



**XXIII. Kongress des lateinischen Notariats
Bericht der deutschen Delegation**



Notar Professor Dr. Reinhold GEIMER, München

**Die Freizügigkeit der notariellen Urkunde -
ihre Wirkung als Rechtstitel im Rechtsverkehr**

Inhalt

A.	Grundlegung	7
I.	Überblick über die Aufgaben des Notars	7
II.	Kernbereich der notariellen Tätigkeit	8
III.	Mediations-, Schlichtungs- und Schiedsverfahren	8
IV.	Steuerberatung	9
V.	Die vom deutschen Recht vorgesehenen Formalalternativen	9
	1. Schriftform	9
	a) Lex lata	9
	b) De lege ferenda: Herabstufung auf bloße Textform	9
	c) De lege ferenda: Elektronische Signatur als Alternative zur eigenhändigen Unterschrift	10
	d) Erklärungen in Grundbuch- und Registerverfahren	10
	2. Öffentliche Beglaubigung der Unterschrift	11
	3. Notarielle Beurkundung	11
VI.	Elektronische Urkunden	11
VII.	Beurkundung von Tatsachen	12
VIII.	Amtssprache	12
IX.	Folgen der Nichtbeachtung der Form, Sinn und Zweck der Formvorschriften	12
B.	Wirkungen notarieller Urkunden	14
I.	Der archimedische Punkt: Einbettung der Wirkungen einer Notar- urkunde in eine bestimmte Rechtsordnung	14

1.	Aus der Sicht des deutschen Rechts	14
2.	Aus der Sicht ausländischer Rechtssysteme	14
II.	Beweiswirkung	14
III.	Keine res iudicata-Wirkung	17
IV.	Notarielle Urkunden als Basis der Rechtstransaktion und Rechtsbegründung bzw. Rechtsfeststellung	17
1.	Immobiliarrecht	17
a)	§ 313 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs	17
b)	§ 29 der deutschen Grundbuchordnung	18
2.	Gesellschaftsrecht und Recht der juristischen Personen	18
a)	Gründung von Gesellschaften und juristischen Personen	18
b)	Übertragung von Geschäftsanteilen an Gesellschaften mit beschränkter Haftung	20
c)	Anmeldungen zum Handelsregister	20
d)	Gründung von Personengesellschaften	20
e)	Filterfunktion durch Mitwirkung des Notars	21
3.	Erbrechtliche Angelegenheiten	22
a)	Kooperation des Notars mit dem Nachlassgericht	22
b)	De lege ferenda: Erteilung von Erbscheinen durch Notare	23
c)	De lege ferenda: Zuständigkeit der Notare für die besondere amtliche Verwahrung von Testamenten und für die Eröffnung der bei dem Notar verwahrten Verfügungen von Todes wegen	23
d)	Elektronisch geführte zentrale Testamentsdatei	24
V.	Vollstreckungswirkung notarieller Urkunden	24
VI.	Exequaturerteilung durch die Notare anstelle der staatlichen Gerichte	25
1.	Vollstreckbarerklärung von Anwaltsvergleichen	25
2.	Vollstreckbarerklärung von Schiedssprüchen	26
a)	De lege lata	26
b)	De lege ferenda	27
VII.	Versuch der außergerichtlichen Streitbeilegung durch den Notar als Voraussetzung für den Zugang zu den Gerichten	27
VIII.	Weitere Justizentlastung durch die Notare	28
1.	Gewährung von Grundbucheinsichten	28
2.	Elektronischer Verkehr mit Grundbuchämtern und Registergerichten	28

IX.	Kostensenkende Wirkung der Tätigkeit des Notars	28
	1. Grundstückstransaktionskosten	28
	2. Kostenersparnis aufgrund Streitvermeidung	29
C.	Der Notar im Leben der Menschen	30
I.	Vater- und Mutterschaftsanerkennungen und sonstige Rechtsgeschäfte des Kindschaftsrechts, insbesondere Annahme an Kindes statt	30
II.	Eheverträge und sonstige Vereinbarungen zwischen Verlobten und Ehegatten	30
III.	Testamente, Erbverträge und sonstige erbrechtliche Rechtsgeschäfte	31
	1. Beurkundungszwang für Erbverträge	31
	2. Bedeutung des Steuerrechts für die Gestaltung der Verfügungen von Todes wegen	31
	3. Bedeutung des internationalen Privatrechts (Kollisionsrechts) für die Gestaltung der Verfügungen von Todes wegen	31
IV.	Erbaueinandersetzen	32
V.	Erfüllung von Vermächtnissen	32
VI.	Erbschaftsausschlagungen	33
VII.	Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten	33
	1. Grundsatz	33
	2. Ausnahme	33
VIII.	Erb-, Pflichtteils- und Zuwendungsverzichtsverträge	33
IX.	Erbschafts Kaufverträge und ähnliche Veräußerungsverträge	34
X.	Abtretung von Erbanteilen	34
XI.	Vorweggenommene Erbfolge	34
XII.	Erwerb von Grundbesitz für das Familienheim	35
XIII.	Nichteheliche Lebensgemeinschaften	35
	1. Rechtsbeziehungen unter den Lebensgefährten	35
	2. Rechtsbeziehungen zu den Kindern	35
XIV.	Registrierte gleichgeschlechtliche Gemeinschaften	36
D.	Der Notar als Ansprechpartner der Kaufleute und Unternehmen	37
I.	Gründung, Kapitalerhöhungen und Satzungsänderungen bei Kapitalgesellschaften	37
II.	Umwandlungen	37

III.	Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge und sonstige Unternehmensverträge	38
IV.	Unternehmenskaufverträge	39
E.	Internationalrechtliche Fragestellungen	40
I.	Ermittlung ausländischen Rechts	40
II.	Urkundsgewalt der Notare	40
III.	Internationale Zuständigkeit	40
	1. Keine Begrenzung des Handlungsspielraums des Notars wegen internationaler Bezüge des Gegenstands seiner Beurkundung	40
	2. Ausschließliche internationale Zuständigkeiten für deutsche Notare	41
	a) Eigentumsübertragungen an deutschen Grundstücken (Auflassungen)	41
	b) Ausstellung von Teilhypotheken- und Teilgrundschuldbriefen	41
	c) Versteigerung von unbeweglichen Sachen	41
	a) Gesellschaftsverträge, Satzungen, Satzungsänderungen, Umwandlungen sowie die Übertragung des Vermögens deutscher Kapitalgesellschaften	41
IV.	Echtheit ausländischer Urkunden	42
V.	Wirkungen ausländischer Urkunden	43
VI.	Locus regit formam actus (auctor regit actum): Ortsrecht als Alternative zu der vom Geschäftsstatut vorgeschriebenen Form	43
	1. Art. 9 des Europäischen Vertragsrechtsübereinkommens und Art. 11 des Einführungsgesetzes zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB)	43
	2. Folgen einer Rechtswahl für die Formfrage	43
	3. Anwendungsbereich	44
	a) Sachenrechtliche Übertragungs- bzw. Bestellungsakte	44
	b) Rechtsgeschäfte und Rechtsvorgänge, welche die Organisation deutscher Gesellschaften und juristischen Personen betreffen	44
	c) Errichtung von Testamenten und Erbverträgen	45
VII.	Lex fori - Grundsatz	45
F.	Internationale Durchsetzung vollstreckbarer Urkunden	47
I.	Grundprinzip: Notwendigkeit der Vollstreckbarerklärung	47

1. Keine Anerkennung der ausländischen Vollstreckbarkeit durch Wirkungserstreckung	47
2. Exequatur als Gestaltungsakt	48
3. Wirkungen der Vollstreckbarerklärung	49
II. Vollstreckbarerklärung ausländischer vollstreckbarer Urkunden nach deutschem autonomem Recht	49
1. § 794 Abs. 1 Nr. 5 der deutschen Zivilprozessordnung	49
2. Vorschlag: Analoge Anwendung der §§ 722 und 723 der deutschen Zivilprozessordnung	50
3. Exkurs: Der liberale Standpunkt anderer Rechtsordnungen zur Frage der Vollstreckbarerklärung ausländischer vollstreckbarer Urkunden	51
4. Zusammenfassung	51
III. Völlige Freizügigkeit der vollstreckbaren Urkunden durch Abschaffung des Exequaturerfordernisses?	51
IV. Brüsseler und Luganer Konvention sowie Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen	52
1. Vollstreckbarerklärung gemäß Art. 50 EuGVÜ/LugÜ bzw. Art. 57 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22. Dezember 2000	53
2. Begriff der öffentlichen Urkunde im Sinne von Art. 50 EuGVÜ/LugÜ und Art. 57 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001	53
3. Vorbehaltlose Vollstreckungspflicht	54
V. Einzelheiten der Vollstreckbarerklärung	55
1. Voraussetzungen für die Vollstreckbarerklärung	55
a) Echtheit der ausländischen Notarurkunde und deren Vollstreckbarkeit nach dem Recht des Erststaates	55
b) Urkundsgewalt des ausländischen Notars	55
2. Keine Prüfung der internationalen Zuständigkeit des Erststaates	56
a) Autonomes deutsches Recht	56
b) Brüsseler und Luganer Übereinkommen sowie Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen	57

3. Die Vereinbarkeit des Titels mit dem ordre public des Zweitstaates	58
VI. Der Ausnahmekatalog des Art. 1 Abs. 2 Nr. 1 des Brüsseler und Luganer Übereinkommens sowie der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22. Dezember 2000	58
VII. Keine Vollstreckbarerklärung öffentlich-rechtlicher Titel	59
VIII. Vollstreckbarerklärungsverfahren	59
IX. Einwendungen des Schuldners	60
1. Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel	60
2. Einwendungen gegen den materiellen Anspruch	60
a) Feststellungsklage	60
b) Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) und vergleichbare Oppositionsklagen	60
X. Schadensersatz wegen ungerechtfertigter Vollstreckung	62
XI. Folgen der Verweigerung des Exequatur	62
XII. Globales Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen	63
G. Territoriale Grenzen des Exequatur: L'exequatur sur l'exequatur ne vaut	65
H. Thesen	65

Wirkungen der Urkunden und sonstigen Akte der Notare aus deutscher Sicht

A. Grundlegung

I. Überblick über die Aufgaben des Notars

Im folgenden soll von den Wirkungen der Urkunden und sonstigen Akte deutscher und ausländischer Notare aus deutscher Sicht die Rede sein. Dabei fasse ich den Begriff nicht zu eng und erwähne auch Tätigkeiten des deutschen Notars, die sich nicht in einer Urkunde manifestieren.

Zu den Aufgaben des Notars gehört in Deutschland nicht nur die Beurkundungstätigkeit, sondern auch die Erledigung vieler sonstiger Aufgaben der vorsorgenden Rechtspflege. Wenn man diese in einer Generalklausel zusammenfassen möchte, so könnte man etwa wie folgt formulieren: Dem Notar obliegt diejenige Rechtsbetreuung, die durch rechtskundige Mitwirkung bei der Gestaltung privater Rechtsbeziehungen (Begründung, Änderung und Aufhebung von Rechten) deren Sicherung und Schutz sowohl im Interesse der privaten Beteiligten als auch im öffentlichen Gemeinwohlinteresse der Rechtssicherheit und der Streitverhütung dient.¹ Eine erschöpfende Aufzählung ist nicht möglich; der Begriff ist vielmehr unter der genannten Zielvorgabe gegenstands offen.

Zur vorsorgenden Rechtspflege zählt insbesondere die Vertragsgestaltung, und zwar auch in den Fällen, in denen das Gesetz die zwingende Mitwirkung des Notars nicht vorsieht. Weiter gehören hierzu alle Maßnahmen zur rechtlichen Umsetzung von Rechtsgeschäften, die sog. „Vollzugstätigkeiten“, die teilweise gesetzlich normiert sind, deren Bedeutung in der Praxis aber über diesen Pflichtvollzug bei weitem hinausgehen.² Zur Vollzugstätigkeit gehört insbesondere auch die Mitteilung des Notars über die Fälligkeit des Kaufpreises bei Kaufverträgen, die Einholung von Teilungsgenehmigungen und von sonstigen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen, z.B. nach dem Grundstücksverkehrsgesetz, nach der Grundstücksverkehrsordnung, die Einholung von Löschungsunterlagen, die Überwachung der Kaufpreiszahlung, die Einholung von Personenstandsurkunden.

