Ein Rangrücktritt hingegen löst unnötige Kosten aus.[13] Ein Rangvorbehalt verkompliziert das Verfahren ohne guten Grund.[14] Echte Vorteile bieten beide nicht.

[10] *Stöber*, ZVG-Handbuch, Rn 256; so bereits RGZ 154, 255.

[11] Ebenso *Lehmann*, NJW 1993, 1558, 1560. Anders als im Fall der klassischen Gegenvermerke bei Grunddienstbarkeiten befinden wir uns hier im identischen Grundbuch. Ein Übersehen des Rechts ist also nicht zu besorgen, ein Gegenvermerk unnötiger Aufwand.

[12] Siehe hierzu ausführlich *Gursky*, DNotZ 1998, 273, 280.

[13] Zu weiteren Argumenten gegen den Rangrücktritt siehe etwa *Gursky*, DNotz 1998, 276.

[14] Weitere Argumente gegen den Rangrücktritt sammelt *Schubert*, DNotZ 1999, 967 ff. Zum Ganzen auch *Schultz*, RNotZ 2001, 542.

Antrag Wirksamkeitsvermerk

*Es werden die Eintragung der Grundschuld (...) sowie die Eintragung eines Vermerks über die Wirksamkeit gegenüber der Auflassungsvormerkung in Abt. II Nr. *** bei der Grundschuld beantragt.*[15]

[15] Ob eine Bewilligung erforderlich ist, wage ich zu bezweifeln: Der Vermerk stellt nur klar, was bereits ist. Eine Bewilligung verlangt jedoch eine – zumindest formale – Einschränkung der Rechte des Betroffenen. Anders als bei der bewilligten Grundbuchberichtigung etwa in Abt. I ist hier das Grundbuch auch bereits ohne Vermerk nicht falsch, verliert der Bewilligende also nicht einmal eine Buchposition, da es eine solche bei der Auflassungsvormerkung aufgrund der strengen Akzessorietät nicht gibt.

Dr. Jens Jeep
ist Notar in Hamburg und stellvertretender Vorsitzender des Hamburgischen Notarvereins,
jeep@notariat-rathausmarkt.de,
www.notariat-rathausmarkt.de

de lege ferenda

Gesetzgebungsvorschläge aus der Praxis

Gesetzliche Vollzugsbremse?

Die Anmeldung der Ausnutzung bedingten Kapitals nach § 201 Abs. 1 AktG

Das Problem

§ 201 Abs. 1 AktG sieht vor, dass die Ausnutzung bedingten Kapitals innerhalb eines Monats nach Ablauf des Geschäftsjahres anzumelden ist. Die registergerichtliche Praxis versteht die Vorschrift teilweise so, dass die Anmeldung nicht bereits während des Geschäftsjahres erfolgen darf, sondern bis nach Ablauf des Geschäftsjahres gewartet werden *muss*. Dann weichen eingetragenes und tatsächliches Grundkapital jedoch u. U. fast ein Jahr lang voneinander ab, was gerade für die Angaben nach § 30b Abs. 1 Nr. 1 WpHG (Veröffentlichungspflicht im elektronischen Bundesanzeiger) bei der Ladung zu Hauptversammlungen eine unnötige Fehlerquelle bildet. Zudem kommt man mit den Bescheinigungen nach § 181 AktG leicht durcheinander. Zwar gibt es erfreulicherweise auch Registerrichter, die Verständnis dafür haben, dass man unterjährig nicht den Überblick verlieren will, und Anmeldungen nach § 201 AktG auch während des laufenden Geschäftsjahres vollziehen. Leider kann man sich nicht darauf verlassen.

Hier sollte den Gesellschaften ein Wahlrecht eingeräumt werden.

Die Lösung

§ 201 Abs. 1 AktG wird wie folgt gefasst:

(1) Der Vorstand hat bis zum Ablauf eines Monats nach Ablauf des Geschäftsjahrs zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, in welchem Umfang im abgelaufenen Geschäftsjahr Bezugsaktien ausgegeben worden sind.

Dr. Oliver Vossius
ist Notar in München und Präsident des Deutschen Notarvereins,
notarevossiusengel@t-online.de

Die GbR im Grundbuch – und die Gesellschafter auch

§ 162 HGB als Vorbild für eine Änderung der GBV

Seit Anerkennung der (Teil-)Rechtsfähigkeit der GbR ist eine Diskussion um die Behandlung im Grundbuch entbrannt, die auch der BGH in seinem aktuellen Beschluss[1] (siehe dieser notar, S. 26) nur teilweise gelöst hat. Die dadurch entstandene Rechtsunsicherheit steht in dramatischem Widerspruch zum Zweck des Grundbuchs. Ihr kann und sollte mit einer einfachen Verordnungsänderung schnell begegnet werden.

[1] BGH, Beschluss vom 4.12.2008, notar 2009, 26 (in diesem Heft).

Das Problem

Neben dem Erwerb in Bruchteilsgemeinschaft ist der Erwerb von Grundvermögen in Gesellschaft bürgerlichen Rechts das zweithäufigste Rechtsverhältnis, mit dem Eigentümer in Abt. I des Grundbuchs eingetragen werden. Die Form der Eintragung war über Jahrzehnte unbestritten. Sie lautete typischerweise:

A und B in Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

Dies hat sich geändert, seit der BGH[2] 2001 die (Teil)Rechtsfähigkeit der GbR anerkannt hat. Diese ist weitaus weniger umstritten als die Folgefrage nach der „Grundbuchfähigkeit" der GbR. Genauer geht es jedoch weniger darum, *ob* eine GbR im Grundbuch eingetragen werden kann, denn die Antwort muss selbstverständlich lauten: Ja, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann Eigentum erwerben,[3] also kann sie auch im Grundbuch eingetragen werden. Sie ist materiell und formell „grundbuchfähig".

Die entscheidende Frage ist vielmehr, *wie* die Eintragung im Einzelnen zu erfolgen hat. Und die Antwort darf nicht ohne Betrachtung ihrer Konsequenzen erfolgen, insbesondere solcher für den Sinn und Zweck des Grundbuchs, nämlich in verlässlicher Weise und geschützt durch die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs nach § 892 BGB über den Eigentümer des Grundstücks Auskunft zu geben.

Eintragung nur der GbR?

Fragwürdig erscheint daher die extrem rechtspositivistische Auffassung, die da lautet: Wenn die GbR Eigentümerin sein kann, dann muss auch die GbR (und nur die GbR) im Grundbuch eingetragen werden, nicht jedoch – das ist das Entscheidende – zusätzlich ihre Gesellschafter.[4] Der BGH hat nun beides für möglich gehalten, also die Eintragung (nur) des Namens der GbR oder bei fehlendem Namen die Eintragung einer „Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestehend aus den Gesellschaftern...".

Ersteres entspricht zwar auf den ersten Blick der Eintragung bei den anderen Gesellschaftsformen, jedoch mit weitaus dramatischeren Folgen: Der Bestand der Gesellschafter ist bei der isolierten Eintragung der namenstragenden GbR nicht mehr aus dem Grundbuch erkennbar. Mehr noch: Er wäre aus gar keinem Register ersichtlich und damit schlicht für den Rechtsverkehr nicht erkennbar. Völlig unklar wäre daher, wer die Gesellschaft rechtswirksam vertritt.

In Ermangelung eines Rechtscheintatbestands wäre ein gutgläubiger Erwerb dann nicht mehr möglich, denn woran sollte sich der gute Glaube knüpfen? Um Eintragungsprobleme im Falle eines Verkaufs durch eine GbR gegenüber dem Grundbuchamt zu lösen, wird zwar zum Teil vorgeschlagen, die Verkäufer eine eidesstattliche Versicherung abgegeben zu lassen, dass sie tatsächlich die einzigen Gesellschafter der eingetragenen GbR sind. Möglicherweise könnte auch eine Kette von notariellen Urkunden vorgelegt werden, die bis zu den ursprünglichen Beteiligten beim Ersterwerb durch die Gesellschaft zurückgehen. Die Übertragung von GbR-Anteilen ist jedoch grundsätzlich nicht beurkundungspflichtig. Auch diese Urkundskette würde jedoch keinen gutgläubigen Erweb gem. § 892 herbeiführen.

Was soll der Notar bereits heute in einer solchen Situation tun? Belehrt er den Käufer eines einer GbR gehörenden Grundstücks über diese Problematik, dann müsste die Belehrung eigentlich kurz und knapp lauten:

Der Notar hat darüber belehrt, dass ein Eigentumserwerb von einer GbR nicht gesichert werden kann, der Käufer mit Zahlung des Kaufpreises also eine ungesicherte Leistung vornimmt und sich noch nach vielen Jahren herausstellen kann, dass er nicht Eigentümer geworden ist.

Es ist evident, dass eine solche Belehrung nur eine Folge haben kann: Den Nichtabschluss des Kaufvertrages.

Mögliche Rettung wäre die Übertragung des Grundstücks von der GbR auf ihre behaupteten Gesellschafter zu Bruchteilseigentum (kein guter Glaube möglich und nötig) und dann, nach Eintragung dieses Eigentumswechsels, der ganz „normale", möglicherweise gutgläubige Erwerb durch die Neueigentümer.

Die dadurch entstehenden Mehrkosten werden den Verkäufern nur schwer zu vermitteln sein. Diese Problematik strahlt auch auf den Erwerb in GbR aus, der zwar problemlos möglich ist, bei dem konsequenterweise aber auf die später auftretenden Schwierigkeiten beim Weiterverkauf hinzuweisen wäre.

Fraglich ist zwar, ob die diesen Problemen zugrunde liegende Rechtsauffassung richtig ist, insbesondere in den Fällen, in denen die Erschienenen in der klassischen Form als „Eigentümer in GbR" im Grundbuch eingetragen sind. M. E. ist dies nicht der Fall, da § 892 in diesen Fällen den guten Glauben an die eingetragenen Gesellschafter schützt. Doch schon die Tatsache des Bestehens unterschiedlicher Auffassung macht deutlich, dass mit dieser Rechtsunsicherheit bis zu einer höchstrichterlichen Klärung nur schwer, wenn überhaupt zu leben ist.