Ein ganz wichtiger Teilbereich der notariellen Tätigkeit ist auch die notarielle Verwahrung (Hinterlegung von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten). Hinzu kommt das förmliche Vermittlungsverfahren bei Erbaueinandersetzungen und bei der Sachenrechtsbe-

¹ Frenz in Eylmann/Vaasen, Bundesnotarordnung-Beurkundungsgesetz, 2000, BNotO § 1 Rz 11.

² § 51 Beurkundungsgesetz (BeurkG).

reinigung. Damit ist aber noch nicht das gesamte Wirkungsfeld des Notars umschrieben. Der Notar kann auch Zustellungen vorzunehmen, er kann Wechsel- und Scheckproteste errichten, er kann Bescheinigungen über das Lebensalter erstellen usw.

II. Kernbereich der notariellen Tätigkeit

Kernbereich der konfliktvermeidenden und damit die Justiz entlastenden Tätigkeit des Notars ist die Beurkundung von Rechtsgeschäften, die Beratung und Betreuung der Beteiligten im Vorfeld der Beurkundung sowie bei dem Vollzug des beurkundeten Rechtsgeschäfts, also die Eintragung im Grundbuch bzw. im Handelsregister. Im Beurkundungsverfahren erörtert der Notar konfliktträchtige Punkte und bemüht sich im Dialog mit den Beteiligten um eine angemessene die gegensätzlichen Interessen ausgleichende Regelung. Durch seine Urkunde sorgt der Notar dafür, dass Rechtsstreitigkeiten vermieden werden.

III. Mediations-, Schlichtungs- und Schiedsverfahren

In diesen Zusammenhang gehören auch das Mediationsverfahren und das Schiedsverfahren. Die schiedsrichterliche Tätigkeit ist nach § 8 Abs. 4 der deutschen Bundesnotarordnung (BNotO) dem Notar ohne weitere Genehmigung gestattet.

Notare können auch freiwillige Schlichtungsverfahren durchführen. Sie sind für diese Art der außergerichtlichen Streitbeilegung als rechtskundige unparteiische Sachwalter besonders geeignet. Gemeinsame Funktion dieser Verfahren ist die Entschärfung und Lösung von Konflikten durch neutrale Beratung und Erörterung durch den Notar als Träger eines (dem Richter wesensverwandten) öffentlichen Amtes zur Vermeidung von streitigen Auseinandersetzungen vor den Gerichten. Dies entlastet die Justiz und dient dabei gleichermaßen dem Gemeinwohl und den wohl verstandenen Interessen der Beteiligten. Hier liegt ein „natürliches“ Betätigungsfeld für Notare, die als zur Unparteilichkeit und Unabhängigkeit verpflichtete Träger eines öffentlichen Amtes besonders gut geeignet sind, solche gerichtsnahen Funktionen zur Entlastung der Justiz zu übernehmen.

Die Bundesnotarkammer unterstützt dieses Anliegen nachdrücklich. Sie hat für die Schlichtung durch die Notare eine Güteordnung zur Verfügung gestellt. Weiter hat sie eine Muster-Schiedsvereinbarung veröffentlicht, welche der Notar auf Wunsch der Beteiligten in seine Urkunde integrieren kann, um bei später auftretendem Streit zwischen den Parteien eine Entscheidung durch das Schiedsgericht zu ermöglichen. Nach der Emp-

fehlung der Bundesnotarkammer sollen nach Möglichkeit bereits bei der Beurkundung die Schiedsrichter namentlich benannt werden.

Neben der Bundesnotarkammer hat sich auch der Deutsche Notarverein mit Sitz in Berlin mit den Themen notarielle Schlichtung und Schiedsrichtertätigkeit beschäftigt. Er hat ein institutionelles Schiedsgericht unter der Bezeichnung „Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof deutscher Notare“ eingerichtet.

IV. Steuerberatung

Der Notar darf umfassend rechtsberatend tätig sein, also auch in Fällen, in denen eine notarielle Beurkundung nicht vorgeschrieben ist. Auch darf er über Steuern beraten, ist jedoch hierzu nicht verpflichtet. Der Notar ist kein Steuerberater. Er ist zur Steuerberatung berechtigt, jedoch nicht verpflichtet.

Gleichwohl spielt bei seiner Tätigkeit das Steuerrecht eine große Rolle für die Gestaltung seiner Verträge und Urkunden. Man kann von einer Interdependenz zwischen Zivil- und Steuerrecht sprechen. Steuerliche Konzeptionsmängel können erhebliche Schäden auslösen. Deshalb ist es wichtig, dass der Notar entweder von vornherein klarstellt, dass er für die steuerliche Auswirkungen der Beurkundung keine Haftung übernimmt und empfiehlt, einen Steuerberater beizuziehen; übernimmt er jedoch die steuerliche Beratung, so haftet er auch für negative steuerliche Folgen.

V. Die vom deutschen Recht vorgesehenen Formalalternativen

Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) kennt folgende Formen:

1. Schriftform

a) Lex lata

Bei der Schriftform muss die Urkunde vom Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden. Einen Vertrag müssen die Parteien auf derselben Urkunde unterzeichnen. Werden für den Vertrag mehrere gleichlautende Urkunden aufgenommen, so genügt es nach § 126 Abs. 2 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB), wenn jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet.

b) De lege ferenda: Herabstufung auf bloße Textform

Es ist klar, dass das Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift ein Hindernis für den elektronischen Geschäftsverkehr ist. Daher will der Gesetzgeber die Schriftform in vielen

Fällen auf die bloße Textform herabstufen. Diese gegenüber der Schriftform erleichterte Form verlangt nur noch eine in lesbaren Schriftzeichen fixierte Erklärung. Eine eigenhändige Unterschrift ist nicht erforderlich. Diese unterschriftslose Form soll den Rechtsverkehr vereinfachen.

Die Textform soll die strengere Schriftform in den Bereichen ablösen, in denen es sich um Erklärungen ohne erhebliche Beweiswirkung sowie mit nicht erheblichen oder leicht wieder rückgängig machbaren Rechtsfolgen handelt und es keiner Warnfunktion für den Erklärenden bedarf, welche der Schriftform durch das Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift immanent ist.

So verbleibt es bei der Schriftform für Versprechen einer Leibrente nach § 761 BGB, für Bürgschaften (§ 766 BGB), abstrakte Schuldversprechen (§ 780 BGB) und abstrakte Schuldanerkenntnisse (§ 781 BGB). Hier hat das Schriftformerfordernis vorwiegend Warnfunktion. Der Schuldner soll vor Übereilung geschützt werden.

Die Textform ist – da die Unterschrift des Erklärenden entfällt – nicht wie die Schriftform an das Papier gebunden; auch ein elektronisches Dokument ist hierfür geeignet.

c) De lege ferenda: Elektronische Signatur als Alternative zur eigenhändigen Unterschrift

Auch soll eine neue elektronische Form als Option zur Schriftform eingeführt. An die Stelle der eigenhändigen Unterschrift tritt die elektronische Signatur. Soll die gesetzlich vorgeschriebene schriftliche Form durch die elektronische Form ersetzt werden, so muss der Aussteller der Erklärung dieser seinen Namen hinzufügen und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen.

Bei einem Vertrag müssen die Parteien jeweils ein gleichlautendes Dokument in der vorbezeichneten Weise elektronisch signieren. Dies sieht der Entwurf für einen neuen § 126a BGB vor. Die elektronische Signierung substituiert mithin die eigenhändige Unterschrift.

d) Erklärungen in Grundbuch- und Registerverfahren

In Papierform sollen aber zunächst solche Erklärungen bleiben, für welche das einschlägige Verfahrensrecht einen schriftlichen Antrag vorsieht, wie derzeit noch im Grundbuch – und Registerverfahren. Künftig sollen aber die technischen und rechtlichen Voraussetzungen für die elektronische Führung der Grund- und Registerakten geschaffen werden, so dass auch mit dem Grundbuchamt und dem Registergericht der elektronische Rechtsverkehr möglich wird.

2. Öffentliche Beglaubigung der Unterschrift

Schreibt das Gesetz für eine Erklärung öffentliche Beglaubigung vor, so muss die Erklärung schriftlich abgefasst und die Unterschrift des Erklärenden von einem Notar beglaubigt werden, § 129 BGB. Wird die Erklärung von dem Aussteller mittels Handzeichen unterzeichnet, so ist die bereits für die Schriftform in § 126 Abs. 1 BGB vorgeschriebene notarielle Beglaubigung des Handzeichens erforderlich und genügend.

3. Notarielle Beurkundung

Das Beurkundungsverfahren regelt das Beurkundungsgesetz (BeurkG). Vor dem Notar findet eine Verhandlung statt, in der die Beteiligten die zu beurkundenden Willenserklärungen abgeben, § 8 BeurkG.

Anders als bei der Schriftform (§ 126 Abs. 2 BGB) kann bei der notariellen Beurkundung eines Vertrags Angebot und Annahme getrennt beurkundet werden, und zwar auch von verschiedenen Notaren (an verschiedenen Orten), § 128 BGB.³

Die notarielle Beurkundung ist die „stärkste“ Form. Sie ersetzt die Schriftform und die öffentliche Beglaubigung, §§ 126 Abs. 3, § 128 Abs. 2 BGB.

VI. Elektronische Urkunden

Über die Beurkundungsverhandlung vor dem Notar ist nach §§ 8 ff. des deutschen Beurkundungsgesetzes (BeurkG) eine Niederschrift zu errichten. Diese ist vom Notar unter Beifügung seines Siegels zu unterschreiben, bei der Beurkundung von Willenserklärungen ist die Niederschrift den Beteiligten vorzulesen und auch von diesen zu unterschreiben, nachdem sie den ihnen vorgelesenen Text genehmigt haben.

Die Urkunden der deutschen Notare sind immer noch an das Papier fixiert. Eine alternative elektronische Fassung ist noch nicht zugelassen. Wie die Entwicklung in der Zukunft verlaufen wird, ist noch nicht absehbar. Zur Zeit wird – wie bereits erwähnt - an einem Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts an den modernen Rechtsverkehr gearbeitet. Dieses klammert aber die notarielle Beurkundung aus.

³ Beispiel: Der in Berlin wohnende Verkäufer eines Grundstücks in Hamburg nimmt vor einem Berliner Notar das ihm zur Urkunde eines Notars in München gemachte Angebot des dort wohnhaften Käufers an.

VII. Beurkundung von Tatsachen

Neben der Beurkundung von Willenserklärungen gehört die Beurkundung von Tatsachen zu den Aufgaben des Notars. Dieser kann nur Tatsachen, das heißt Vorgänge der Außenwelt beurkunden, die er unmittelbar wahrgenommen hat. Rechtliche Schlussfolgerungen und Wertungen können nicht Gegenstand einer Zeugnisurkunde sein. In Betracht kommen zum Beispiel Beurkundungen von Versammlungsbeschlüssen nach § 36 ff. BeurkG, ergänzt durch § 130 des deutschen Aktiengesetzes (AktG) für die Beurkundung der Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien.

VIII. Amtssprache

Deutsch ist in Deutschland Amtssprache. Urkunden werden daher grundsätzlich in deutscher Sprache errichtet. Der Notar kann gemäß § 5 Abs. 2 des Beurkundungsgesetzes (BeurkG) die Urkunde aber auch in einer anderen Sprache zu errichten, sofern er dieser hinreichend kundig ist.

IX. Folgen der Nichtbeachtung der Form, Sinn und Zweck der Formvorschriften

Ist die vom Gesetz vorgeschriebene Form nicht eingehalten, so führt dies zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts.⁴ Dies gilt auch, wenn im konkreten Fall durch Rechtsgeschäft eine bestimmte Form festgelegt war, § 125 BGB.

Gesetzliche Formvorschriften dienen dem Schutz des Erklärenden vor übereilter Bindung bei riskanten Rechtsgeschäften (Warnfunktion).⁵ Der Formzweck soll das Bewusstsein wecken, zur besonnenen Überlegung auffordern, eine der Bedeutung der Entscheidung entsprechende Ernsthaftigkeit des Willensentschlusses fördern. Überall dort, wo das deutsche Recht sichern will, dass der Erklärende den Text der Willenserklärung kennt, schreibt es entweder die eigenhändige Unterschriftenform oder die notarielle Beurkundung vor. Im Verfahren der notariellen Beurkundung ist durch das Vorlesen der Urkunde der Schutz vor Übereilung und die Beratung über die rechtliche Tragweite des Rechtsgeschäfts insbesondere auch im Interesse wirtschaftlich schwächerer Vertragsteile institutionell gesichert.

⁴ Allerdings sieht das Gesetz in bestimmten Konstellationen wiederum eine Heilungsmöglichkeit vor, so z.B. § 313 S. 2 BGB: Die fehlende Form wird durch Eintragung im Grundbuch geheilt.

⁵ Hierzu ausführlich Bernhard in Beck'sches Notarhandbuch, 3. Auflage, 2000, F Rz. 10 ff.

Daneben steht der Gedanke der Beweissicherung. Diese erfolgt vor allem im Parteiinteresse, um den Vertragsabschluß von Vorverhandlungen abzugrenzen sowie den Vertrag bzw. das Rechtsgeschäft zuverlässig festzustellen und so auch für Dritte erkennbar zu machen. Die Beweissicherung dient auch dem öffentlichen Interesse, z.B. zur Erleichterung der Registerführung durch den Nachweis der Identität des Unterzeichners durch öffentliche Beglaubigung. Bei wichtigen Geschäften des Immobilienrechts, Erbrechts und Gesellschaftsrechts verlangt der deutsche Gesetzgeber notarielle Beurkundung. Vor allem für den Verbraucher wird die notarielle Beurkundung insbesondere dann vorgeschrieben, wenn über eine reine Warn- und Beweisfunktion hinaus bei bedeutsamen, rechtlich komplizierten Vorgängen die fachkundige Beratung durch Mitwirkung eines unabhängigen, unparteiischen Organs der Rechtspflege erforderlich ist.

Im Beurkundungsverfahren obliegt dem Notar die Erforschung des Willens der Beteiligten, die Klärung des Sachverhalts, die Niederlegung des ermittelten Ergebnisses in einer rechtlich wirksamen schriftlichen Form. Als Instrument zur Sicherung des Gleichgewichts der Vertragsparteien – nur wenn diese gewährleistet ist, ist die Vertragsfreiheit rechtsphilosophisch legitim – setzt der Gesetzgeber die Formvorschriften ein. Dabei ist die stärkste und stabilste Form zur Vermeidung von Ungleichgewicht aufgrund unterschiedlichen Rechtswissens und unterschiedlicher wirtschaftlicher Macht die Beurkundung durch den unparteiischen rechtskundigen Notar. In der Beurkundungsverhandlung erfüllt der Notar eine soziale Funktion als Mittler zur Sicherung einer gerechten inhaltlichen Ausgestaltung des Rechtsgeschäfts.⁶

Dadurch wird auch ein optimaler Verbraucherschutz erreicht, vor allem durch die in § 17 des deutschen Beurkundungsgesetzes (BeurkG) vorgeschriebene notarielle Belehrung. Dabei hat der Notar die Aufgabe, dafür zu sorgen, dass unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden.

⁶ Bernhard in Beck'sches Notarhandbuch, 3. Auflage, 2000, F Rz. 20.

B. Wirkungen notarieller Urkunden

I. Der archimedische Punkt: Einbettung der Wirkungen einer Notarurkunde in eine bestimmte Rechtsordnung

1. Aus der Sicht des deutschen Rechts

Eine notarielle Urkunde wirkt, ebenso wie ein gerichtliches Urteil, nicht an sich und aus sich selbst; es bedarf vielmehr einer Einbettung in eine bestimmte Rechtsordnung. So kann die Frage nach den Wirkungen einer notariellen Urkunde jeweils nur aus der Sicht einer bestimmten Rechtsordnung gestellt und beantwortet werden.

2. Aus der Sicht ausländischer Rechtssysteme

Im folgenden werden die Wirkungen notarieller Urkunden vorwiegend aus der Perspektive des deutschen Rechts behandelt, jedoch ist hervorzuheben, dass die Urkunden deutscher Notare auch aus der Sicht ausländischer Rechtsordnungen von Bedeutung sein können, nämlich dann, wenn nach den Regeln des internationalen Privatrechts auf den Vorgang nicht deutsches, sondern ausländisches Recht zu Anwendung kommt bzw. wenn es im Ausland darum geht, ob die vom deutschen Notar errichtete Urkunde „anerkannt“ wird, d.h. ob sie aus der Sicht des maßgeblichen ausländischen Rechts als gleichwertig akzeptiert wird.

II. Beweiswirkung

Eine notarielle Urkunde ist eine öffentliche Urkunde im Sinne von § 415 ff. der deutschen Zivilprozessordnung (ZPO). Sie begründet gemäß § 415 ZPO vollen Beweis des durch den Notar beurkundeten Vorganges. Damit ist die freie Beweiswürdigung des Richters⁷ eingeschränkt. Zulässig ist nur der Beweis, dass der Vorgang unrichtig beurkundet wurde.

Die vom Notar in der durch das Beurkundungsgesetz vorgeschriebenen Form errichtete Urkunde begründet den vollen Beweis der beurkundeten Erklärung (Willensäußerung)⁸ bzw. des beurkundeten tatsächlichen Vorgangs.⁹ Dies gilt auch für ausländische Urkunden, wenn sie den an inländische Urkunden gestellten Anforderungen entsprechen.¹⁰ Der

⁷ § 286 ZPO.

⁸ § 415 ZPO.

⁹ § 418 ZPO.

¹⁰ Winkler, Beurkundungsgesetz, 14. Auflage, 1999, § 1 Rz. 12.

gesamte vom Notar beurkundete Vorgang wird von der Beweiskraft der Urkunde erfasst. Also nicht nur der Inhalt der Erklärung, sondern auch die Feststellungen in der notariellen Urkunde über die Identität der erklärenden Person, deren (für die Geschäftsfähigkeit relevantes) Alter, die Überzeugung des Notars von der Geschäfts- bzw. Testierfähigkeit, den Ort, die Zeit und sonstigen Umstände der Erklärung etc.

Der Beweiskraft fähig sind nicht nur notarielle Urkunden, d.h. vom Notar errichteten Niederschriften, sondern auch vom Notar beglaubigte Erklärungen. Beglaubigt der Notar die Echtheit einer Unterschrift auf einer privatschriftlichen Erklärung, so steht die Echtheit der Unterschrift fest.¹¹ Nun greift die gesetzliche Beweisregel des § 416 ZPO ein. Ist die Unterschrift echt, so gilt die Erklärung als abgegeben. Dieser Beweis kann nicht widerlegt werden, während bei der notariellen Niederschrift gemäß § 415 Abs. 2 ZPO der Gegenbeweis zulässig ist, dass der in der Niederschrift geschilderte Vorgang unrichtig beurkundet sei. Insoweit ist die Beweiskraft der Unterschriftsbeglaubigung sogar „stärker“ als die der notariellen Niederschrift.¹²

Die Beglaubigung von Blankounterschriften¹³ hat grundsätzlich den gleichen Beweiswert. Jedoch kann der Grundbuchrichter bzw. -rechtspfleger ebenso wie der Registerrichter die Erklärung nicht akzeptieren, wenn berechtigte Zweifel bestehen, dass das Blankett abredgemäß ausgefüllt worden ist.¹⁴ Volle Beweiskraft hat auch eine deutsche Übersetzung, welche der Notar gemäß § 50 BeurkG von einer fremdsprachigen Urkunde hergestellt hat.¹⁵

Urkunden, die von deutschen Notaren errichtet sind, haben nach § 437 Abs. 1 ZPO die Vermutung der Echtheit für sich. Bei Zweifeln über die Echtheit kann das Gericht nach § 437 Abs. 2 ZPO zu einer Erklärung über die Echtheit veranlassen.

Diese Vorschrift gilt nicht für Urkunden ausländischer Notare. Sedes materiae ist hierfür vielmehr § 438 ZPO, der bestimmt:

„(1) Ob eine Urkunde, die als von einer ausländischen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person des Auslandes errichtet sich darstellt, ohne näheren Nachweis als echt anzusehen ist, hat das Gericht nach den Umständen des Falles zu ermesen.

¹¹ § 418 ZPO.

¹² Winkler, Beurkundungsgesetz, 14. Auflage, 1999, § 1 Rz. 18.

¹³ § 40 Abs. 5 Beurkundungsgesetz.

¹⁴ Winkler § 1 Rz. 20.

¹⁵ Winkler § 1 Rz. 22.

(2) Zum Beweise der Echtheit einer solchen Urkunde genügt die Legalisation durch einen Konsul oder Gesandten des Bundes.“

Die Legalisation bezeugt die Echtheit der Unterschrift und die amtliche Eigenschaft der Urkundsperson und gegebenenfalls die Echtheit ihres Siegels,¹⁶ nicht jedoch die Einhaltung der Formvorschriften des Errichtungsstaates, sofern nicht § 13 Abs. 4 Konsulargesetz eine sog. erweiterte Legalisation vorgenommen worden ist.¹⁷

Die mitunter sehr lästigen Förmlichkeiten der Legalisation (§ 438 ZPO) sind durch das Haager Übereinkommen zur Befreiung ausländischer Urkunden von der Legalisation vom 5. Oktober 1961¹⁸ einigermaßen entschärft worden. Im Anwendungsbereich dieses Übereinkommens genügt die vom Ursprungsstaat ausgestellte Apostille. Dadurch werden die Schwerfälligkeiten des ganze Ketten von Beglaubigungen und Überbeglaubigungen erforderlich machenden Legalisationsverfahrens vermieden.

Hinzu kommt, dass aufgrund bi- und multilateraler Vereinbarungen ausländische Urkunden von jeglichen Förmlichkeiten befreit sind, auch wenn sie dem Haager Übereinkommen beigetreten sind.¹⁹ So bestimmt z.B. Art. 1 des deutsch-französischen Abkommens über die Befreiung öffentlicher Urkunden von der Legalisation vom 13. September 1971²⁰:

„Öffentliche Urkunden bedürfen zum Gebrauch in dem anderen Staat keiner Legalisation, Apostille, Beglaubigung oder ähnlicher Förmlichkeit.“

Der Vorrang dieser Vereinbarung vor dem Haager Übereinkommen ist in Art. 11 Abs. 2 ausdrücklich festgelegt.

In diesem Zusammenhang sei auch Art. 49 des Brüsseler und des Luganer Übereinkommens sowie nunmehr Art. 56 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen²¹, die am 1. März 2002 in Kraft treten und das Brüsseler Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen ersetzen wird, erwähnt. Danach bedürfen die im Exequaturverfahren vorzulegenden Urkunden „weder

¹⁶ § 13 Abs. 2 Konsulargesetz. Hierzu Spellenberg in Münchener Kommentar zum BGB, 3. Auflage, Art. 11 EGBGB Rz. 95.

¹⁷ Hierzu Bindseil in Hecker/Müller-Chorus, Handbuch der konsularischen Praxis, 2. Auflage, 1998, § 4 C Rz. 6 ff. sowie Spellenberg in Münchener Kommentar zum BGB, 3. Auflage, Art. 11 EGBGB Rz. 97.

¹⁸ Bundesgesetzblatt 1965 II 875.

¹⁹ Zusammenstellung z.B. bei Spellenberg in Münchener Kommentar zum BGB, 3. Auflage, Art. 11 EGBGB, Rz. 98.

²⁰ Bundesgesetzblatt 1974 II 1075.

²¹ Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 12 vom 16. Januar 2001, S. 1.

der Legalisation noch einer ähnlichen Förmlichkeit“. Das gleiche bestimmen Art. 35 der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 vom 29. Mai 2000 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder der Ehegatten („Brüssel II“)²², Art. 19 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren²³ sowie Art. 4 Abs. 4 der Verordnung (EG) Nr. 1348/2000 vom 29. Mai 2000 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- und Handelssachen in den Mitgliedstaaten²⁴.

III. Keine res iudicata-Wirkung

Eine notarielle Urkunde erwächst nicht in materielle Rechtskraft; in diesem Punkt unterscheidet sie sich wesentlich von dem gerichtlichen Urteil.²⁵ Will ein Beteiligter mit Rechtskraftwirkung sein Recht feststellen lassen, so muss er auf Feststellung oder Leistung klagen. Für den Beweis kommt im Prozess dann die Beweiskraft der notariellen Urkunde wieder ins Spiel.

IV. Notarielle Urkunden als Basis der Rechtstransaktion und Rechtsbegründung bzw. Rechtsfeststellung

1. Immobilienrecht

a) § 313 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs

Eine zentrale Bedeutung kommt der Tätigkeit des Notars im gesamten Immobilienrecht zu. Sedes materiae ist § 313 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs: Danach bedarf ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, der notariellen Beurkundung. Eine notarielle Unterschriftsbeglaubigung reicht nicht aus. Erforderlich ist vielmehr eine notarielle Niederschrift, die den Beteiligten vorgelesen, von ihnen genehmigt und von ihnen und dem Notar unterschrieben sein muss.