Unsere neue Rubrik: de lege ferenda

Mit dieser Ausgabe des notars beginnen wir ein Experiment. Unter dem Titel „de lege ferenda" wollen wir dem Gesetzgeber aus der Praxis heraus Hinweise auf Probleme geben, die sich „de lege lata" ergeben und die sich leicht durch eine kleine Änderung der betroffenen Norm ändern lassen. Hier geht es weniger um rechtspolitisch umstrittene Gewissensfragen als vielmehr um praxisrelevante Regelungstechnik. Erfreulicher Nebeneffekt soll zugleich die Schilderung des Problems und der bisherigen Lösungsansätze aus Sicht des Praktikers sein. Damit wollen wir als Berufsgruppe der Notare nicht lediglich Stellung nehmen zu Gesetzesvorhaben, die durch die Exekutive oder Legislative angestoßen werden. Wir wollen im Interesse der Rechtssicherheit auch nicht darauf warten, dass dringende Probleme erst nach Jahren durch die Judikative gelöst werden. Vielmehr sehen wir in den heute allgegenwärtigen Artikelgesetzen auch die Chance, in einem weiteren Artikel die eine oder andere kleine, aber nichtsdestotrotz ungemein hilfreiche Lösung auf Gesetzesebene zu erlangen, ohne gleich ein großes GeReMoVeG (Gesamtrechtsmodernisierungs-

[2] BGHZ 146, 341.

[3] BGH NJW 2006, 3716.

[4] So etwa OLG Stuttgart NJW 2008, 304 und *Bielicke*, Rechtspfleger 2007, 441, anderer Meinung die bislang h. M., siehe etwa BayObLG NJW 2003, 70.

und -verbesserungsgesetz) im betroffenen Rechtsgebiet anstoßen zu müssen. Bis es soweit ist, stehen die hier gemachten Vorschläge natürlich zu Ihrer Diskussion. Beteiligen Sie sich – auch mit eigenen Vorschlägen – unter schriftleitungnotar@notarverlag.de.

Lösung durch die Rechtsprechung?

Die Befürchtung, dass die Rechtsprechung dem „Modell" der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der WEG-Gemeinschaft folgt und dem Gesetzgeber die Lösung der Folgeprobleme auferlegt, hat sich nun bewahrheitet. Der BGH hat die Grundbuchfähigkeit der firmierenden GbR anerkannt und die Frage, wie der Nachweis der Eintragungsvoraussetzungen zu erfolgen hat, an den Gesetzgeber verwiesen. Den hohen Erwartungen ist das Gericht damit nicht gerecht geworden. Ganz offenbar möchte es den Gesetzgeber mittelbar zur Schaffung eines GbR-Registers zwingen, da alle anderen genannten Alternativen ersichtlich untauglich sind (etwa die Vorlage beglaubigter Gesellschaftsverträge). Damit ist ein dringender Handlungsbedarf gegeben.

Lösung durch die Gesetzgebung

Als die GbR ihre Karriere der Rechtsfähigkeit begann, wurde das Problem in einem anderen Bereich erst von der Rechtsprechung und dann vom Gesetzgeber gelöst. Die Rede ist von § 162 I 2 HGB, der die GbR als Kommanditistin einer KG behandelt und 2001 eingefügt wurde:

> **§ 162 I 2 HGB**
>
> *Ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts Kommanditist, so sind auch deren Gesellschafter entsprechend § 106 Abs. 2 und spätere Änderungen in der Zusammensetzung der Gesellschafter zur Eintragung anzumelden.*

Die in der bisherigen Diskussion herausgestellte Parallele zu § 162 HGB[5] bietet den Ausgangspunkt, eine entsprechende Änderung in der Grundbuchverfügung vorzunehmen. Diese könnte wie folgt als neuer § 15 Abs. 1 lit. c) GBV formuliert werden, während bei dieser Gelegenheit rein redaktionell in Abs. 3 zwei Streichungen vorzunehmen wären. Im Gegensatz zum BGH, der sich m.E. irrtümlich zu einer analogen Anwendung des § 15 Abs. 1 lit. b) GBV gezwungen sah, würde es sich um eine auf die Besonderheiten der GbR zugeschnittene Kombination der lit a) und b) handeln:

Änderungsvorschlag

Änderung von § 15 GBV:

> *(1) Zur Bezeichnung des Berechtigten sind im Grundbuch anzugeben:*
>
> *a) bei natürlichen Personen der Name (Vorname und Familienname), der Beruf, der Wohnort sowie nötigenfalls andere die Berechtigten deutlich kennzeichnende Merkmale (zum Beispiel das Geburtsdatum); das Geburtsdatum ist stets anzugeben, wenn es sich aus den Eintragungsunterlagen ergibt; wird das Geburtsdatum angegeben, so bedarf es nicht der Angabe des Berufs und des Wohnorts;*
>
> *b) bei juristischen Personen, Handels- und Partnerschaftsgesellschaften der Name oder die Firma und der Sitz*
>
> *c) bei Gesellschaften bürgerlichen Rechts neben einem eventuellen Namen der Gesellschaft auch die Angaben gem. a) in Bezug auf die Gesellschafter oder die Vertreter der Gesellschaft.*
>
> *(3) Steht das Eigentum oder ein beschränktes dingliches Recht nach dem Inhalt des Grundbuchs einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu und (...)*

Erläuterung

Diese Parallele zum Handelsregister löst alle offenen Fragen: Ja, eine GbR ist grundbuchfähig und kann unter ihrem Namen im Grundbuch eingetragen werden. Nein, dies allein genügt jedoch nicht, weil zusätzlich die Gesellschafter oder die Vertreter einzutragen sind. Eine Benennung ist insbesondere dann sinnvoll, wenn etwa Ehegatten in GbR sowohl das Familiengrundstück halten als auch (im Rahmen einer anderen GbR) diverse Mietwohnungen.

Da sich § 892 BGB auf den „Inhalt des Grundbuchs" bezieht und über die vorgeschlagene Änderung der Grundbuchverfügung die Namen der (gemeinschaftlich immer vertretungsberechtigten) Gesellschafter oder der Vertreter einer GbR unzweifelhaft zum Inhalt des Grundbuchs gehören, wäre ein gutgläubiger Erwerb m. E. nach Wortlaut und Sinn des Gesetzes zwanglos möglich.[6] Der Verordnungsgeber sollte dies zusätzlich klarstellen. Die Diskussion wäre beendet, der Zustand der Rechtsunsicherheit auch und mit dem Ergebnis sollten alle zufrieden sein: Das Grundbuch bleibt, was es ist, nämlich ein verlässliches Register, das einen reibungslosen Rechtsverkehr ermöglicht und zugleich dem aktuellen Stand des Rechts der GbR entspricht.

Die Angabe der Gesellschafter oder des Vertreters macht die Eintragung auch aufgrund eines Urteils (wie im Falle des dem BGH-Beschluss zugrundeliegenden Versäumnisurteils) möglich, denn die GbR muss auch im Gerichtsverfahren wirksam vertreten worden sein, so dass dem Grundbuchamt die erforderlichen Angaben nachgewiesen sind.

Die vorgeschlagenen Streichungen in Abs. 3 machen deutlich, dass entsprechend der neuen Dogmatik die Gesellschaft selbst Inhaberin des dinglichen Rechts ist.

Die Umsetzung sollte politisch schnell durchzusetzen sein. Aus Gründen der Rechtssicherheit duldet eine Lösung auch keinen weiteren Aufschub.

Dr. Jens Jeep
ist Notar in Hamburg und Stellvertretender Vorsitzender des Hamburgischen Notarvereins,
jeep@notariat-rathausmarkt.de,
www.notariat-rathausmarkt.de

[5] Siehe etwa *Priester*, BB 2007, 837, der die analoge Anwendung von § 162 Abs. 1 S. 2 HGB fordert, sowie sehr instruktiv Kesseler, ZIP 2007, 419.

[6] Ebenso Kesseler, ZIP 2007, 419, a. A. etwa Lautner NotBZ 2007, 229, 235.

bericht aus berlin

Aktuelle deutsche Rechts- und Berufspolitik

Gesetzentwurf zum elektronischen Grundbuch

Nach dem Handelsregister soll zukünftig auch das Grundbuch elektronisch geführt werden. In die elektronische Form gebracht werden sollen einerseits der Rechtsverkehr zwischen Notaren und Gerichten und andererseits auch der gewaltige Altbestand an Grundakten. Angesichts der zum Teil sehr unterschiedlichen Ausgangslagen in den einzelnen Bundesländern soll – anders als beim elektronischen Handelsregister – keine Umstellung zu einem Stichtag erfolgen, sondern eine sukzessive Umstellung möglich sein.

Das Bundesjustizministerium hat Ende 2008 einen Referentenentwurf vorgestellt, zu dem der Deutsche Notarverein ausführlich Stellung genommen hat.[1] Der Entwurf kann insgesamt als sehr gelungen bezeichnet werden, im Detail hält der Deutsche Notarverein jedoch noch Korrekturen und Ergänzungen für erforderlich.

So sollten etwa alle Informationen zum Stand der Umsetzung in den Ländern über eine zentrale bundesweite Internetplattform zur Verfügung gestellt werden. Der Notar als Nutzer des Grundbuchs sollte ohne großen Aufwand bundesweit feststellen können, ob im Hinblick auf ein bestimmtes Grundstück eine elektronische Einreichung oder eine Einreichung in Papierform erforderlich ist.

Weiter sieht der Deutsche Notarverein über den Gesetzentwurf hinausgehende Effizienzsteigerungspotenziale, etwa durch konsequente Vermeidung von Medienbrüchen,[2] die Zulassung notarieller Register- und Vertretungsbescheinigungen auch in Auslandssachverhalten[3] und die Reduzierung des Publikumsverkehrs im Grundbuchamt durch Schaffung einer Grundbucheinsicht beim Notar.

Kritisch geäußert hat sich der Deutsche Notarverein zu einer vorschnellen Vernichtung von Papierakten nach der Überführung in die elektronische Form. Im Interesse der Rechtssicherheit sollte zunächst die Systemstabilität und -sicherheit über einen längeren Zeitraum erprobt werden, bevor Papierakten vernichtet werden. Der Überprüfung bedürfen schließlich die im Referentenentwurf vorgeschlagenen Abrufgebühren, wonach insbesondere die bisherige Privilegierung des Folgeabrufs abgeschafft werden soll. Damit würde der Gesetzgeber aus Sicht der vertragsgestaltenden Praxis die falschen Anreize setzen und den eigentlich wünschenswerten Kontrollabruf am Tage der Beurkundung möglicherweise mit prohibitiv hohen Kosten belegen.