Allerdings wird ein ohne Beachtung dieser Form geschlossener Vertrag seinem ganzen Inhalt nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen, § 313 S. 2 BGB.

²² Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 160 vom 30. Juni 2000, S. 19.

²³ Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 160 vom 30. Juni 2000, S. 1.

²⁴ Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 160 vom 30. Juni 2000, S. 37.

²⁵ Geimer DNotZ 1975, 461, 482 mit Nachweisen.

Bei der Übertragung des Eigentums an Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten (z.B. Erbbaurechten) und bei der Begründung von Rechten an Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten ist der Notar ganz wesentlich beteiligt, allerdings bewirkt die notarielle Urkunde nicht für sich allein den Transfer des Eigentums bzw. die Begründung des Rechts. Vielmehr bedarf es noch der Eintragung im Grundbuch. Das deutsche Recht hält also nicht an dem vom römischen Recht überkommenen reinen Konsensualprinzip fest. Anders als auch heute noch in vielen Ländern des romanischen Rechtskreises ist die Eintragung im Grundbuch bzw. sonstigen Register (z.B. Schiffsregister) nach deutschem Recht konstitutiv und nicht nur deklaratorisch. Für den Eigentumsübergang und für die Begründung von Rechten an Grundstücken sehen §§ 873, 925 BGB einen Doppeltatbestand vor, nämlich Einigung vor dem Notar und Eintragung im Grundbuch.

b) § 29 der deutschen Grundbuchordnung

§ 313 BGB wird ergänzt durch § 29 der Grundbuchordnung (GBO). Danach darf eine Eintragung im Grundbuch nur vorgenommen werden, wenn die Eintragungsbewilligung und die sonstigen zur der Eintragung erforderlichen Erklärungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Andere Voraussetzungen der Eintragung bedürfen, soweit sie nicht bei dem Grundbuchamt offenkundig sind, des Nachweises durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden. Durch diese Vorschrift soll die Richtigkeit des Grundbuchs gesichert werden, nämlich die Übereinstimmung des Grundbuchinhalts mit der materiellen Rechtslage. Sie bildet die Grundlage für die größtmögliche Gewähr der Richtigkeit des Grundbuchs. Gerade weil das deutsche Grundbuchsystem den Gutgläubensschutz besonders groß herausstellt und der (gutgläubige) Erwerb vom Nichtberechtigten zum Verlust des Eigentums bzw. Rechts beim wahren (im Grundbuch nicht vermerkten) Eigentümer bzw. Berechtigten führt, sind an den Grad des Nachweises der Eintragungsunterlagen hohe Anforderungen zu stellen. Diese können nur durch den Notar gewährleistet werden.

2. Gesellschaftsrecht und Recht der juristischen Personen

a) Gründung von Gesellschaften und juristischen Personen

Nicht nur auf dem Grundstückssektor hat der Notar eine zentrale Bedeutung, sondern auch im Bereich des Gesellschaftsrechts und des Rechts der juristischen Personen und darüber hinaus bei der rechtlichen Betreuung des sonstigen Handelsverkehrs. Die Grün-

derung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung²⁶ und von Aktiengesellschaften²⁷ bedarf der notariellen Beurkundung, ebenso die Kapitalerhöhung und die Satzungsänderung.²⁸

Auch hier bewirkt die Beurkundung noch nicht das Entstehen der Gesellschaft; erst durch Registrierung im Handelsregister entsteht die Gesellschaft als juristische Person mit Haftungsbegrenzung etc.²⁹ Auch insoweit können wir wieder einen Doppeltatbestand feststellen, nämlich Errichtungsakt vor dem Notar und Eintragung im Handelsregister. Dieses Prinzip ist weltweit verbreitet, jedenfalls in den meisten Mitgliedstaaten der Europäischen Union geltendes Recht. So ist de legibus latis die Eintragung im Handelsregister konstitutiv z.B. für die Gründung und die Kapitalerhöhung, aber auch für Sitzverlegungen, sonstige Satzungsänderungen, Fusionen und Abspaltungen etc. An diesem im Recht der Kapitalgesellschaften bisher unumstößlichen Dogma der konstitutiven Bedeutung der Eintragung im Handelsregister bzw. sonstigen Register sollte man jedoch rütteln.

Wenn man darüber klagt, dass die Dauer der Eintragungsverfahren zu lang sei, dann hilft der Ruf nach einem Zentralregister auf nationaler oder europäischer Ebene nicht weiter.³⁰ Man sollte vielmehr darüber nachdenken, ob es notwendig ist, an der konstitutiven Wirkung der Eintragung festzuhalten. Wir können zwar nicht die rechtliche Kontrolle von Gründungen, Kapitalerhöhungen und Umwandlungen gänzlich streichen oder auf das primitive table A-Verfahren des englischen Rechts reduzieren, weil der Handelsverkehr, aber auch die Verbraucher vor unsoliden Gründungen und unrichtigen Eintragungen geschützt werden müssen.

Man sollte aber Kontrollaufgaben des Registerrichters auf den Notar vorverlagern: Die Gesellschaft beginnt dann als juristische Person mit Haftungsbegrenzung auf das Gesellschaftsvermögen eben nicht erst mit der Eintragung im Handelsregister, sondern bereits mit der Bescheinigung des Notars, dass die Gesellschaft rechtmäßig gegründet ist. Das gleiche könnte man auch für Kapitalerhöhungen und Umwandlungen vorsehen.

Eine solche Verlagerung wäre die einfachste, effizienteste und darüber hinaus billigste Maßnahme, um die Klagen über die langen Eintragungszeiten abzustellen. Sie würde die Registerbehörden spürbar entlasten, weil nach der vom Notar erteilten „Freigabe“ ohne

²⁶ § 2 des deutschen Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG).

²⁷ § 23 des deutschen Aktiengesetzes (AktG).

²⁸ §§ 130, 179 ff. AktG, §§ 53 ff. GmbHG.

²⁹ § 41 AktG, § 11 GmbHG.

³⁰ Denn damit würde noch mehr Bürokratie produziert. Hier kann nur eine bessere personelle bzw. sachliche Organisation der Registergerichte Abhilfe schaffen. Dies gelingt nicht immer so recht.

weitere Nachprüfung seitens des Registergerichts die (dann nur mehr deklaratorische) Eintragung im Register vorzunehmen wäre.³¹

Dieser Vorschlag soll den Registerrichter nicht verdrängen; denn erstens tritt die Zuständigkeit des Notars nur neben die Zuständigkeit des Registerrichters, mithin nicht an seine Stelle und zweitens steht die Einführung einer solchen konkurrierenden Zuständigkeit der Notare im Belieben der einzelnen Staaten. Diese werden von dieser Option nur Gebrauch machen, wenn ihre Justiz hoffnungslos überlastet ist und alle personalpolitischen Maßnahmen zur Verkürzung der Eintragungszeiten gescheitert sind. Dies wird ernsthaft in Betracht gezogen bzw. schon partiell praktiziert in Italien.

b) Übertragung von Geschäftsanteilen an Gesellschaften mit beschränkter Haftung

§ 15 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) schreibt die notarielle Beurkundung für die Übertragung eines Geschäftsanteils an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung vor. Die Übertragung der Geschäftsanteile an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung wird im Handelsregister nicht eingetragen. Hier haben wir also keinen Doppeltatbestand. Vielmehr wird die Abtretung des Geschäftsanteils wirksam mit notarieller Beurkundung.³²

c) Anmeldungen zum Handelsregister

Auch soweit eine notarielle Beurkundung nicht vorgeschrieben ist, bedürfen die Anmeldungen zum Handelsregister der Beglaubigung durch den Notar. Die Einschaltung des Notars durch § 12 des deutschen Handelsgesetzbuchs (HGB) bewirkt die Sicherung des Registers. Hinzu kommt, dass die meisten Anmeldungen zum Handelsregister, obwohl es nicht vorgeschrieben ist, durch den Notar formuliert werden. Auch dies fördert die Präzision und Richtigkeit der Eintragungen im Handelsregister.

d) Gründung von Personengesellschaften

Auch in Bereichen, in denen notarielle Beurkundung nicht erforderlich ist, z.B. Gründung einer Personengesellschaft (offenen Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, wenn keine Einbringungsverpflichtung bezüglich Grundstücken oder Geschäftsanteilen an ei-

³¹ Der Umstand, dass es nur in den Ländern des Lateinischen Notariats Notare gibt, ist kein Grund, diesen Vorschlag von vorneherein abzutun. Denn er ließe sich auch in den common law-Staaten und in den nordischen Ländern verwirklichen, weil diese Staaten die Kontrollfunktion auf andere Stellen übertragen könnten.

³² Gegebenenfalls sobald alle durch Gesetz und Satzung vorgeschriebenen Genehmigungen und Zustimmungen vorliegen.

ner Gesellschaft mit beschränkter Haftung verbunden ist³³) wird im praktischen Rechtsleben der Notar mit der Sache befasst, weil er nach §§ 12, 106, 162 des deutschen Handelsgesetzbuchs (HGB) die Anmeldung zu beglaubigen hat. Deshalb wird in vielen Fällen der Notar auch mit dem Entwurf der Anmeldung und nicht selten auch mit Anfertigung des Gesellschaftsvertrages beauftragt.

e) **Filterfunktion durch Mitwirkung des Notars**

Daher kommt in der Praxis der notariellen Unterschriftsbeglaubigung nicht nur Beweisfunktion zu, sondern darüber hinaus eine ganz erhebliche Filterfunktion im Verkehr mit den staatlichen Registern, weil diesen ungeeignete und nicht korrekte Anträge erspart bleiben. Hinzu kommt der Schutz geschäftlich Unerfahrener.

Deshalb hat die Bundesnotarkammer vorgeschlagen, § 40 des deutschen Beurkundungsgesetzes (BeurkG) zu ändern und zu ergänzen. Diese Vorschrift regelt die notarielle Unterschriftsbeglaubigung. Der gesetzgeberische Zweck erschöpft sich de lege lata in bloßer Beweissicherung hinsichtlich der Identität des Unterschreibenden. Damit werden aber die durch die Einschaltung des Notars verbundenen Effekte nur unzureichend genutzt. Tatsächlich befasst sich der Notar anlässlich der Unterschriftsbeglaubigung in vielen Fällen auch mit dem rechtlichen Inhalt der unterschriebenen Erklärung. Davon profitiert sowohl der Erklärende als auch der Erklärungsempfänger. Vor allem dem Registergericht werden auf diese Weise viele fehlerhafte oder gar unsinnige Anträge erspart bleiben.³⁴ Es ist nicht übertrieben, festzustellen, dass ohne Mitwirkung der Notare beim Entwurf und bei der Überprüfung von Registererklärungen ein ordnungsgemäßes Registerverfahren schlechterdings nicht möglich ist. Der Notar hält unsinnige, unzulässige, missverständliche oder irrtümlich gestellte Anträge ab. Er setzt vielmehr die Wünsche und Anliegen der Beteiligten in juristische Formulierungen um, welche den registerführenden Richtern und Rechtspflegern geläufig sind, und trägt so ganz wesentlich zu einer zügigen Bearbeitung

³³ Werden Grundstücke, grundstücksgleiche Rechte oder Geschäftsanteile an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung eingebracht, besteht Beurkundungspflicht gemäß § 313 Satz 1 BGB bzw. § 15 GmbHG.

³⁴ Als Empfänger kommen sowohl das Amtsgericht als Grundbuchamt (§ 1 Abs. 1 Satz 1 Grundbuchordnung) als auch die übrigen Registergerichte (§ 8 Handelsgesetzbuch [HGB], § 10 Abs. 2 Genossenschaftsgesetz, § 160b FGG, §§ 21, 55, 1588 BGB, § 1 Schiffsregisterordnung) und auch andere Stellen, z.B. da Luftfahrtbundesamt (§ 78 des Gesetzes über Rechte an Luftfahrzeugen [LuftfzRG]). Zu beglaubigende und an das Gericht gerichtete Erklärungen sind vor allem Bewilligungen (§ 19 GBO, § 29 SchRegO), verfahrensrechtliche Zustimmungen als Unterfall der Bewilligungen (§§ 22 Abs. 2, 27 GBO) sowie Anmeldungen zu den Registern (§ 12 HGB, § 5 Abs. 2 Partnerschaftsgesellschaftsgesetz [PartGG], § 157 I GenG, §§ 77, 150 S. 2 BGB).

bei. Ohne die Filterfunktion des Notars hätten die Registergerichte³⁵ wesentlich mehr unproduktive Arbeit zu erledigen. Formale Mängel der von den Beteiligten abgegebenen Erklärungen führen zu zeitraubenden Rückfragen und förmlichen Rechtsentscheidungen, welche die fehlerhaften Erklärungen beanstanden.