Vereinsregister elektronisch

Auch das Vereinsregister soll in die elektronische Form überführt werden. Das Bundesministerium der Justiz hat auch dazu einen Gesetzentwurf vorgelegt. Im Gegensatz zum Handelsregister und zum Grundbuch ist aber derzeit nicht vorgesehen, die elektronische Einreichung zur Pflicht zu machen. Damit wäre langfristig eine Papiereinreichung neben der elektronischen Einreichung möglich. Der Deutsche Notarverein hat in seiner Stellungnahme[4] darauf hingewiesen, dass sich der elektronische Rechtsverkehr ohne entsprechende Verpflichtung nach den bisherigen Erfahrungen in anderen Rechtsgebieten nicht durchsetzen wird. Einsparpotentiale auf Seiten der registerführenden Gerichte sind bei einer parallelen Papiereinreichung ebenfalls zweifelhaft.

Bürgerportal zu Lasten des Bürgers?

Ein sowohl konzeptuell als auch gesetzgebungstechnisch misslungener Gesetzgebungsvorschlag stammt aus dem Bundesministerium des Inneren. Dort wird überlegt, sogenannte Bürgerportale zu schaffen. Vom Staat zertifizierte und beliehene private Anbieter sollen „sichere" E-Mail-Adressen zur Verfügung stellen. Der öffentlichen Verwaltung soll damit vor allem die Zustellung amtlicher Schriftstücke (z. B. Verwaltungsakte) auf elektronischem Wege an den Bürger ermöglicht werden. Aus der Perspektive des Staates mag dies Einsparungseffekte nach sich ziehen, aus der Sicht des Bürgers birgt das Bürgerportal hohe Risiken. So dürfte es einen erheblichen Unterschied machen, ob ein Verwaltungsakt im Briefkasten oder in einem elektronischen Postfach zwischen unzähligen anderen Mails landet. Der Gesetzentwurf würde das Gleichgewicht zwischen staatlichen Akteuren und dem Bürger einseitig zu Lasten des Bürgers verschieben.

Auch Private sollen über das Bürgerportal Zustellungen vornehmen können; eine willkommene Einladung zur Perfektionierung dubioser Geschäftspraktiken (man denke nur an die Zusendung fingierter Kostenrechnungen des Handelsregisters), die dann zukünftig sogar ohne Briefporto auskämen und das staatliche Qualitätssiegel „Bürgerportal" in Anspruch nehmen könnten. Insgesamt dürfte die strukturell angelegte Vermengung privater kommerzieller und öffentlicher Interessen in die falsche Richtung weisen.

Gesetzgebungstechnisch verfehlt ist im Übrigen, dass der Gesetzentwurf fast alle wesentlichen Fragen der konkreten Umsetzung, insbesondere die technische Ausgestaltung, einer noch nicht vorliegenden Ausführungsverordnung überlassen möchte. Angesichts der grundrechtlichen Relevanz des Gesetzes überzeugt dies nicht. Wer sich zu Einzelheiten des Gesetzentwurfs informieren möchte, sei auf die ausführliche Stellungnahme des Deutschen Notarvereins verwiesen.[5]

---

[1] Die Stellungnahme ist abrufbar auf der Homepage www.dnotv.de unter „Dokumente".

[2] Der Entwurf sieht teilweise die Einreichung von Urschriften vor.

[3] Vgl. bereits die im *notar* 2008, 236 f. gemachten Vorschläge.

[4] Die Stellungnahme ist abrufbar auf der Homepage www.dnotv.de unter „Dokumente".

[5] Die Stellungnahme ist abrufbar auf der Homepage www.dnotv.de unter „Dokumente".

Anhörung zur Reform des Versorgungsausgleichs

Der Rechtsausschuss des Bundestages hat am 3. Dezember eine Expertenanhörung zum Gesetzentwurf zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs[6] durchgeführt.[7] Über den aus notarieller Sicht insgesamt gelungenen Gesetzentwurf, der insbesondere privatautonome Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich stärken möchte, hat der *notar* bereits mehrfach berichtet.[8] Die geplante Strukturreform wurde auch von den angehörten Experten größtenteils gelobt. Einen Schönheitsfehler aus vertragsgestaltender Sicht stellt nach wie vor die ausdrückliche Erwähnung der bereits aus den §§ 138, 242 BGB folgenden Inhalts- und Ausübungskontrolle im Rahmen von Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich dar. Hier ist zu befürchten, dass die Gerichte diese nach der Gesetzesbegründung ausdrücklich nur deklaratorisch gemeinte Norm in der Praxis als Ermächtigung für nachträgliche Eingriffe in privatautonome Gestaltungen missverstehen. Der Deutsche Notarverein hat sich deshalb gemeinsam mit der Bundesnotarkammer in einer Kurzstellungnahme gegenüber dem Rechtsausschuss für eine Streichung der entsprechenden Vorschrift eingesetzt. Es ist damit zu rechnen, dass die Reform im Jahr 2009 durch Bundestag und Bundesrat beschlossen werden wird. *(ASV)*

[6] BT-Drucksache 10/10144.

[7] Vgl. zum Stichwort „Anhörung" notar 2008, 339.

[8] Vgl. etwa *notar* 2007, 181 f. sowie die Stellungnahmen des Deutschen Notarvereins, die auf der Homepage www.dnotv.de unter „Dokumente" abrufbar sind.

bericht aus brüssel

Aktuelle europäische Rechts- und Berufspolitik

Entwurf einer Richtlinie über Verbraucherrechte (horizontales Instrument)

Die Vollharmonisierung des europäischen Verbraucherschutzrechts plant die EU-Kommission mit ihrem „Entwurf einer Richtlinie über Verbraucherrechte". Mitgliedstaaten soll es danach verboten werden, strengere Regeln für den Verbraucherschutz zu erlassen, als in dem Entwurf vorgesehen. Die geplante Vollharmonisierung wird mit dem durchaus fragwürdigen Argument gerechtfertigt, dass unterschiedliche Verbraucherschutzregeln in den Mitgliedstaaten grenzüberschreitende Geschäfte behindern. Dabei wird nicht thematisiert, dass sich Verbraucher vom Abschluss grenzüberschreitender Geschäfte viel eher durch Sprachbarrieren als durch im Detail unterschiedliche Rechtsregeln abhalten lassen. Für Deutschland hätte eine europäische Vollharmonisierung ein erhebliches Absinken des Verbraucherschutzniveaus zur Folge. Anstatt die europäische Vielfalt zur Grundlage von empirischen Studien zur Wirksamkeit von Verbraucherschutzvorschriften zu machen und damit der jeweiligen Best-Practice zum Durchbruch zu verhelfen, möchte die EU-Kommission ihr empirisch nicht als wirksam belegtes und vor allem aus Informationspflichten und Widerrufsrechten bestehendes Konzept europaweit zwingend vorgeben. Von diesem Konzept abweichende oder über dieses Konzept hinausgehende Schutzvorschriften, wie etwa das notarielle Beurkundungsverfahren, sollen im Anwendungsbereich der geplanten Richtlinie ausdrücklich verboten werden. Erfreulicherweise hat sich Frau Ministerin *Zypries* ebenfalls deutlich gegen die beabsichtigte Vollharmonisierung ausgesprochen, so dass die Hoffnung bleibt, der Rat werde die Kommission zu deutlichen Nachbesserungen auffordern.[1]

[1] Die ausführliche Stellungnahme des Deutschen Notarvereins zum Richtlinienentwurf finden Sie auf der Homepage www.dnotv.de unter „Dokumente".

Tschechische Ratspräsidentschaft

Auf Frankreich folgt Tschechien. Zumindest in der Reihenfolge der Ratspräsidentschaft. Mit dem Ende der französischen sechs Monate blickt *Sarkozy* auf turbulente Tage zurück, die von Krisen und den Versuchen der Krisenbewältigung geprägt waren. *Klaus* blickt hingegen nach vorn. E-Justice und Familienrecht, so könnte man die notarrelevanten Themen aus dem tschechischen Programm wohl kurz zusammenfassen. Einen neuen Versuch zum Abschluss der jüngst (unter anderem an Schweden) gescheiterten Rom-III-Verordnung soll es etwa geben. Diese hat Regelungen über das anwendbare Recht in Ehesachen zum Inhalt. Im Bereich der E-Justice soll das „Europäische justizielle Netz" weiter ausgebaut werden, um Bürgern und Unternehmen eine bessere Übersicht über die Justiz in Europa, deren Leistungen und passende Ansprechpartner zu finden. Der Deutsche Notarverein wird sich dafür einsetzen, dass sich auch die vorsorgende Rechtspflege darin wiederfindet.

Haben Sie etwas zu verbergen?

Zum Schluss dieses Berichts aus Brüssel einmal etwas Erfreuliches: Auf Druck Deutschlands und anderer Mitgliedstaaten hat die Kommission ihren Vorschlag zur zwingenden Einführung der sog. „body-scanner" an Flughäfen wieder eingestampft. Man wolle die technischen Möglichkeiten noch genauer ausloten, so die Begründung. Doch kein Striptease bei der Sicherheitskontrolle – zumindest vorläufig. *(Se)*

rückblick

Tagungen, Symposien und andere Veranstaltungen

Das neue Unterhaltsrecht in der notariellen Praxis

Kolloquium des Instituts für Notarrecht der Humboldt-Universität zu Berlin

Am 6. Juni 2008 veranstaltete das Institut für Notarrecht der Humboldt-Universität zu Berlin ein halbtägiges wissenschaftliches Kolloquium. Im Audimax der Humboldt-Universität wurde zum neuen Unterhaltsrecht vorgetragen. Es waren ca. 120 Juristen und Juristinnen erschienen – hauptsächlich Notare/innen und Rechtsanwälte/innen aus Berlin und den angrenzenden Bundesländern.

In seinem Grußwort stellte *Prof. Dr. Rainer Schröder*, Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, privates Bau- und Immobilienrecht sowie neuere und neueste Rechtsgeschichte an der Humboldt-Universität und geschäftsführender Vorstand des Instituts für Notarrecht, kurz heraus, wie gerade das Familienrecht von Beständigkeit und Wandel geprägt sei: Kindesunterhalt gab es schon bei den alten Römern, doch folgte die Ausgestaltung jeweils den sich wandelnden gesellschaftlichen Bedingungen. So hatte das Unterhaltsrecht allein in der Bundesrepublik Deutschland schon seit den 1950er Jahren mehrere tiefgreifende Veränderungen erfahren. Die jetzige Reform habe die mit der Abschaffung des Verschuldensprinzips vorgenommenen radikalen Änderungen der sozial-liberalen Regierung ein wenig zurückgeführt.

Der Kölner Notar und Beirat des Instituts, *Dr. Stefan Zimmermann*, eröffnete als Moderator die Tagung mit der Bemerkung, dass das neue Unterhaltsrecht die Folge gesellschaftlicher Entwicklungen sei: Schließlich sei ⅓ der Kinder in Deutschland unehelich geboren.

Als erste Referentin begann daraufhin die Friedberger Notarin *Eva Maria Brandt* mit ihrem sehr engagiert und mitreißend gehaltenen Vortrag „Die Unterhaltsrechtsreform und ihre Folgen für die notarielle Beratung und Vertragsgestaltung". Sie stellte zunächst fest, was sich wie ein roter Faden durch die ganze Tagung ziehen sollte: Es gibt mehr Fragen als Antworten. *Brandt* zeigte zunächst kurz die Änderungen auf, nicht ohne zu kritisieren, dass die Begrenzung des Betreuungsunterhalts auf grundsätzlich drei Jahre absolut nicht realitätsgerecht sei. Als Konsequenzen für die Vertragsgestaltung nannte *Brandt* zuerst die Möglichkeit der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe – z. B. könne die Billigkeit oder Zumutbarkeit im Ehevertrag definiert werden oder eigene Altersphasenmodelle entworfen werden –, verwarf dies jedoch als unrealistisch, da keiner die später in einer Familie eintretenden Umstände vorhersehen könne. Vernünftig sei es vielmehr, die von den Parteien antizipierten Umstände genau in die Urkunde aufzunehmen. Dem stehe jedoch häufig die mangelnde Bereitschaft der Parteien entgegen, diese Umstände zu offenbaren. Als weitere Konsequenz sei die Begünstigung des Unterhaltsberechtigten nun problematisch, insbesondere wegen der Konkurrenz mit späteren Unterhaltsansprüchen, die u. U. einen besseren Rang haben. Hier bestehe die Gefahr von Verträgen zu Lasten Dritter. Als Fazit empfahl *Brandt*, zum jetzigen Zeitpunkt dem Gebot der Vorsicht großes Gewicht zu geben, bis Entscheidungen der Obergerichte wieder mehr Rechtssicherheit hergestellt haben.

Dem zweiten Vortag stellte der nun als Moderator fungierende Berliner Rechtsanwalt und Notar *Dr. Max Braeuer* vorweg, dass sich die Folgen der Unterhaltsrechtsänderung für die Vertragsgestaltung wie folgt zusammenfassen ließen: War bisher die problematische Frage, wie weit das Unterhaltsrecht beschränkt werden kann, so muss man jetzt fragen, wie weit das Unterhaltsrecht erweitert werden kann.

Herr *Prof. Dr. Dr. h.c. Dieter Schwab*, em. Ordinarius für Bürgerliches Recht und Deutsche Rechtsgeschichte an der Juristischen Fakultät der Universität Regensburg, schloss sich dem mit seinem Vortrag „Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen vor dem Hintergrund der Unterhaltsrechtsreform" an. *Schwab* zeigte systematisch auf, welche Kriterien nunmehr an Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen gestellt werden. Er wandte sich zunächst den Vereinbarungen zu, die den Unterhaltsberechtigten benachteiligen und stellte den Versuch einer Rangleiter der neuen Unterhaltstatbestände unter Anwendung der BGH-Grundsätze an. Als Zwischenfazit riet er zur Vorsicht, da die Reform im Lichte der BGH-Rechtsprechung keine großen Gestaltungsspielräume eröffnete. Sodann wandte er sich den Vereinbarungen zu, die den Unterhaltsberechtigten begünstigen. Hier sei die Rechtslage viel schwieriger geworden. Neben den Grenzen der Knebelung des Unterhaltsverpflichteten und der Erschwerung der Scheidung stelle sich wegen der neuen Rangfolge der Unterhaltsberechtigten insbesondere die Frage nach einem Vertrag zu Lasten Dritter. Hier müsse Neuland betreten werden Er vertrat die Ansicht, dass dieses Problem nur in Mangelfällen auftreten könne.

Dieses Problem der begünstigenden Vereinbarungen war dann der zentrale Diskussionspunkt in der Aussprache, die sich an beide Vorträge anschloss. So gab *Brandt* im Anschluss an *Schwab* zu bedenken, dass auch in Fällen, die keine Mangelfälle sind, die vereinbarte Unterhaltsverbindlichkeit eines rangniederen Unterhaltsgläubigers die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners zu Lasten ranghöherer Unterhaltsgläubiger einschränken könne. Dies führe dann wieder zu einer verbotenen Vereinbarung über den Rang. Auch die Ideen, Ansprüche des Begünstigten aus anderen wirtschaftlichen Gründen, so z. B. aus Darlehen herzuleiten, wurde von *Brandt* als Umgehung des Gesetzes abgetan. Einig war man sich darin, dass dieses Problem sehr viel Stoff zum Nachdenken bereithält.

Einem ganz anderen Themenkreis widmete sich *Dr. Michael Cirullies*, Aufsicht führender Richter am Amtsgericht Hagen. In seinem Vortrag „Aktuelle Fragen zur Vollstreckung von Unterhaltstiteln" stellte *Cirullies* zunächst die Änderungen dar, die das Vollstreckungsrecht durch das neue Unterhaltsrecht erfahren hat, insbesondere die Anpassung der Rangfolge des § 1609 BGB (neu) an die Reihenfolge bei der Pfändung des Arbeitseinkommens gem. § 850d ZPO sowie die Auswirkung auf dynamische Titel. Dann wandte er sich ausgewählten Problemen zu, die er außergewöhnlich detailliert darstellte, mit vielen Beispielen aus seiner Praxis als Familien- und Vollstreckungsrichter versehen. Neben ausgesuchten Problemen beim Vollstreckungstitel und bei der Forderungspfändung stellte er insbesondere Einzelheiten bei der Vollstreckung aus notariellen Urkunden dar. *Cirullies* gestaltete seinen Vortrag als Gespräch mit dem Publikum und forderte regelmäßig zu Zwischenfragen auf. Dies trug wesentlich zu einem besseren Verständnis der den Notaren doch nicht immer so geläufigen Vollstreckungsmaterie bei, so dass es einer anschließenden Diskussion nicht mehr bedurfte.

Abschließend bleibt zu bemerken, dass die Tagung ein wertvolles Forum zum Austausch für Notare darstellte. Es wurde deutlich, welche Verunsicherung das neue Unterhaltsrecht auf vertragsgestaltender Seite hervorgerufen hat. Das Publikum konnte neben einem Aufruf zur Vorsicht bei der Vertragsgestaltung wichtige praktische Hinweise zur Vollstreckung aus notariellen Urkunden mitnehmen. Es bleibt abzuwarten, wie das Recht durch Gerichtsentscheidungen in Zukunft konkretisiert werden wird.

Nicola Teubner Oberheim, wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Notarrecht der Humboldt-Universität zu Berlin

Jahresversammlung 2008 des Vereins für das Rheinische Notariat in Bonn

Der Verein für das Rheinische Notariat hatte zu seiner Jahresversammlung vom 7. bis 9. November 2008 in die ehemalige Bundeshauptstadt und jetzige Bundesstadt Bonn eingeladen. Zahlreiche Mitglieder sowie Gäste aus dem In- und Ausland waren der Einladung gefolgt und trafen sich am Freitag zum ersten Programmpunkt, dem traditionellen Begrüßungsabend, welcher auf dem Rheinschiff MS Theresia stattfand. Während sich die Teilnehmer im Bauch des Schiffes in geselliger Runde bei Buffet und regionalen Getränkespezialitäten wie Bönnsch, Kölsch und Ahrwein auf die Jahresversammlung einstimmten, brachte sie die MS Theresia unter leichtem Schaukeln rheinaufwärts bis nach Rolandseck und zurück.

Der Samstagmorgen stand dann, wie gewohnt, ganz im Zeichen der alljährlichen Mitgliederversammlung und der anschließenden Jahrestagung, zu welcher der Vereinsvorsitzende *Dr. Peter Schmitz* im Beethovensaal der Redoute in Bonn-Bad Godesberg rund 220 Zuhörer begrüßte. Unter diesen befanden sich neben zahlreichen namhaften Persönlichkeiten aus der deutschen und insbesondere der rheinischen Justiz sowie der Justizverwaltung auch wieder einige Persönlichkeiten aus dem europäischen Ausland. Die wohl weiteste Anreise hatte eine Delegation der Moskauer Notarkammer.

Notar *Dr. Peter Schmitz*, Vorsitzender des Vereins für das Rheinische Notariat, begrüßt die Gäste

In seiner Begrüßungsrede ging *Schmitz* unter anderem auch kurz auf das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) ein, das genau eine Woche vorher in Kraft getreten war. *Schmitz* zeigte sich dabei erleichtert, dass am Ende des Gesetzgebungsverfahrens in vielen Punkten doch die Sachargumente gewonnen hätten. Nicht ohne Besorgnis äußerte er sich zu den derzeitigen Plänen für eine Europäische Privatgesellschaft (*Societas Privata Europaea* – SPE). Diese könne die Erfolge des MoMiG konterkarieren, da es beispielsweise bei der Gründung einer SPE an einer präventiven Kontrolle fehle und eine nicht unerhebliche Missbrauchsgefahr daraus resultiere, dass unklar sei, wer hinter der Gesellschaft steht. *Schmitz* forderte eine selbstbewusste Verteidigung der zuletzt errungenen Erfolge und zitierte in diesem Zusammenhang aus dem Grußwort von *Bundespräsident Horst Köhler* zur Eröffnung des 67. Deutschen Juristentages (DJT) am 23. September 2008 in Erfurt. Dieser hatte auf dem DJT über den Wettbewerb der Rechtssysteme gesprochen und die deutschen Juristen unter anderem dazu aufgerufen, selbstbewusst in den rechtsetzenden Organen der Europäischen Union zu agieren. *Schmitz* beschloss seine Ausführungen mit einem kurzen Blick auf die Bankenkrise und berichtete, dass man nun sogar in den USA die Bedeutung der notariellen Vorsorge für die Vermeidung derartiger Krisen erkannt habe.