Diese positiven Wirkungen der notariellen Tätigkeit aus Anlass der Unterschriftsbeglaubigung sollen nach dem Vorschlag der Bundesnotarkammer nicht wie bisher als bloße Reflexwirkungen gesehen werden; sie sollen vielmehr auch Eingang finden im Wortlaut des Gesetzes.

3. Erbrechtliche Angelegenheiten

a) Kooperation des Notars mit dem Nachlassgericht

Neben der Zusammenarbeit zwischen Notar und Grundbuchamt einerseits und Registergericht andererseits ist auch seine Kooperation mit dem Nachlassgericht hervorzuheben. In Deutschland kennt man - wie nur noch in wenigen anderen Ländern- das Rechtsinstitut des Erbscheins. Dieser ist ein Zeugnis, aus dem sich ergibt, wer Erbe ist. Es bezeugt gegenüber gutgläubigen Dritten das Erbrecht, auch wenn er sachlich unrichtig ist, §§ 2365, 2366 BGB. Das Gleiche gilt für das Testamentsvollstreckerzeugnis, § 2368 BGB.

Eintragungen der Erbfolge im Grundbuch dürfen nach § 35 der deutschen Grundbuchordnung (GBO) nur erfolgen, wenn die Erbfolge durch Erbschein nachgewiesen ist. Eine Ausnahme gilt jedoch für notarielle Testamente und Erbverträge. Beruht die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer notariellen Urkunde enthalten ist, so genügt es, wenn anstelle des Erbscheins die notarielle Urkunde, welche die Verfügung von Todes wegen enthält, und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt werden. Daran kann man erkennen, welche große Bedeutung und welch großes Vertrauen die deutsche Rechtsordnung der Tätigkeit des Notars einräumt.

Den Erbschein selbst stellt de lege lata das Nachlassgericht aus. Das Gleiche gilt für das Testamentsvollstreckerzeugnis. Zuständig ist in der Regel das Amtsgericht, in dessen Bezirk sich der letzte Wohnort des Erblassers befindet.³⁶ Erforderlich ist, dass der An-

³⁵ Im Grundbucheintragungsverfahren auch die Grundbuchämter.

³⁶ Ist der Erblasser Deutscher und hatte er zum Zeitpunkt des Erbfalls in Deutschland weder Wohnsitz noch Aufenthalt, so ist das Amtsgericht Schöneberg in Berlin-Schöneberg zuständig. Dieses kann die Sache aus wichtigen Gründen an ein anderes Gericht abgeben, § 73 Abs. 2 des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG). Ist der Erblasser Ausländer und hatte er zur Zeit des Erbfalls in Deutschland weder Wohnsitz noch Aufenthalt, so ist jedes Amtsgericht, in dessen Bezirk sich Nachlassgegenstände befinden, hinsichtlich aller in Deutschland befindlichen Nachlassgegenstände zuständig, § 73 Abs. 3 FGG.

tragsteller seine Angaben über die Erbfolge an Eides statt versichert. Zur Aufnahme solcher eidesstattlicher Versicherungen ist der Notar – konkurrierend neben dem Nachlassgericht – zuständig. In der Praxis werden daher sehr viele Erbscheins von den Notaren vorbereitet und betreut. In diesem Zusammenhang hat der Notar alle tatsächlichen und rechtlichen Umstände der Erbfolge zu klären und bei der Formulierung des Erbscheinsantrags in Betracht zu ziehen.

Auch hier wirkt der Notar wieder als Filter. Die Gerichte werden spürbar entlastet, da sie nicht mit diffusen und deplacierten Anträgen befasst werden, weil der Notar auf möglichst sachgerechte Stellung von Anträgen und die Abgabe von wirksamen Verfahrenserklärungen hinwirkt.

b) De lege ferenda: Erteilung von Erbscheinen durch Notare

Zur Entlastung der Gerichte hat die Bundesnotarkammer vorgeschlagen, die Zuständigkeit zur Erteilung von Erbscheinen auf die Notare zu verlagern. Das Erbrecht steht bereits jetzt im Zentrum der Tätigkeit des Notars. Bereits de lege lata nehmen die Notare als neutrale Vermittler in Nachlassangelegenheiten im Erbscheinsverfahren wichtige Aufgaben wahr. Die positiven Erfahrungen hiermit legen es nahe, auch die Erteilung von Erbscheinen den Notaren zu übertragen. Damit würde in Deutschland eine Entwicklung nachvollzogen, die es schon lange in Österreich gibt. Dort liegt die Abwicklung des „Verlassenschaftsverfahrens“ nahezu vollständig in der Hand des Notars in seiner Eigenschaft als „Gerichtskommissär“.

c) De lege ferenda: Zuständigkeit der Notare für die besondere amtliche Verwahrung von Testamenten und für die Eröffnung der bei dem Notar verwahrten Verfügungen von Todes wegen

Ein weiterer Vorschlag geht dahin, eine Zuständigkeit der Notare für die besondere amtliche Verwahrung von Testamenten³⁷ zu begründen ebenso für die Eröffnung der bei dem Notar verwahrten Verfügungen von Todes wegen.

d) Elektronisch geführte zentrale Testamentsdatei

³⁷ De lege lata muss der Notar alle von ihm beurkundeten Testamente in die besondere amtliche Verwahrung beim zuständigen Amtsgericht bringen, §§ 2258a ff. BGB. Nur Erbverträge können – wenn dies die Beteiligten wünschen – in der Urkundensammlung des Notars verbleiben, § 2300 BGB, § 34 Abs. BeurkG.

Die Bundesnotarkammer möchte auch eine von ihr elektronisch geführte zentrale Testamentsdatei einrichten, wie sie die Notarorganisationen in anderen europäischen Ländern bereits kennen. Geplant ist dabei auch eine grenzüberschreitende Vernetzung. Dies könnte in der Zukunft die Prüfung erleichtern, ob und mit welchem Inhalt eine bestimmte Person Verfügungen von Todes Wegen (Testamente und/oder Erbverträge) errichtet hat. Das derzeitige System ist veraltet und angesichts des großen Ausländeranteils in der Bevölkerung nicht mehr genug aussagekräftig. Derzeit gibt es in Deutschland kein zentrales Register, sondern nur ein dezentrales System der Benachrichtigung der einzelnen Geburtsstandesämter. Diese erfahren von dem Standesamt, das den Tod des Erblassers beurkundet, vom Eintritt des Erbfalls und verständigen auf dem Postwege das zuständige Nachlassgericht. Dies setzt allerdings voraus, dass der Tod von einem deutschen Standesamt registriert wird.

V. Vollstreckungswirkung notarieller Urkunden

Große Bedeutung in der Rechtswirklichkeit hat die Vollstreckungswirkung notarieller Urkunden. Die vollstreckbare Urkunde ist ein hervorragendes Instrument zur raschen und effizienten Rechtsdurchsetzung und zugleich zur Entlastung der staatlichen Gerichte. Sie ist zudem eine bürgerfreundliche Methode, kostengünstig Vollstreckungstitel zu errichten.³⁸

Gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 der deutschen Zivilprozessordnung (ZPO) findet die Zwangsvollstreckung aus Urkunden statt, die von einem deutschen Notar innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind und in denen sich der Schuldner wegen des zu bezeichnenden Anspruchs der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat. Ausgenommen sind Ansprüche,

- die einer Regelung durch Vergleich nicht zugänglich sind,
- auf Abgabe einer Willenserklärung gerichtet ist bzw.
- den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum betreffen.

Mit der vor dem Notar errichteten vollstreckbaren Urkunde steht ein Vollstreckungstitel zur Verfügung, der in seiner Vollstreckbarkeit die gleiche Qualität hat wie das Urteil ei-

³⁸ Man schätzt, dass in Deutschland etwa 95 % aller Grundstückstransaktionsverträge eine Vollstreckungsunterwerfung enthalten. Hinzu kommen fast alle Darlehen der Banken und sonstigen Kreditinstitute, aber auch solche von privater Seite. Selbstverständlich kann und wird die Zwangsvollstreckungsunterwerfung in der Praxis der deutschen Notare viel häufiger eingesetzt, z.B. bei abstrakten Schuldanerkenntnisse und Scheidungsvereinbarungen. Durch die Neufassung des § 794 Abs. 1 Nr. 5 der deutschen Zivilprozessordnung (ZPO) wird sich die Statistik der vollstreckbaren Notarurkunden in Deutschland noch verbessern.

nes Gerichts. Dieser kommt aber – anders als das gerichtliche Urteil – nicht in der pathologischen Situation des Streites zwischen den Parteien zustande, er wird vielmehr aufgrund der freiwilligen Unterwerfung des Schuldners unter die Zwangsvollstreckung in einem nicht streitigen Verfahren errichtet.³⁹

Die vollstreckbare Urkunde ist in Deutschland weit verbreitet. So werden zum Beispiel im Bereich der Banken und Sparkassen fast alle Kreditaufnahmen durch eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung abgesichert.

Gemäß § 800 ZPO kann die Zwangsvollstreckungsunterwerfung auch in der Weise erfolgen, dass die Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zulässig sein soll. Dies bedarf jedoch der Eintragung im Grundbuch.

Aber nicht nur Kredite werden gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO vollstreckbar gemacht, sondern auch Kaufpreis- und sonstige Zahlungsverpflichtungen.

Die Vorzüge dieses Rechtsinstituts hat der Gesetzgeber erkannt und deshalb den Anwendungsbereich dieses Rechtsinstituts erheblich ausgeweitet. Seit 1. Januar 1999 ist die Zwangsvollstreckungsunterwerfung nicht mehr auf Geldansprüche beschränkt, sondern prinzipiell für alle Ansprüche statthaft, d.h. auch Ansprüche, die auf ein Tun oder Unterlassen gerichtet sind, können vollstreckbar gemacht werden. So kann zum Beispiel die Verpflichtung ein Haus zu errichten beim Bauträgervertrag oder die Verpflichtung ein Grundstück zu räumen Gegenstand einer notariellen Zwangsvollstreckungsunterwerfung sein mit der Konsequenz, dass der Gläubiger nicht ein Gericht einschalten muss, sondern direkt den Gerichtsvollzieher bzw. das Vollstreckungsgericht mit der Zwangsvollstreckung beauftragen kann.

VI. Exequaturerteilung durch die Notare anstelle der staatlichen Gerichte

1. Vollstreckbarerklärung von Anwaltsvergleichen

Zur weiteren Entlastung des Justiz hat der deutsche Gesetzgeber den vollstreckbaren Anwaltsvergleichs eingeführt.⁴⁰ Ein von Rechtsanwälten im Namen und in Vollmacht der von ihnen vertretenen Parteien abgeschlossener Vergleich wird auf Antrag einer Partei für vollstreckbar erklärt, wenn sich der Schuldner darin der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat und der Vergleich unter Angabe des Tages seines Zustandekommens bei dem Amtsgerichts niedergelegt ist, bei dem einer der Parteien zur Zeit des Vergleichsabschlusses ihren allgemeinen Gerichtsstand hat.

³⁹ Vgl. auch im internationalen Kontext das Zitat von Bars unten bei Fußnote 90.

⁴⁰ §§ 796a ff. der Zivilprozessordnung (ZPO).

Mit Zustimmung der Parteien kann der Vergleich jedoch auch von einem Notar, der seinen Amtssitz im Bezirk eines des nach § 796a Abs. 1 ZPO zuständigen Gerichts hat, in Verwahrung genommen und für vollstreckbar erklärt werden, § 796c ZPO. Damit wird dem Notar eine genuin richterliche Aufgabe übertragen, die klar von seiner Zuständigkeit nach der Bundesnotarordnung, insbesondere zur Beurkundungen⁴¹ zu trennen ist.

Trotz übereinstimmendem Vollstreckbarerklärungsantrags der Parteien muss der Notar diesen als unbegründet zurückweisen, wenn aus den Umständen klar wird, dass den Parteien die objektive oder subjektive Vergleichsbefugnis gefehlt hat oder dass der Vergleich gegen gesetzliche Vorschriften verstößt, die von Amts wegen zu beachten sind. Insoweit befindet sich der Notar in der gleichen Situation wie der Richter.