Für den Festvortrag hatte der Verein mit *Prof. Dr. Dr. h.c. Josef Isensee* einen der führenden deutschen Staatsrechtslehrer gewinnen können. *Isensee* begann seinen Festvortrag zu dem Thema „Das Amt des Notars: Relikt aus vorgrundrechtlicher Zeit?" mit dem Eingeständnis, er habe bisher selbst kaum praktische Erfahrungen mit Notaren gemacht. Wie seine folgenden Ausführungen zeigten, hat *Isensee* sich dafür aber umso ausführlicher mit dem öffentlichen Amt im Allgemeinen und dem des Notars im Besonderen beschäftigt. Bei dem öffentlichen Amt, so *Isensee*, handele es sich um keine berufsspezifische Eigenschaft der Notare, sondern um einen Begriff aus dem Staatsorganisationsrecht. Das öffentliche Amt stehe in einem grundsätzlichen Wider-

Notar *Dr. Thomas Schwerin*, Vizepräsident des Deutschen Notarvereins, *Professor Dr. Josef Isensee* und Notar *Dr. Peter Schmitz*

spruch zu seiner freiberuflichen Wahrnehmung durch den Notar. Bei einem Amt handele es sich schließlich um die kleinste Einheit der Staatsgewalt, den Amtsbereich, der einer natürlichen Person, dem Amtswalter, übertragen sei und ihm quasi Vollmacht verleihe, im Namen des Staates zu handeln. Der private Handlungsspielraum des Amtswalters werde hierdurch jedoch nicht erweitert. Der Befugnis des Amtswalters auf der einen Seite stehe seine dienstliche Pflicht auf der anderen Seite gegenüber. Das Amt diene der rationalen Arbeits- und Gewaltenteilung, da es nur in der Vielzahl im Neben- und Übereinander bestehe und dem Gemeinwohl diene. Insoweit sei es Teil des republikanischen Prinzips im Sinne der Definition Ciceros *„[Est igitur] res publica res populi"* (Es ist also das Gemeinwesen die Sache des Volkes). Die Staatsgewalt sei *für* das Volk auszuüben und leite sich in einer Demokratie zudem *vom* Volke ab.

Was genau Gemeinwohl sei, werde durch den Gesetzgeber ausgestaltet und leite die Anwendung des Gesetzes. Zwar sei es der Traum eines jeden Studenten im 1. Semester, dass sich jeder Einzelfall allein anhand der Methodenlehre mit dem Gesetz lösen lasse, hierbei handele es sich jedoch um den „Kinderglauben an die juristische Methodenlehre". Etwaige Lücken müssten vielmehr durch das Ethos des Gemeinwohls und der Gerechtigkeit gefüllt werden. Die Rechtsanwendung erfahre eine ethische Bindung durch das Allgemeinwohl und das Amt und dulde keine Konkurrenz, sondern erfordere Unabhängigkeit und Unbefangenheit. Insoweit gelte auch heute noch, was schon über der Tür des Ratssaales im Palast des Gouverneurs von Dubrovnik stehe: *„obliti privatorum, publica curate"* (Vergiss das Privatinteresse, sorge dich um das Gemeinwohl).

Die Amtspflichten seien ethischer Natur und müssten geregelt werden. So müsse ebenso wie im kanonischen Recht (im Corpus Iuris Canonici) gelten, dass bereits der böse Schein vermieden werde. *„Ut scandalum evitetur"* sollte jedem Amtsträger eintätowiert werden. Auch sei es wichtig, bereits im Vorfeld des Amtes Pflichten zu schaffen. Hierbei handele es sich um jenen funktionsüberschießenden Teil des Amtes, den man früher noch ehrfürchtig als „Würde des Amtes" bezeichnete.

Der Amtswalter sei zwar grundrechtsverpflichtet, aber nicht -berechtigt. Sein Amt sei ein treuhänderischer Dienst, nicht Selbstverwirklichung. Dies sei eine Bedingung für die Ermöglichung der Grundrechte (der anderen) und die Vermeidung von Willkür. Ohne eine Ämterordnung gebe es keine Grundrechte. Der säkulare Staat verlange zwar keinen Verzicht im Sinne eines Zölibats, aber eine gewisse Askese, so gelten etwa die Amtsverschwiegenheit und die Würde des Amtes auch im privaten Bereich.

Das Amt des Notars hebe sich durch seine Freiberuflichkeit von anderen Ämtern ab. Es stehe außerhalb des öffentlichen Dienstes, sei aber dennoch keine Privatsache. Da die Beurkundung keine Grundrechtsausübung sei, sondern die Ausübung von Staatsgewalt, müsse die Festlegung der Zahl und der Organisation der Notare an den Rechtsuchenden orientiert werden und der Zugang zum Notariat der Leistungsauslese des Art. 33 GG unterliegen. Die Ausübung des Amtes unterliege dem Grundrechtsschutz nur soweit der freie Beruf betroffen sei bzw. die amtsangemessene Subsistenz.

Isensee beschloss seinen Vortrag mit der Feststellung, dass das Spannungsverhältnis von öffentlichem Amt und freiem Beruf heilsam und nicht zu beklagen sei. Der Notar lebe in seiner amphibischen Existenz zwar gefährlich, dies mache aber doch auch den besonderen Reiz aus.

Am Samstagnachmittag bestand Gelegenheit, an einer Führung durch die Ausstellung zur Völkerwanderung in der Bundeskunsthalle zu dem Thema „Rom und die Barbaren" oder an einer Führung durch das benachbarte Kunstmuseum der Stadt Bonn zum Thema „Rheinischer Expressionismus und Moderne" teilzunehmen.

Nach einer kurzen Pause stand am Samstagabend der gesellschaftliche Höhepunkt der Jahresversammlung auf dem Programm: der traditionelle Galaabend im Goldenen Saal des Hotels Königshof in Bonn. Nach einem reichhaltigen Buffet spielte – wie auch schon in den Vorjahren – die Freddy Wonder Combo zum Tanz auf. Als besondere Überraschung hatte *Schmitz* zudem seine Cousine und zwei ihrer Kollegen eingeladen. Bei diesen handelte es sich um echte Bonner Springmäuse, die die Gäste mit Improvisationstheater begeisterten.

Notarassessor Dr. Martin Rüßmann, Köln

historie

Samuel Stryk – De fide instrumentorum

Das Notarinstitut der Friedrich-Schiller-Universität Jena hat im Wintersemester 2007/2008 ein Seminar zur Notariatsgeschichte durchgeführt. Das Seminar stand unter der Leitung der Institutsdirektorin Prof. Dr. Elisabeth Koch sowie des Präsidenten des Deutschen Notarvereins, Notar Dr. Oliver Vossius. Die am besten bewerteten Studenten erhalten Gelegenheit, ihre Forschungsergebnisse im notar vorzustellen. Jens Pelikowsky hat in diesem Heft den dritten Beitrag verfasst. Wenn Sie an der vollständigen Seminararbeit interessiert sind, wenden Sie sich bitte an das Notarinstitut (notarinstitut@recht.uni-jena.de).

Samuel Stryk – *De fide instrumentorum (ad D. XXII, 4)*

In seinem mehrbändigen Werk *Usus modernus pandectarum* hat sich *Samuel Stryk* auch wiederholt mit notarrechtlichen Themen befasst.

Stryk (1640–1710) genoss bereits zu Lebzeiten als Rechtswissenschaftler höchstes Ansehen und gilt bis heute als einer der bedeutendsten Juristen seiner Zeit im europäischen Rechtsraum. Er studierte ab 1658 Rechtswissenschaften in Wittenberg und Frankfurt (Oder). Hier promovierte er 1666 und wurde zum außerordentlichen Professor ernannt. 1692 wechselte *Stryk* nach Halle/Saale, wo er als leitender Professor (Ordinarius) maßgeblich zum Aufbau der Universität beitrug. Den Großteil seines *Usus modernus* hat er an diesem Ort verfasst. Das Werk gab einer ganzen Epoche der Jurisprudenz ab dem 17. Jahrhundert den Namen.

In der Quellenstelle (*Usus Modernus Pandectarum*, 7. Aufl. Halle 1745 – Über die Beweiskraft von Urkunden) kommentiert *Stryk* die Digestenstelle D. 22. 4. Er schreibt in § 12:

> *„Ich komme jetzt zu den öffentlichen Urkunden, unter denen die von Notaren errichteten feierlichen Urkunden hervorragen, die ihren Ursprung schon im römischen Recht haben, in betreff gewisser Feierlichkeiten, die hier aufzuführen sind, aber auch noch in unserer Praxis zu finden sind. (...)"*

Unter anderem untersucht er, ob es zur Wirksamkeit notarieller Urkunden notwendig ist, den genauen Ort der Beurkundung anzugeben.

Hierzu betrachtet er zunächst das geltende einheimische Recht und stellt fest, dass in § 3 der kaiserlichen Reichsnotariatsordnung von 1512 gefordert wird, dass der Notar genau die „Wahlstatt, und an welchem Ort derselben" anzugeben habe und zwar ganz konkret und nicht nur allgemein.

Als Wahlstatt wird dabei allgemein ein Ort verstanden, an dem ein Treffen stattgefunden hat, ein Gefecht, eine Schlacht. Wal bzw. Wahl meint sowohl Leiche als auch Schlachtfeld. Die Wahlstatt ist im übertragenen Sinne der Ort einer Auseinandersetzung zwischen Personen. In diesem Fall bezeichnet Wahlstatt den Ort der notariellen Beurkundung.

Stryk will dieser Regelung das römische Recht gegenüberstellen und findet heraus, dass eine entsprechende Vorschrift hier nicht vorhanden ist. Es gibt allerdings eine Stelle im *Codex Iustinianus*, die sich mit der Urkunde als Beweismittel befasst. In C. 8, 37, 14, 2 wird darauf hingewiesen, dass ein Geschäft, das in Gegenwart beider Teile abgeschlossen worden ist, dann schwieriger bestritten werden kann, wenn hierüber schriftliche Aufzeichnungen vorliegen, insbesondere Aufzeichnungen über den genauen Ort des Geschäftes, „wenn wir dort auch nicht lesen, dass es vorgeschrieben ist, dass der Ort des Ortes, wie man zu sagen beliebt, genau angegeben wird". Darin sieht *Stryk* die sehr große Nützlichkeit dieses Erfordernisses als erwiesen.

Das ist das Typische an seiner Vorgehensweise. *Stryk* untersucht die Regeln des rezipierten römischen Rechts auf ihren Sinngehalt. Sein Ziel ist dabei die Fortbildung und Anpassung des Rechts an veränderte gesellschaftliche Verhältnisse. Entgegen der damals herrschenden Lehre hält er nicht starr an der Autorität des *Corpus Iuris Civilis* fest. Stryk stellt dem römischen das einheimische Recht gegenüber. Das Ergebnis seiner Arbeit ist eine Art Verschmelzung einheimischen und römischen Rechts. Auf diese Weise ist er zu teilweise überraschenden Erkenntnissen gelangt, aus denen neue Rechtsregeln resultierten. So ist es auch in diesem Fall.

Nach Art seines *Usus modernus*, das römische Recht seiner Zeit entsprechend anzuwenden, stellt *Stryk* die Regelung der kaiserlichen Notariatsordnung der römischen Codexstelle gegenüber und kommt unter Heranziehung weiterer Gelehrtenmeinungen zu einem Ergebnis, das seiner Ansicht nach

sinnvoll ist: Einerseits ist es ein Erfordernis der Nützlichkeit, den Ort des Geschäftes genau anzugeben. Die Parteien können die Wirksamkeit der Urkunde schwerer bestreiten, wenn der Ort der Beurkundung so genau wie möglich festgehalten worden ist. Andererseits soll aber das „Unterlassen der Ortsangabe die Wirksamkeit der Urkunde nach Zivilrecht nicht hindern".

Stryk schlägt vor, wie der Notar eine solche Ortsangabe verfassen könnte, und zitiert hierzu eine Schrift des Juristen *Henricus Hahnius* (1605–1668): „e.g. daß es geschehen sey in der Stadt Helmstädt in N.N. Behausung am Marckt gelegen in der unteren Stube, dero Fenster gegen den Marckt gerichtet seyn".

Abschließend stellt *Stryk* die neue Regel auf, dass fehlende Ortsangaben nicht die Wirksamkeit der Urkunde beeinträchtigen und auch nicht deren Beweiskraft mindern, dass solche Angaben im Streitfall aber von großem Nutzen seien und daher bei der öffentlichen Beurkundung durch den Notar unbedingt vorgenommen werden sollten. Dieses *Soll* ist letztendlich das, was wir heute in Bezug auf § 9 Abs. 2 BeurkG lesen können.

Jens Pelikowsky
hat nach Abschluss seines Studiums im Mai 2008 das Referendariat in Rheinland-Pfalz begonnen.

nachrichten

Neuigkeiten – Personen – Termine

Personen

Notarkammer Bayern

Wechsel des Amtssitzes

Notar *Jens Kirchner*, nach München, zum 13.1.2009

Ausscheiden aus dem Notaramt

Notar *Dr. Gerd Lintz*, Landsberg, zum 3.1.2009

Termine

Notar und Haftung

Kolloquium des Instituts für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena und des Thüringer Notarbundes

Zeit: Freitag, 30. Januar 2009, von 15:00 bis 18:00 Uhr

Ort: Rosensäle der Friedrich-Schiller-Universität Jena

Referenten: *Professor Dr. Elisabeth Koch*, Jena, Rechtsanwältin *Romy Ahner*, Weimar, Rechtsanwalt *Kurt Bresgen*, Köln

Kontakt: Institut für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena, Carl-Zeiß-Straße 3, 07743 Jena, Tel.: 03641/942510, Fax: 03641/942512, notarinstitut@uni-jena.de

Anmeldung: Bitte beim Institut für Notarrecht bis zum 16. Januar 2009

Grundfragen des GmbH-Rechts

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maiximilians-Universität München

Zeit: Mittwoch, 4. Februar 2009, 16:00 Uhr s. t.

Ort: Forschungsstelle für Notarrecht, Geschwister-Scholl-Platz 1, 80539 München, Raum D. 209 (2. Obergeschoss)

Referenten: *Professor Dr. Holger Altmeppen*, Passau, *Professor Dr. Hans-Joachim Priester*, Hamburg, Notar *Dr. Sebastian Spiegelberger*, Rosenheim

Kontakt: Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwigs-Maximilians-Universität München, Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München, Tel.: 089/2180-1420, Fax: 089/2180-13981, E-Mail: FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de

Anmeldung: Bitte bei der Forschungsstelle für Notarrecht

literatur

Fachbücher und andere Literaturempfehlungen

Empfehlung an die EU-Kommission: The More Behavioural Economic Approach

Predictably Irrational – The Hidden Forces that Shape Our Decisions, von Dan Ariely, 1. Auflage 2008, 280 Seiten, $ 25,95, ISBN 978-0-00-725652-5, Harper Collins

Warum eine Besprechung eines Buches[1], das sich mit Verhaltensökonomik beschäftigt, in einer notariellen Fachzeitschrift? Weil es eine unterhaltsame Gelegenheit bietet, über den Tellerrand des eigenen Fachgebiets in einen Forschungsbereich zu schauen, der in den Vereinigten Staaten schon seit einigen Jahren auch und gerade Juristen interessiert und zu einer geradezu explosionsartigen Veröffentlichungswelle in der interdisziplinären Forschung geführt hat, und weil es für den Berufsstand erstaunliche Einsichten enthält![2]

U.S.-amerikanische Juristen beschäftigen sich schon seit den 70er-Jahren des vorigen Jahrhunderts mit der Schnittstelle zwischen Ökonomie und Recht. Insbesondere der Ökonom und spätere Nobelpreisträger *Ronald Coase* und der Jurist *Richard Posner* legten an der University of Chicago den Grundstein für diesen Forschungsansatz, der in den Vereinigten Staaten zu den einflussreichsten Rechtstheorien überhaupt gehört. In Deutschland ist das Interesse an dieser klassischen „Ökonomischen Analyse des Rechts" erst in den letzten Jahren gewachsen.

Wendet sich die ökonomische Forschung neuen Ansätzen zu, so wird dies in den Vereinigten Staaten – mit einer gewissen Verzögerung – auch von den an „Law & Economics" interessierten Juristen nachvollzogen. Seit den späten 1990er-Jahren ist dort deshalb – basierend auf neueren Erkenntnissen der Verhaltensökonomik – ein Forschungsgebiet entstanden, das als „Behavioral Law & Economics" bezeichnet wird. Einer der eifrigsten Wegbereiter war hier der Jurist *Cass Sunstein,* der sich als Professor an der University of Chicago unmittelbar mit den Vätern der klassischen „Ökonomischen Analyse des Rechts" auseinandersetzen konnte. Empirische Studien aus dem Bereich der Verhaltensökonomik belegen nämlich, dass menschliches Verhalten in der Realität nicht der Modellvorstellung des *homo oeconomicus* entspricht, die der klassischen „Ökonomischen Analyse des Rechts" zugrunde liegt. Interessant ist, dass die Abweichungen von diesem Modellbild häufig systematisch sind. So kann man verschiedene Phänomene benennen und durch experimentelle Studien belegen. *Sunstein* hat im Jahr 2000 unter dem Titel „Behavioral Law & Economics" einen Sammelband herausgegeben, der sich mit der Frage beschäftigt, welche Folgerungen Juristen aus den Erkenntnissen der Verhaltensökonomik für ihre Arbeit herleiten können. Seither hat die Beschäftigung U.S.-amerikanischer Juristen mit diesem Forschungsbereich zu einer explosionsartigen Entwicklung in der Fachliteratur geführt. Welchen Einfluss dieser rechtstheoretische Ansatz entwickelt hat, wird nicht nur daran deutlich, dass *Cass Sunstein,* wie die *Frankfurter Allgemeine Zeitung* im November vergangenen Jahres berichtete[3], „in den vergangenen zehn Jahren der mit Abstand meistzitierte amerikanische Jurist überhaupt war"; *Sunstein* gehört auch zum engsten Beraterkreis von *Barack Obama,* der zwischen 1992 und 2004 ebenfalls an der University of Chicago Law School als Dozent tätig war, so dass der durch die verhaltensökonomischen Erkenntnisse geprägte *„libertäre Paternalismus"*, für den *Sunstein* nach eigenen Worten steht, möglicherweise auch Eingang in die Rechtspolitik des neuen Präsidenten finden wird. Zudem gilt *Sunstein* nach dem erwähnten Bericht in der *F.A.Z.* auch als heißer Kandidat für den einflussreichen Supreme Court.

Dan Ariely, Professor für Verhaltensökonomik an der Sloan Management School des renommierten MIT in Boston, stellt nun in seinem Buch auf sehr kurzweilige und unterhaltsame Weise eine ganze Reihe solcher menschlicher Verhaltensweisen vor, die systematisch vom Verhaltensmodell des *homo oeconomicus* abweichen. Meist handelt es sich um Phänomene, die *Ariely* selbst unter die experimentelle Lupe genommen – d. h. empirisch erforscht – hat.

Angesichts der Tatsache, dass das Buch noch vor der Finanzkrise geschrieben wurde, erscheint *Arielys* verhaltensökonomische Analyse der durchschnittlichen Sparrate der Verbraucher in den Vereinigten Staaten geradezu hellseherisch. Diese Sparrate ist von einem durchschnittlich zweistelligen Prozentsatz Ende der 1970er Jahre auf derzeit –1 Prozent gefallen. *Ariely* erklärt dies mit einem ökonomisch irrationalen Verlust von Selbstkontrolle und konstatiert, dass in Europa und Japan dagegen offensichtlich eine Kultur der Vorsorge existiert, die gesamtwirtschaftlich vorteilhafter ist. Irrationale Verhaltensmuster sind demnach also u. U. auch kultur- bzw. mentalitätsabhängig und nicht beliebig zu verallgemeinern.

Eines der bekanntesten verhaltenswissenschaftlichen Phänomene, das auch *Ariely* empirisch überprüft hat, ist der *endowment effect,* im Deutschen häufig mit Besitztumseffekt übersetzt. Dieses Phänomen äußert sich darin, dass die meisten Menschen für ein bestimmtes Gut, das in ihrem Eigentum steht, einen signifkant höheren Verkaufspreis ver-

[1] Der deutsche Titel lautet etwas missverständlich": Denken hilft zwar, nützt aber nichts – Warum wir immer wieder unvernünftige Entscheidungen treffen". Das Buch ist erschienen im Droemer Verlag (ISBN 978-3-426-27429-3) und kostet € 19,95.

[2] Mehr dazu auch im Beitrag des Monats in diesem Heft.