Die positive Entscheidung des Notars verleiht dem Anwaltsvergleich Vollstreckbarkeit und stellt die Wirksamkeit des Anwaltsvergleichs und das Nochbestehen des vollstreckbar erklärten Anspruchs rechtskräftig fest.

2. Vollstreckbarerklärung von Schiedssprüchen

a) De lege lata

Durch die am 1. Januar 1998 in Kraft getretenen Reform des Schiedsverfahrensrechts wurde den Notaren als weitere konkurrierende Zuständigkeit die Exequaturerteilung, d.h. Vollstreckbarerklärung von Schiedssprüchen mit vereinbartem Wortlaut (die aufgrund eines Vergleichs im Schiedsverfahren ergehen) übertragen. § 1053 Abs. 4 ZPO ist ein konsequente Fortführung der durch § 796c ZPO begonnenen Kreierung von alternativen Zuständigkeiten für den Notar zur Entlastung der Gerichte. Danach kann mit Zustimmung der Parteien ein Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut von einem Notar, der seinen Amtssitz im Bezirk des nach § 1062 ZPO für die Vollstreckbarerklärung zuständigen Gerichts hat, für vollstreckbar erklärt werden.

Die positive Entscheidung verleiht dem Schiedsspruch Vollstreckbarkeit in gleichem Maße wie das Exequatur des staatlichen Gerichts. Die negative Entscheidungen des Notars entfalten unter den gleichen Voraussetzungen wie die Parallelentscheidungen des staatlichen Gerichts Rechtskraftwirkung.

b) De lege ferenda

⁴¹ § 20 der Bundesnotarordnung (BNotO).

Die Bundesnotarkammer hat vorgeschlagen, den Notaren künftig auch die Vollstreckbarerklärung aller sonstigen Schiedssprüche zu übertragen, also auch solcher, die in einem streitigen Schiedsverfahren ergangen sind.

VII. Versuch der außergerichtlichen Streitbeilegung durch den Notar als Voraussetzung für den Zugang zu den Gerichten

Eine weitere Etappe auf dem Weg zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung stellt das Gesetz vom 15. Dezember 1999⁴² dar. Nach § 15a des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung (EGZPO) kann ein Landesgesetz bestimmen, dass die Erhebung der Klage in Bagatellsachen erst zulässig ist, nachdem von einer durch die Landesjustizverwaltung eingerichtete oder anerkannten Gütestelle versucht worden ist, die Streitigkeit einvernehmlich beizulegen.⁴³ Vor einem Schlichtungsversuch ist der Weg zu den Gerichten versperrt. Der Kläger hat eine von der Gütestelle ausgestellte Bescheinigung über einen erfolglosen Einigungsversuch mit der Klage einzureichen.⁴⁴ In etlichen Landesgesetzen wurde der Notar zur Gütestelle erklärt, so z.B. durch das Bayerische Schlichtungsgesetz vom 25. April 2000.⁴⁵

Mit der obligatorischen Schlichtung greift der deutsche Gesetzgeber eine Entwicklung auf, die in den angloamerikanischen Ländern unter dem Stichwort Alternative Dispute Resolution diskutiert wird.

Mit der obligatorischen Schlichtung wird ein neues Kooperationsfeld zwischen Notar und den Zivilgerichten aufgebaut. Dies ist dogmatisch eine sehr interessante Entwicklung, die bereits durch § 104 Sachenrechtsbereinigungsgesetz⁴⁶ vorgezeichnet war. Es handelt sich hier um Probleme im Zusammenhang mit der Rückabwicklung der Eigentumsverhältnisse in der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik (Beitrittsgebiet).

⁴² Bundesgesetzblatt 1999 I 2400.

⁴³ Dies gilt für

- vermögensrechtliche Streitigkeiten vor dem Amtsgericht über Ansprüche, deren Gegenstand an Geld und Geldeswert die Summe von 1.500,- DM nicht übersteigt,
- Streitigkeiten über Ansprüche aus dem Nachbarrecht nach dem §§ 910, 911 und 923 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) und nach § 906 des BGB sowie nach den landesrechtlichen gesetzlichen Vorschriften im Sinne des Art. 124 des Einführungsgesetzes zum BGB, sofern es sich nicht um Einwirkung von einem gewerblichen Betrieb handelt,
- Streitigkeiten über Ansprüche über Verletzungen der persönlichen Ehre, die nicht in Presse oder Rundfunk begangen worden sind,

⁴⁴ Diese Bescheinigung ist ihm auf Antrag auch auszustellen, wenn binnen einer Frist von drei Monaten, das von ihm beantragte Einigungsverfahren nicht durchgeführt worden ist.

⁴⁵ Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt 2000, 268.

⁴⁶ Hierzu z.B. Vossius, Sachenrechtsbereinigungsgesetz, 1995, Rz. 1 ff. vor § 87.

VIII. Weitere Justizentlastung durch die Notare

1. Gewährung von Grundbucheinsichten

Um die Justiz zu entlasten, hat die Bundesnotarkammer vorgeschlagen, dass Notare dem Publikum Einsicht in das Grundbuch gewähren, da nunmehr bald in Deutschland überall das elektronische Grundbuch eingeführt und daher der Abruf des Grundbuchinhalts online in den Notariaten möglich ist. Dies würde für den Bürger den Zugang zu den Grundbuchdaten erleichtern. Bisher erteilen Auskunft über die Grundbücher dezentral jeweils die Amtsgerichte, bei denen das jeweilige Grundbuch geführt ist.

2. Elektronischer Verkehr mit Grundbuchämtern und Registergerichten

Darüber hinaus streben die deutschen Notare den elektronischen Verkehr mit den öffentlich geführten Registern an, insbesondere mit den Grundbuchämtern und den Registergerichten. Dadurch könnte das Verfahren auf beiden Seiten zeit- und kostengünstiger gestaltet werden. Um die erforderliche Infrastruktur herzustellen, bereitet die Bundesnotarkammer ein besonders gesichertes elektronisches Notar-Intranetz vor. Dieses könnte dann auch mit den betreffenden Netzen in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union verbunden werden.

IV. Kostensenkende Wirkung der Tätigkeit des Notars

1. Grundstückstransaktionskosten

Nicht unerwähnt soll die kostensenkende Wirkung der Tätigkeit des Notars bleiben. So sind z.B. die Grundstückstransaktionskosten in Deutschland die niedrigsten in ganz Europa, und darüber hinaus wohl auch weltweit. Sie liegen insbesondere ganz erheblich unter denen in Ländern außerhalb des Lateinischen Notariats. So sind die Transaktionskosten im Bereich des common law wesentlich höher.

2. Kostenersparnis aufgrund Streitvermeidung

Hinzu kommt die Kostenersparnis aufgrund Streitvermeidung. Nur etwa ein Promille aller notariellen Urkunden sind Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen.⁴⁷

⁴⁷ Näher Schwachtgen DNotZ 1999, 269, 270.

C. Der Notar im Leben der Menschen

Nach diesem Überblick über die verschiedenen Funktionen, welche das deutsche Recht für den Notar vorsieht, ändere ich nunmehr den Blickpunkt und stelle die Frage, wer sich wann typischerweise an einen Notar wenden muss.

I. Vater- und Mutterschaftsanerkennungen und sonstige Rechtsgeschäfte des Kindschaftsrechts, insbesondere Annahme an Kindes statt

Bereits bei der Geburt eines Menschen kann der Notar ins Spiel kommen, im Zusammenhang mit der Vater- bzw. Mutterschaftsanerkennung, mit der Annahme an Kindes statt.

Die vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte⁴⁸ und vom Bundesverfassungsgericht⁴⁹ erzwungene Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Geburt hat zu einer grundlegenden Reform des deutschen Kindschaftsrechts geführt. Dabei wurde die Ehelicherklärung des nichtehelich geborenen Kindes (Legitimation) abgeschafft.

II. Eheverträge und sonstige Vereinbarungen zwischen Verlobten und Ehegatten

Es folgt der ganze Katalog, der eherechtlichen und familienrechtlichen Vorgänge, die ich im einzelnen hier nicht aufzuführen brauche, weil sie wohl in allen Ländern um die gleichen Themen kreisen, auch wenn rechtstechnisch die Lösungen von Land zu Land sich unterscheiden.

Hervorheben möchte ich nur die zentrale Bedeutung des Notars bei der Errichtung von Eheverträgen. Das deutsche Recht verbietet Eheverträge nach Eheschließung nicht; es erschwert sie auch nicht. Jedoch ist angesichts der mittlerweile hohen Scheidungsrate in Deutschland es üblich geworden, alle Bereiche, die im Zusammenhang mit der Ehe relevant sind, bereits vor der Ehe vertraglich zu regeln. Solche Verträge betreffen nicht nur auf den Güterstand, sondern auch auf Fragen des sog. Versorgungsausgleichs und den Unterhalt nach der Scheidung. In Betracht kommen auch Vereinbarungen über das Erb- und Pflichtteilsrecht der Ehegatten.

Scheitert die Ehe, so wird der Notar wiederum bemüht für die Scheidungsfolgenvereinbarung, wenn die Eheleute sich einvernehmlich scheiden lassen wollen, d.h. eine kontrovers-

⁴⁸ EGMR FamRZ 1995, 1106.

⁴⁹ BVerfGE 1992, 158, BVerfG FamRZ 1995, 789.

se Auseinandersetzung vermeiden wollen.⁵⁰ Hierbei wird meist der gemeinsame Grundbesitz auf einen Ehegatten übertragen und festgelegt, dass dieser auf dem Grundbesitz lastende Grundpfandrechte und die dadurch gesicherten Verbindlichkeiten der Banken als künftiger alleiniger Schuldner übernimmt und der ausscheidende Ehegatte von der weiteren Haftung für diese befreit oder zumindest freigestellt werden soll.

III. Testamente, Erbverträge und sonstige erbrechtliche Rechtsgeschäfte

1. Beurkundungszwang für Erbverträge

Verläuft die Ehe glücklich oder jedenfalls ohne Scheidung, so endet sie durch Tod. Auch für diesen Fall suchen viele den Rat des Notars. Zwingend ist dies jedoch nicht vorgeschrieben, da ein Testament bzw. ein gemeinschaftliches Testament auch privatschriftlich errichtet werden kann. Nur für Erbverträge ist notarielle Beurkundung erforderlich. Durch den Erbvertrag werden die vertragsschließenden Teile gebunden, das heißt sie können ihre Verfügungen von Todes wegen nicht einseitig ändern. Erbverträge und sonstige den Nachlass eines noch lebenden Erblassers betreffende Verträge sind bekanntlich durch das revolutionäre Recht des französischen Code civil verboten worden; dadurch sind die Rechtsordnungen der meisten romanischen Staaten bis heute beeinflusst.

2. Bedeutung des Steuerrechts für die Gestaltung der Verfügungen von Todes wegen

Die Ausgestaltung der Verfügungen des Erblasser ist oft maßgeblich beeinflusst durch das Erbschaftssteuerrecht, das immer wieder Gegenstand von rechtspolitischen Neuerungsbestrebungen ist.

3. Bedeutung des internationalen Privatrechts (Kollisionsrechts) für die Gestaltung der Verfügungen von Todes wegen

Der Rat des Notars ist aber auch wichtig im Hinblick auf die Globalisierung der Lebensverhältnisse. Dass ein in Berlin oder München wohnender Deutscher Grundbesitz im Ausland, z.B. in Italien, Florida oder Schweden hat, ist heutzutage keine Seltenheit. Deswegen muss der Notar prüfen, welches Recht zur Anwendung kommt und den Betei-

⁵⁰ Für die bereits jetzt zulässige einvernehmliche Scheidung ist die Einführung eines schriftlichen Beschlussverfahrens geplant. Entfallen soll somit die obligatorische mündliche Verhandlung vor dem Familiengericht. Dieses zeit- und kostensparende Verfahren soll dann eröffnet sein, wenn die Parteien eine notariell beurkundete Vereinbarung vorlegen, die alle relevanten Scheidungsfolgen regelt.

ligten gegebenenfalls den Rat geben, die inhaltsgleiche Verfügung von Todes wegen auch nach dem Recht von Florida bzw. Italien oder Schweden zu errichten.

In diesem Zusammenhang spielt auch das Verbot von Erbverträgen eine große Rolle; gegebenenfalls wird der Notar den Beteiligten raten, inhaltsgleiche einseitige Verfügungen zu errichten, um der Gefahr der Nichtanerkennung des deutschen Erbvertrags im Staat der Belegenheit der Nachlassgegenstände vorzubeugen.