[3] Der Beitrag erschien am 6. November 2008 im Feuilleton. Am 20., 22., 24. und 27. November gab es im Finanzteil der F.A.Z. zudem eine Serie über „Behavioral Finance", in der beschrieben wurde, wie sich verhaltensökonomische Erkenntnisse bei der Geldanlage auswirken. Alle Beiträge sind über www.faz.net (zum Teil kostenpflichtig) erhältlich.

langen, als sie im Gegenzug bereit wären, selbst dafür zu bezahlen, wenn sie nicht bereits Eigentümer wären. *Ariely* hat diesen Effekt mit Studenten getestet, die an einer Lotterie für begehrte Eintrittskarten für ein wichtiges Basketballspiel teilnahmen. Diejenigen, die eine Eintrittskarte gewonnen hatten, waren danach nur zu einem durchschnittlichen Preis von 2.400 US-$ bereit, ihre Karten zu verkaufen, während diejenigen, die leer ausgegangen waren, für eine Karte durchschnittlich 175 US-$ zu zahlen bereit waren. Nach der konventionellen ökonomischen Theorie, die dem freien Markt einen Preisbildungsmechanismus zuschreibt, ist dieses Ergebnis kaum zu erklären. Bei mehr als 100 teilnehmenden Studenten wird man wohl nicht davon ausgehen können, dass zufällig alle diejenigen, für die die Teilnahme an der Veranstaltung nicht so viel wert war, leer ausgegangen sind.

Einige weitere Phänomene, die *Ariely* untersucht hat, werden in diesem Heft im „Beitrag des Monats" genauer dargestellt.

Besonders interessant ist *Arielys* Buch, weil er völlig frei von methodischen Zwängen und praktischen Bedenken darüber sinniert, auf welche Weise die Vorhersehbarkeit der aufgezeigten Irrationalitäten genutzt werden kann, um das menschliche Verhalten dem Ideal des *homo oeconomicus* näher zu bringen. Für mangelnde Selbstkontrolle – etwa beim Sparen – schlägt er paternalistische Strukturen vor, die entweder vom Individuum selbst oder einer übergeordneten Instanz vorab festgesetzt werden, wie z. B. einen zwingenden Sparplan. Dem *endowment effect* will er damit begegnen, dass er versucht, eine gewisse Distanz zum jeweiligen Gut aufzubauen (*„as if I were a nonowner"*). Die Freiheit *Arielys* von methodischem Zwang und praktischen Bedenken mag teilweise etwas unbedarft wirken; sie ist aber gleichzeitig auch erfrischend und lädt ein, selbst über geeignete Maßnahmen nachzudenken. Ob es wirklich wünschenswert ist, menschliches Verhalten dem Modell des *homo oeconomicus* anzunähern, sei dabei dahingestellt.

Berufspolitisch spannend ist vor diesem Hintergrund der von *Ariely* empirisch belegte Befund, dass, wenn entsprechende Gelegenheiten bestehen, Menschen systematisch zu kleineren Unehrlichkeiten neigen. Offenbar wird das ethische Kontrollzentrum im Gehirn grundsätzlich erst bei gröberen Verstößen aktiv und verhindert diese. Nach *Arielys* Erkenntnissen kann die Ehrlichkeit von Menschen massiv gefördert werden, wenn im Zusammenhang mit einer Möglichkeit zu unehrlichem Verhalten an ihr Gewissen appelliert wird. Dies kann ausdrücklich geschehen, etwa durch Unterzeichnung eines Verhaltenskodex' oder indirekt, z. B. durch das in Erinnerung rufen der zehn Gebote. Der Appell oder schon der bloße Gedanke an eine moralisch-ethische Instanz bewirken offenbar jedenfalls dann eine Aktivierung der ethischen Selbstkontrolle, wenn das Individuum sich mit seinem konkreten Handeln nicht in einem rein kommerziell geprägten Marktumfeld, sondern in einer Umgebung wähnt, die jedenfalls auch stark von sozialen Beziehungen und Normen geprägt ist. In diesem Zusammenhang beklagt *Ariely*, die Deregulierung der freien Berufe in den Vereinigten Staaten habe zu einem Niedergang des Berufsethos und der Ehrlichkeit in diesen Berufen geführt. Dass damit erhöhte gesamtwirtschaftliche Kosten – etwa für die verstärkte Inanspruchnahme der Gerichte wegen vermehrter Klagen auf dieser Grundlage – einhergehen, liegt zumindest nahe. Das zuvor funktionierende System der Selbstregulierung durch die Kammern, die in den Vereinigten Staaten früher als moralisch-ethische Instanz wahrgenommen worden seien, so *Ariely*, sei aufgrund der verstärkten Marktorientierung dieser Berufe als Ehrlichkeitskontrolle und Hort des Berufsethos nicht mehr ausreichend; erfolgversprechendere Maßnahmen seien nicht zu erkennen. Der ansonsten so optimistische *Ariely* kommt hier zu folgendem Schluss: *„Sind die ethischen Verhaltensregeln im Beruf (die sozialen Normen) einmal in Vergessenheit geraten, ist es nicht einfach, sie wieder zu etablieren."*

Ob sich die Ökonomen in der Europäischen Kommission[4] wohl auch mit Verhaltensökonomik beschäftigen?

Notarassessor Dr. Guido Kordel, LL.M., Bonn

[4] Der im Titel dieser Buchbesprechung zitierte „More Economic Approach" bezieht sich auf den Beurteilungsmaßstab der Europäischen Kommission im Rahmen der Wettbewerbsaufsicht, der sich in den letzten Jahren von einer juristischen Betrachtungsweise zu einer mehr ökonomischen Argumentation hin entwickelt hat.

Mediation – ein Blick in die Praxis

Praxisbuch Mediation, hrsg. von Eva Weiler und Dr. Gunter Schlickum, 2008, 190 Seiten, 34,90 €, ISBN: 978-3-406-57335-4, C.H. Beck Verlag

Die Mediation als Ausdrucksform einer neuen Streitkultur erfreut sich zunehmender Beliebtheit, was sich unter anderem in der Vielzahl der mittlerweile erhältlichen Ausbildungsangebote widerspiegelt. Dieser Menge steht jedoch nur eine begrenzte Anzahl von Praxisfällen gegenüber. Dies und der Umstand, dass Mediation grundsätzlich in vertrautem Rahmen stattfindet, erschwert es jungen Mediatoren und Interessierten, eine Mediation als Beobachter unmittelbar mitzuerleben. Das vorliegende Buch setzt sich zum Ziel, dieses Defizit durch die schrittweise Darstellung von Praxisfällen auszugleichen und seinen Lesern einen „Blick hinter die Kulissen" zu ermöglichen.

Das Werk ist in drei Teile und einen Anhang gegliedert:

Im ersten Teil werden die allgemeinen Grundlagen der Mediation behandelt, wie beispielsweise ihre Grundsätze, der Ablauf des Verfahrens, das „Setting" sowie die Kommunikations- und Fragetechniken. Die Ausführungen sind sehr gut lesbar und die Darstellung klar und übersichtlich. Dank der Anreicherung des Textes mit zahlreichen Formulierungsbeispielen, Hinweisen und Praxistipps verbleibt es nicht bei einer rein theoretischen Schilderung, sondern dem Leser wird in bemerkenswerter Weise ein Eindruck von der Bedeutung der einzelnen Themenfelder in der Praxis vermittelt.

Im zweiten Teil werden die typischen Anwendungsgebiete, das Berufsbild des Mediators und die bestehenden Aus- und Fortbildungsangebote betrachtet. Erfreulich ist hier, dass dem Thema „Supervision" ein eigener Kurzfall gewidmet ist,

was das Verständnis dieses im allgemeinen Sprachgebrauch umherirrenden Begriffs sicherlich erleichtert.

Teil 3 widmet sich der praktischen Seite der Mediation und bildet den Schwerpunkt des Buches. Die Autoren stellen in diesem Kapitel elf Mediationsfälle aus den Bereichen Ehe bzw. nichteheliche Lebensgemeinschaft, Familie, Scheidung, Schule, Arbeitsplatz, Wirtschaft sowie Gesellschafts- und Strafrecht vor, und zwar vier eigene Fälle und sieben Fälle von Kolleginnen und Kollegen.

Den Fällen vorangestellt ist jeweils eine Kurzzusammenfassung, die Charakter und Thema der Mediation stichpunktartig veranschaulicht, sowie eine abschließende Anmerkung, in der die jeweils angewandten Methoden und Besonderheiten des Falles skizziert werden. Die Fälle sind so gewählt, dass eine breite Palette von unterschiedlichen Beteiligten, Interessen und Bedürfnissen, die Kreativität der Lösungen und die unterschiedliche Herangehensweise der einzelnen Mediatoren (u. a. Richter, Rechtsanwälte, Sozialpädagogen, Journalisten, Schüler) aufgezeigt wird. Besonders hilfreich sind die teilweise weiterführenden Hinweise, in denen am jeweiligen Einsatzort auf die im Einzelnen angewendeten Methoden verwiesen wird. Hierdurch wird dem im psycho-sozialen Bereich noch nicht vorgebildeten Leser, die Möglichkeit geboten, sich die im ersten Teil erläuterten Kommunikationsformen und -techniken im Zusammenhang zu erschließen. Der im ersten Teil dargestellte Werkzeugkoffer, der aus sich heraus nur dem erfahrenen Mediator verständlich sein dürfte, wird so mit Leben gefüllt (besonders gelungen im Rahmen der Fälle 1 und 6).

Abgerundet wird das Buch durch den 34 Seiten umfassenden Anhang, in dem eine Zusammenstellung von Dokumenten und Hilfsmitteln, wie dem Muster eines Mediationsvertrages sowie die wesentlichen Richtlinien und Standards für Deutschland, Österreich und die Schweiz, enthalten ist.

Das Werk vermag dem Leser in gelungener Weise und mit geringem Zeitaufwand einen ersten Eindruck von der Theorie und den vielfältigen praktischen Anwendungsmöglichkeiten der Mediation zu verschaffen, so dass es vor allem für Einsteiger empfehlenswert erscheint. Dem erfahreneren Leser ermöglicht es, sein Wissen aufzufrischen und sich insbesondere die Kommunikationsformen und -techniken nochmals praxisnah zu veranschaulichen. Schlussendlich bietet das vorliegende Werk einen hilfreichen Anreiz, mediative Elemente in die eigene (notarielle) Arbeit mit einzubinden und die eigene Kommunikation zu verfeinern.

Notarassessorin Dr. Christine Kaufmann, Köln

schlussvermerk

Vorlesen! Genehmigen! Unterschreiben!