IV. Erbauseinandersetzungen

Diese wenige Beispiele zeigen deutlich, dass der Notar den Menschen von der Wiege bis zur Bahre begleitet.

Nach seinem Tod ist er bei der Erbauseinandersetzung, also der Teilung des Nachlasses unter mehreren Miterben, wieder eingeschaltet, wenn zum Nachlass Grundbesitz oder Geschäftsanteile einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung gehören.

V. Erfüllung von Vermächtnissen

Das gleiche gilt für die Erfüllung von Vermächtnissen im Hinblick auf Grundbesitz und Geschäftsanteile an Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Nach deutschem Recht gibt es kein Vindikationslegat. Vielmehr hat das Vermächtnis nur schuldrechtliche Wirkung.⁵¹ Dies bedeutet, dass der gesamte Nachlass, inklusive der Vermächtnisgegenstände auf den oder die Erben übergehen. Allerdings sind dieser bzw. diese verpflichtet, den Vermächtnisgegenstand an den Vermächtnisnehmer zu übereignen bzw. zu übertragen.⁵²

Hierzu ein Beispiel:

Der Erblasser setzt seine Ehefrau zum Alleinerben ein und vermacht seine Gesellschaft mit beschränkter Haftung seinem Neffen. Mit einem Ableben wird die Witwe Alleinerbin. Das heißt: Sie wird aufgrund Universalsukzession Inhaberin aller Geschäftsanteile an der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Sie ist jedoch aufgrund der Verfügung von

⁵¹ Man spricht auch von Damnationslegat.

⁵² § 2174 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) bestimmt: „Durch das Vermächtnis wird für den Bedachten das Recht begründet, von dem Beschwerten die Leistung des vermachten Gegenstandes zu fordern.“ Auch wenn nach deutschem Internationales Privatrecht (Art. 25 EGBGB) ausländisches Erbrecht zur Anwendung kommt, welches das Vindikationslegat vorsieht, wird die dingliche Wirkung bezüglich solcher Nachlassgegenstände, die sich in Deutschland befinden, nicht anerkannt mit der Begründung, die Frage des sachenrechtlichen Erwerbs falle nicht in den Anwendungsbereich des Erbstatuts, sondern in den des sachenrechtlichen Statuts, wo die *lex rei sitae*-Regel gilt (Art. 40 EGBGB). Damit wird das (vom maßgeblichen ausländischen Recht angeordnete) Vindikationslegat in Deutschland zum Damnationslegat „heruntergestuft“, Bundesgerichtshof (BGH) NJW 1995, 59; Bayerisches Oberstes Landesgericht (BayObLG) BayObLGZ 1995, 376; Palandt/Heldrich, BGB, 60. Auflage, 2001, Art. 25 EGBGB Rz. 11.

Todes wegen verpflichtet, die Geschäftsanteile an der Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu notarieller Urkunde auf den Vermächtnisnehmer zu übertragen.

VI. Erbschaftsausschlagungen

Das deutsche Erbrecht kennt keine hereditatis iacens.⁵³ Mit dem Tod des Erblassers geht der Nachlass auf seine Erben über. Diese brauchen die Erbschaft nicht anzunehmen, sie können sie vielmehr nur ausschlagen. Auch bei der Ausschlagung der Erbschaft ist der Notar in vielen Fällen mit einbezogen, weil die Ausschlagungserklärung der notariellen Beglaubigung bedarf, wenn sie nicht zur Niederschrift des Nachlassgerichts erfolgt.⁵⁴

VII. Verträge über den Nachlass eines noch lebenden Dritten

1. Grundsatz

Schließlich kennt das deutsche Recht auch anders als manche ausländische Rechtsordnungen Verträge über den Nachlass eines lebenden Dritten. Solche sind zwar nach § 312 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) grundsätzlich nichtig. Das gleiche gilt für einen Vertrag über den Pflichtteil oder ein Vermächtnis aus dem Nachlass eines noch lebenden Dritten.

2. Ausnahme

Diese Vorschriften finden jedoch auf einen Vertrag, der unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil eines von ihnen geschlossen wird, keine Anwendung.

VIII. Erb-, Pflichtteils- und Zuwendungsverzichtsverträge

Erb-, Pflichtteils- und Zuwendungsverzichtsverträge bedürfen der notariellen Beurkundung gemäß § 2348 BGB. Dabei handelt es sich um Verträge, mit denen Verwandte oder der Ehegatte des Erblassers auf ihr gesetzliches Erb- bzw. Pflichtteilsrecht verzichten. Das gleiche gilt für einen sog. Zuwendungsverzicht gemäß § 2352 BGB.⁵⁵

⁵³ Lapidar § 1922 Abs. 1 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB): Mit dem Tode einer Person (Erblasser) geht deren Vermögen (Erbschaft) als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen (Erben) über.

⁵⁴ § 1945 Abs. 1 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB).

⁵⁵ Es geht hier um folgende Konstellation: Der Verzichtende wurde durch bindendes gemeinschaftliches Testament oder durch Erbvertrag mit einem Dritten als Erbe eingesetzt oder mit einem Vermächtnis bedacht.

IX. Erbschafts Kaufverträge und ähnliche Veräußerungsverträge

Ein Vertrag, durch den der Erbe die ihm angefallene Erbschaft verkauft, bedarf der notariellen Beurkundung nach § 2371 BGB. Diese Vorschrift findet nach § 2385 BGB auch Anwendung auf ähnliche Verträge, wie den Verkauf einer durch den Verkäufer durch Vertrag erworbenen Erbschaft sowie auf andere Verträge, die auf die Veräußerung einer dem Veräußerer angefallenen oder anderweit von ihm erworbenen Erbschaft gerichtet sind.

X. Abtretung von Erbanteilen

Solche Verträge sind in der Praxis selten, wenn Erbe nur eine Person ist, weil der Alleinerbe in der Regel nicht die Erbschaft in toto, sondern nur einzelne Gegenstände aus dem Nachlass veräußert. Sie kommen aber oft vor bei Erbengemeinschaften. Hier veräußert ein Miterbe seinen (gesamthändlerischen) Erbanteil an einen anderen Miterben oder einen Dritten. Hier bedarf auch die dingliche Übertragung des Erbanteils nach § 2033 Abs. 1 Satz 2 BGB der notariellen Beurkundung.

XI. Vorweggenommene Erbfolge

Eine große Rolle spielt in der Praxis der Notare die sogenannte vorweggenommene Erbfolge. Bei dieser Variante übergibt der Erblasser bereits zu seinen Lebzeiten die wesentlichen Teile seines Vermögens an seine Kinder bzw. denjenigen, den er für geeignet hält, sein Vermögen weiter gut zu verwalten und nach Möglichkeit zu vermehren. Oft behält sich der Veräußerer den Nießbrauch oder zumindest ein Wohnungsrecht an dem übertragenen Grundbesitz auf Lebenszeit vor.

Für die im Gesetz nicht näher geregelte vorweggenommene Erbfolge hat sich eine umfangreiche kautelarjuristische Praxis entwickelt, die insbesondere den Fall umfasst, dass die junge Generation vor der Elterngeneration stirbt. In diesem Fall wird ein Rückforderungsvorbehalt in die Urkunde aufgenommen.

Die vorweggenommene Erbfolge ist seit alters her bei den Landwirten üblich, aber auch bei den Kaufleuten, wenn z.B. ein Vater, der sich zur Ruhe setzen will, sein Unternehmen an seine Kinder übergibt.

Neuerdings kommt sie immer mehr in Mode auch bei Privatleuten, vorwiegend aus erbschaftssteuerrechtlichen Erwägungen, insbesondere dann, wenn der Gesetzgeber beabsichtigt, die Erbschaftssteuer zu erhöhen.

XII. Erwerb von Grundbesitz für das Familienheim

Wichtig ist der Notar für den Normalbürger auch beim Erwerb von Grundbesitz, sei es dass er eine Parzelle erwirbt, um darauf zu bauen oder aber dass er eine Wohnung als Wohnungseigentum erwirbt.

In vielen Fällen erwirbt er ein noch zu errichtendes Haus bzw. eine noch zu errichtende Wohnung, d.h. zum Zeitpunkt der Beurkundung existiert nur ein Plan für das noch zu errichtende Gebäude. Es handelt sich hier um einen sog. Bauträgervertrag. In diesen Fällen muss insbesondere sichergestellt werden, dass der Erwerber geschützt ist, wenn der Verkäufer bzw. Werkunternehmer (Bauträger) das Bauvorhaben nicht zu Ende führt.

XIII. Nichteheliche Lebensgemeinschaften

1. Rechtsbeziehungen unter den Lebensgefährten

Die Zahl der Paare, die ohne Trauschein zusammenleben (sog. Lebengefährten), nimmt immer mehr zu. Zwischen den Partnern besteht zumindest der gleiche, wenn nicht sogar ein größerer Regelungsbedarf als zwischen Eheleuten, vor allem wenn man bedenkt, dass grundsätzlich eine gegenseitige Unterhaltspflicht nicht besteht und der überlebende nicht gesetzlicher Erbe des erstversterbenden Partners wird.⁵⁶

2. Rechtsbeziehungen zu den Kindern

In Betracht kommen bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften vor allem Vaterschaftsanerkennnisse und Unterhaltsverträge sowie die Einbenennung von Stiefkindern und Vereinbarungen über die elterliche Sorge und zum Umgangsrecht.

XIV. Registrierte gleichgeschlechtliche Gemeinschaften

Am 1. August 2001 ist das Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften⁵⁷ in Kraft getreten. Dieses führt die durch Erklärung vor der zuständigen Behörde begründete Partnerschaft auf Lebenszeit von zwei Personen gleichen Geschlechts ein. Dabei müssen die Lebenspartner ihren Vermögensstand festlegen. Regelvermögensstand ist die Ausgleichsgemeinschaft – dem entspricht unter Ehegatten der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft.

Sie können aber auch durch notariell beurkundeten Lebenspartnerschaftsvertrag ihren Vermögensstand abweichend von der gesetzlichen Ausformung regeln.

⁵⁶ Hierzu ausführlich Grziwotz in Beck'sches Notarhandbuch, 3. Auflage, 2000, B III.
⁵⁷ Bundesgesetzblatt 2001 I 266.

Hier wird sich ein neues Aufgabengebiet für die Notare auftun.

Die registrierten Lebenspartner haben ebenso wie Ehegatten ein gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht. Sie können gemeinschaftliche Testamente errichten, was nach bisherigem Recht nur Ehegatten möglich war. Auch können sie Erb- und Pflichtteilsverzichtsverträge vor dem Notar schließen.

D. Der Notar als Ansprechpartner der Kaufleute und Unternehmen

Wenden wir nun unseren Blick weg von den Perspektiven des Normalbürgers und fokussieren wir den Kaufmann und die Unternehmen. Auch hier sind im deutschen Rechtssystem dem Notar wichtige Aufgaben übertragen, die im folgenden unter Verzicht auf Vollständigkeit nur in groben Strichen skizziert werden.

I. Gründung, Kapitalerhöhungen und Satzungsänderungen bei Kapitalgesellschaften

Wie bereits erwähnt, bedarf die Gründung von Kapitalgesellschaften (Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Aktiengesellschaft etc.) der notariellen Beurkundung. Das gleiche gilt für Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen und für satzungsändernde Beschlüsse. Bei großen Aktiengesellschaften muss jede Hauptversammlung notariell beurkundet werden.

II. Umwandlungen

Gleiches gilt im Umwandlungsrecht. Seit 1. Januar 1995 hat Deutschland ein modernes Umwandlungsgesetz. Es fasst die bisher auf eine Vielzahl von Einzelgesetzen verteilten Umwandlungs- und Verschmelzungsmöglichkeiten in einem einheitlichen Gesetz zusammen und erweitert diese Möglichkeiten enorm.⁵⁸ Den schon bisher bekannten Rechtsinstituten Verschmelzung und Umwandlung fügt das Gesetz nunmehr auch die Spaltung hinzu, die bisher nur Treuhandunternehmen eröffnet war. Der Kreis der an einer Umwandlung beteiligungsfähigen Unternehmen (Rechtsträger) ist erheblich erweitert. Es ergeben sich auch sehr viele neue Möglichkeiten zur Umstrukturierung durch Gesamtrechtsnachfolge.⁵⁹

⁵⁸ Ausführlich hierzu Heckschen in Beck'sches Notarhandbuch, 3. Auflage, 2000, D IV.