Bereits im notar 8-2008 wurde Teil 1 der Reihe „Der Notar in Oper und Operette – ein Berufsstand auf der Bühne" veröffentlicht. Teil 2 beschäftigt sich mit einer der bekanntesten und beliebtesten Operetten, nämlich der „Fledermaus", in der ein Notar im Mittelpunkt der Handlung steht. Der Autor hat freundlicherweise eine Diskografie beigefügt. Seine Empfehlungen finden Sie in diesem Beitrag.

Der Notar in Oper und Operette – ein Berufsstand auf der Bühne

Teil 2: Die Rache des Notars „Dr. Fledermaus" mit Amtssitz in Weinheim

Nur zwei Notare haben es auf den Besetzungslisten von Opern und Operetten an die Spitze gebracht. In „Rienzi, der letzte der Tribunen" (1842) von *Richard Wagner* steht die politische Arbeit des päpstlichen Notars *Cola di Rienzi* als römischer Volkstribun im Mittelpunkt. Dass er Notar ist, erfahren wir aus dem Libretto nur an einer einzigen Stelle:

> *„Komm morgen in mein Schloss, Signor Notar, und hol dir Geld für deine schön studierte Rede!"*

Auch in der Operette „ Die Fledermaus" (1874) von *Johann Strauß* (Sohn) erfahren wir über den Notar *Dr. Falke* in beruf-

Szenenfoto aus einer Inszenierung der Staatsoperette Dresden: Die Freunde Notar *Dr. Falke und Gabriel von Eisenstein* sitzen hier noch friedlich beisammen, aber *Dr. Falke* sinnt auf Rache.

Szenenfoto aus einer Inszenierung der Staatsoperette Dresden: *Ida* und *Dr. Falke* im Schlussakt.

licher Hinsicht nur, dass er seinen Amtssitz in Weinberg hatte. Er handelte sich dort den Spitznamen *„Dr. Fledermaus"* ein, weil er nach einem Maskenball, bei dem er sich als Fledermaus kostümiert hatte, sternhagelvoll betrunken von seinem Freund *Eisenstein* unter einem Baum liegen gelassen wurde und nach dem Aufwachen bei hellem Tag zum Gaudi aller Kinder nach Hause laufen musste. *Herr von Eisenstein* erzählt die Geschichte wie folgt:

„Auf einem Schlosse, zwei Meilen von unserem Städtchen, gab die Herrschaft einen Maskenball, zu dem wir auch eingeladen waren. Ich maskierte mich als Papillon, und der Doktor als Fledermaus. ... Ganz eingenäht in ein braunes Fell, lange Krallen, breite Flügel und einen ungeheuren gelben Schnabel. ... Wir fuhren in einem Fiaker miteinander auf den Ball, unterhielten uns köstlich; ich wollte mir jedoch einen Extrajux leisten und trank unserem Doktor fleißig zu, so dass er gegen Morgen kanonenvoll betrunken war. Dann legte ich ihn in den Wagen, fuhr mit ihm in ein kleines Gehölz, bettete ihn unter einen Baum und machte mich aus dem Staub. Er merkte davon nichts, sondern schlief wie ein Murmeltier. ... Als er endlich erwachte, musste er bei hellem, lichtem Tag als Fledermaus zum Gaudium aller Schulkinder in die Stadt marschieren, bis er endlich unter starker Begleitung seine Wohnung erreichte."

Aus der Sicht der Notaraufsicht ist das Verhalten *Dr. Falkes* als Notar übrigens nicht einwandfrei, da es die Würde des Standes zu beeinträchtigen geeignet ist. Man kann ihm zwar nicht die Verkleidung als Fledermaus vorwerfen, wohl aber den Umstand, dass er sich dem Alkohol in einem solchen Übermaße hingegeben hat. *Dr. Falke*, alias Dr. Fledermaus, müsste daher nach heutigem Recht mit einer Disziplinarmaßnahme rechnen.

Die Operette *„Die Fledermaus"* handelt von nicht mehr und nicht weniger als von der Rache des Notars *Dr. Falke* mit dem Amtssitz in Weinheim für die ihm so zugefügte Schmach durch *Herrn von Eisenstein*. Die Operette gipfelt in einem rauschenden und champagnerseligen Fest beim *Grafen Orlovsky* und endet – natürlich im Gefängnis, das beschönigend als „Vogelhaus" tituliert wird. Der Notar *Dr. Falke* schafft es durch ein – aus standesrechtlicher Sicht ebenfalls zu verurteilendes – äußerst intrigantes Verhalten, *Eisenstein* zu einem Tête-à-Tête mit seiner eigenen Frau *Rosalinde* beim Ball zu verführen, die *Eisenstein* nur wegen ihrer Maske nicht erkennt. Es ist zwar schwer vorstellbar, dass *Eisenstein* seine Frau nicht erkennt. Aber es ist halt Operette!

Verübeln muss man dem Berufskollegen *Dr. Falke* allerdings seine mit krimineller Energie entwickelte Intrige, vor allem aber, dass er das Stubenmädchen *Adele* des *Herrn von Eisenstein* durch einen Brief zum gleichen Ball lädt, in dem er die Unterschrift von deren Schwester *Ida* fälscht – ein schier ungeheuerliches Verhalten für einen Notar.

Dennoch kann selbst Notaren der Besuch einer Aufführung dieser unterhaltsamen Operette empfohlen werden, enthält sie doch zugleich eine unbezahlbare Werbung für die Qualitäten des Berufsstandes, jedenfalls gemessen am Niveau der Advokaten: Dem Notar mit dem Namen *Dr. Falke*, also dem Sinnbild des Scharfsichtigen, steht ein Advokat gegenüber, der nicht nur ungeschickt ist und stottert, sondern auch noch so heißt, wie er sich verhält, nämlich *Blind*. So singt *Herr von Eisenstein* zu seiner Frau *Rosalinde*:

„Ach, mit solchen Advokaten
Ist verkauft man und verraten!"

Der Advokat *Blind* lässt sich das natürlich nicht gefallen und ist geschäftstüchtig genug, umgehend seine Dienste für eine Fortsetzung des Prozesses anzubieten:

„Wenn Sie nur erst wieder frei,
Prozessieren wir aufs neu,
Und ich werde Ihnen dann schon zeigen, was ich kann:
Rekurrieren, appellieren, reklamieren,
Revidieren, rezipieren, subvertieren,
Devolvieren, insolvieren, protestieren,
Liquidieren, exzerpieren, extorquieren,
Arbitrieren, resummieren, exkulpieren,
Inkulpieren, kalkulieren, konzipieren ..."

Mit solchen Fähigkeiten der Advokaten können wir Notare wahrlich nicht ... *konkurrieren!*

Diskografie zu diesem Beitrag:

Johann Strauss II (1825–1899), Die Fledermaus, 2 CD, AAD, Aufnahme 1955, Künstler: Schwarzkopf, Streich, Gedda, Kunz, Krebs, Londoner Philharmonia Orchestra unter Leitung von Herbert von Karajan, Label: Line

Johann Strauss II (1825–1899), Die Fledermaus, 2 CD, ADD, Aufnahme 1960, Künstler: Kmentt, Güden, Köth, Berry, Wächter, Tebaldi, Price, Sutherland, Wiener Philharmoniker unter Leitung von Herbert von Karajan, Label: Decca

Johann Strauss II (1825–1899), Die Fledermaus, 2 CD, ADD, Aufnahme 1971, Künstler: Rothenberger, Fischer-Dieskau, Fassbaender, Gedda, Streich, Berry, Wiener Symphoniker unter Leitung von Willi Boskovsky, Label: EMI

Johann Strauss II (1825–1899), Die Fledermaus, 2 CD, ADD, Aufnahme 1975, Künstler: Varady, Popp, Prey, Rebroff, Kollo, Bayrisches Staatsorchester unter Leitung von Carlos Kleiber, Label: DGG

Richard Wagner (1813–1883), Rienzi, 3 CD, ADD/LA, Aufnahme 1983, Künstler: Kollo, Studer, Rootering, Janssen, Brinkmann, Bayerisches Staatsorchester unter Leitung von Wolfgang Sawallisch, Label: Orfeo

Im dritten Akt kommt es zu einem unerfreulichen Akt der Amtsanmaßung, gibt sich doch der als Advokat verkleidete *Herr von Eisenstein* gegenüber seiner Frau *Rosalinde* und deren Jugendfreund *Alfred* als Notar aus, wobei man dem Librettisten vorwerfen muss, dass er den Unterschied zwischen einem Notar und einem Advokaten offensichtlich überhaupt nicht begriffen hat. Trotzdem handelt es sich dabei um eine der amüsantesten Stellen dieser ohnehin unterhaltsamen Operette. Als *Rosalinde* und ihr Jugendfreund *Alfred* von dem späten und ungebührlichen Soupé im Hause *Eisenstein* berichten, das *Alfred* letztlich ins Gefängnis gebracht hat, fährt *Eisenstein* – als Advokat verkleidet, aber als Notar tituliert – vor Wut schier aus seiner Haut:

EISENSTEIN
Ein Glück, dass es so kam,
Sie handelten infam!

ALFRED
Was kommt denn Ihnen in den Sinn?
Sie soll'n mich ja verteid'gen!

EISENSTEIN
Verzeih'n Sie, wenn ich heftig bin,
Der Gegenstand reißt so mich hin.
Ich wollt' Sie nicht beleid'gen, nein,
Ich will Sie ja verteid'gen!

ROSALINDE und ALFRED
Mein Herr Notar, das war fürwahr
Sehr sonderbar, sehr sonderbar!
Nur ruhig Blut, denn solche Wut
Macht sich fürwahr nicht gut!

Da kann man *Rosalinde* und *Alfred* allerdings nur zustimmen: Wut passt so gar nicht zum Berufsbild eines Notars!

Am Ende dieser Operette versöhnen sich alle. Weil niemand schuld sein will, schieben alle diese auf den Champagner, der in dieser Operette im Übermaß genossen wird. An dieser Stelle verdient hervorgehoben zu werden, dass zumindest in diesem Punkte das Verhalten des Notars *Dr. Falke* untadelig ist – er ist zwar rachsüchtig, aber stocknüchtern – bis zum Schluss! Zumindest in dieser Hinsicht taugt *Dr. Fledermaus* als Vorbild für Jungnotare.

Notar Dr. Wolfgang Litzenburger, Mainz

notar bene

Das zeitgemäße Notariat zeichnet sich auch durch die Beantwortung englischsprachiger Anfragen aus.