⁵⁹ Im großen Überblick lassen sich vier verschiedene Gruppen der Umwandlungsarten festhalten:

1. Verschmelzung zur
 - Aufnahme
 - Neugründung
2. Spaltung mit folgenden Untergruppen
 - a) Abspaltung
 - zur Neugründung
 - zur Aufnahme
 - b) Ausgliederung
 - zur Neugründung
 - zur Aufnahme

An einer Umwandlung können nach dem derzeitigen Rechtszustand nur Rechtsträger mit dem Sitz im Inland beteiligt sein.⁶⁰ Die grenzüberschreitende Umwandlung ist im Gesetz nicht vorgesehen. Jedoch kann es sein, dass aufgrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in der Europäischen Gemeinschaft sich hier Änderungen abzeichnen werden. Das sog. Centros-Urteil des EuGH⁶¹ ist hierfür bereits ein Indiz.

Das neue Umwandlungsgesetz weitet die Zuständigkeit des Notars auch auf Fälle aus, bei denen bisher eine notarielle Mitwirkung nicht erforderlich war, z.B. Mitgliederversammlungen der Genossenschaften und Verschmelzungsvertrag zwischen Genossenschaften.

In Folge der Internationalisierung der wirtschaftlichen Zusammenhänge ist derzeit in Deutschland wie auch sonst in der Europäischen Union und darüber hinaus im Europäischen Wirtschaftsraum wie im transatlantischen Verhältnis eine große Fusionswelle im Gang. In diesem Zusammenhang kommen auf den Notar Aufgaben zu, welche für die gesamtwirtschaftliche Makrostruktur Deutschlands und Europas von großer Bedeutung sind.

III. Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge und sonstige Unternehmensverträge

Unternehmensverträge zwischen Aktiengesellschaften und solche zwischen Gesellschaften mit beschränkter Haftung sowie solche zwischen einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung und einer Aktiengesellschaft müssen zwar nicht notariell beurkundet werden; es genügt die Schriftform. Unternehmensverträge bedürfen jedoch der Zustimmung durch die Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung des beherrschten und des herrschenden Unternehmens. Weiter ist der Abschluss solcher Verträge zum Handelsregister anzumelden und deshalb ist der Notar damit befasst.

In Betracht kommen vor allem Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge. Diese werden meist aus steuerlichen Gründen abgeschlossen. Mit diesem Vertrag unterstellt ein Unternehmer (beherrschtes Unternehmen) seine Leitung einem anderen Unternehmen (herrschendes Unternehmen). Er verpflichtet sich, seine sämtlichen Gewinne an dieses

3. Vermögensübertragung
Vollübertragung und Teilübertragung

4. Formwechsel.

⁶⁰ § 1 Abs. 1 Umwandlungsgesetz (UmwG); Zimmermann in Beck'sches Notarhandbuch, 3. Auflage, 2000, G Rz. 189.

⁶¹ EuGH, Urteil vom 9. März 1999 Rechtssache C-212/97 Slg. 1999, I-1484 = IPRax 1999, 360 (Behrens 323). Zu Reaktionen nationaler Gerichte auf dieses Urteil Behrens IPRax 2000, 384.

Unternehmen abzuführen, das gleichzeitig verpflichtet ist, Verluste zu übernehmen. Auf diese Weise wird im sog. Vertragskonzern eine unmittelbare Verrechnung möglich, die sich steuermindernd auswirken kann.

Anders als beim Beherrschungsvertrag kann ein Ergebnis- und Gewinnabführungsvertrag auch rückwirkend zum Beginn des Geschäftsjahres abgeschlossen werden, da hier nicht wie beim Beherrschungsvertrag die Gefahr besteht, dass ursprünglich rechtmäßige Handlungen nachträglich unrechtmäßig werden können.⁶²

IV. Unternehmenskaufverträge

Eine große Rolle spielt der Notar beim Unternehmenskaufvertrag, sowohl beim sog. Share-Deal (Übertragung der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung) und auch beim Asset-Deal (Übertragung einzelner Vermögensgegenstände des Unternehmens) im Hinblick auf das Beurkundungserfordernis des § 313 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) und des § 15 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG).

⁶² Neben dem in § 291 AktG geregelten Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag enthält das Aktiengesetz noch Bestimmungen über die sog. Gewinngemeinschaft, § 292 Abs. 1 Nr. 1 AktG, Teilgewinnabführungsvertrag § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG und den Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsvertrag § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG.

E. Internationalrechtliche Fragestellungen

I. Ermittlung ausländischen Rechts

Ausländisches Recht muss der Notar nicht kennen. Er muss aber über das deutsche Internationale Privatrecht Bescheid wissen und hat nach dessen Regeln festzustellen, ob aus deutscher Sicht ausländisches Recht zur Anwendung kommen kann. Hierauf hat er die Beteiligten hinzuweisen, § 17 Abs. 3 Satz 2 des Beurkundungsgesetzes (BeurkG).

Über den Inhalt des ausländischen Rechts kann der Notar z.B. beim Deutschen Notarinstitut in Würzburg ein Gutachten einholen. Dieses ist eine sehr effektiv arbeitende Einrichtung der Bundesnotarkammer, die über eine sehr gute Bibliothek und einen hervorragenden Mitarbeiterstab verfügt.

II. Urkundsgewalt der Notare

Die Befugnis zur Errichtung öffentlicher Urkunden ist aus der Staatsgewalt abgeleitet. Als Träger eines öffentlichen Amtes darf der Notar nur in den territorialen Grenzen seines Staates tätig werden. Würde z.B. ein deutscher Notar nach Mexiko reisen, um dort einen Kaufvertrag oder ein Testament zu beurkunden, so würde dies die Territorialhoheit Mexikos verletzen.⁶³ Für die Souveränitätsverletzung würde Deutschland völkerrechtlich haften. Die Urkunde wäre innerstaatlich als öffentliche Urkunde unwirksam.

Davon zu unterscheiden sind die Fälle der Beurkundung von tatsächlichen Vorgängen, von denen der deutsche Notar im Ausland Kenntnis genommen hat, im Inland. Fährt z.B. der deutsche Notar zu einer Hauptversammlung einer deutschen Aktiengesellschaft nach Zürich und errichtet er nach seiner Rückkehr nach Deutschland an seinem Amtssitz eine Urkunde über den Ablauf der Versammlung, so ist die Urkunde – weil in Deutschland errichtet – wirksam. Gleichwohl hat der Notar das Völkerrecht verletzt. Die Schweiz könnte im Auswärtigen Amt in Berlin oder gegenüber dem deutschen Botschafter in Bern protestieren. In jedem Fall wird gegen den Notar ein Disziplinarverfahren eröffnet.

III. Internationale Zuständigkeit

1. Keine Begrenzung des Handlungsspielraums des Notars wegen internationaler Bezüge des Gegenstands seiner Beurkundung

Soweit der deutsche Notar im Inland tätig wird, ist sein Handlungsspielraum wegen in-

⁶³ Vgl. z.B. BGH DNotZ 1999, 346.

ternationaler Bezüge des Gegenstands seiner Beurkundung nicht beschränkt.⁶⁴ Es spielt also keine Rolle, dass

- ausländisches Recht zur Anwendung kommt
- die an dem Geschäft beteiligten Personen Ausländer sind oder im Ausland ihren Wohnsitz bzw. Sitz haben
- die Gegenstände des Rechtsgeschäfts im Ausland belegen sind.

2. Ausschließliche internationale Zuständigkeiten für deutsche Notare

a) Eigentumsübertragungen an deutschen Grundstücken (Auflassungen)

Allerdings beansprucht Deutschland eine Reihe von international ausschließlichen Zuständigkeiten. So kann die Eigentumsübertragung an einem deutschen Grundstück (Auflassung) und einem grundstücksgleichen Recht nach § 925 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) nur vor einem deutschen Notar erklärt werden.

b) Ausstellung von Teilhypotheken- und Teilgrundschuldbriefen

Das gleiche gilt für die Ausstellung von Teilhypotheken- und Teilgrundschuldbriefen nach § 20 Abs. 2 der Bundesnotarordnung (BNotO).

c) Versteigerung von unbeweglichen Sachen

Ebenso verhält es sich mit der Versteigerung von unbeweglichen Sachen nach § 20 Abs. 3 BNotO.

d) Gesellschaftsverträge, Satzungen, Satzungsänderungen, Umwandlungen sowie die Übertragung des Vermögens deutscher Kapitalgesellschaften

(i) Strenge Doktrin

Umstritten ist die Frage, ob und inwieweit ausländische Notare auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts tätig werden dürfen. Nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung beansprucht Deutschland eine international ausschließliche Zuständigkeit. Das heißt: Gesellschaftsverträge, Satzungen, Beschlüsse über Satzungsänderungen, Umwandlungen sowie die Übertragung des Vermögens deutscher Kapitalgesellschaften können nur deutsche Notare beurkunden, weil Sinn und Zweck der Einschaltung des Notars dessen Rechtskunde ist. Die genaue Kenntnis des deutschen Gesellschaftsrechts könne von ei-

⁶⁴ Zum folgenden schon ausführlich der Deutsche Länderbericht von Wirner und Ott zum XX. Kongress der Internationalen Union des Lateinischen Notariats in Cartagena (Kolumbien).

nem ausländischen Notar nicht erwartet werden. Dieser sei daher für eine entsprechende Beratung und Belehrung nicht geeignet.⁶⁵

(ii) Liberale Rechtsprechung

Diesem Ansatz stehen die deutschen Gerichte relativ kritisch gegenüber.⁶⁶ Jedenfalls dann, wenn der ausländische Notar nach Ausbildung und Funktion dem deutschen Notar gleichwertig und das ausländische Beurkundungsverfahrensrecht dem deutschen ähnlich ist, wird die ausländische Notarurkunde der deutschen gleichgestellt. Für diese Substitution verlangt die deutsche Rechtsprechung nicht ein gleiches Verfahren wie nach dem deutschen Beurkundungsgesetz, sondern nur Gleichwertigkeit.⁶⁷ Hierbei ist vom Zweck der deutschen Formvorschrift auszugehen und zu prüfen, ob die ausländische Beurkundung diesen Zweck in gleicher Weise verwirklicht wie das vom deutschen Notar zu beachtende Verfahren. Es reicht nicht aus, dass die ausländische Urkundsperson den Titel „Notar“ führt. Sie muss vielmehr nach Ausbildung und Rechtsstellung einem deutschen Notar vergleichbar sein und nach einem deutschen Beurkundungsverfahren vergleichbaren Verfahren vorgehen.⁶⁸

IV. Echtheit ausländischer Urkunden

Von der Frage der Substitution logisch zu trennen ist der Beweis der Echtheit der ausländischen notariellen Urkunde. Dies bedeutet: Der Empfängerstaat, in dem die ausländische Urkunde verwendet werden soll, verlangt von dem Staat, dessen Notar die Urkunde errichtet hat, eine schriftliche Bestätigung, dass die Urkunde echt ist, d.h. von der betreffenden Urkundsperson stammt und dass diese nach dem Recht des Errichtungsstaates für die betreffende Beurkundung zuständig und befugt ist. Diese sog. Legalisation betrifft die beweisrechtliche Frage der Echtheit der Urkunde und nicht die materiellrechtliche Frage der Erfüllung der notariellen Form durch eine (der deutschen gleichwertige) Urkundsperson. Auf § 438 ZPO, der die Legalisation nicht zwingend vorschreibt, und die Liberalisierung durch das Haager Übereinkommen zur Befreiung ausländischer Urkunden von der Legalisation vom 5. Oktober 1961⁶⁹ durch Einführung der Apostille wurde bereits eingangs hingewiesen. Im Anwendungsbereich dieses Übereinkommens ist die vom Ur-

⁶⁵ Nachweise z.B. bei Zimmermann in Beck'sches Notarhandbuch, 3. Auflage, 2000, G Rz. 190 ff.

⁶⁶ Nachweise bei Spellenberg in Münchener Kommentar zum BGB, 3. Auflage, Art. 11 EGBGB Rz. 92.

⁶⁷ BGH NJW 1981, 1160. Hierzu kritisch Geimer DNotZ 1981, 406.

⁶⁸ Näher Wolfsteiner DNotZ 1978, 532; Brambring NJW 1975, 1255.

⁶⁹ Bundesgesetzblatt 1965 II 875.

sprungsstaat ausgestellte Apostille ausreichend, sofern nicht durch sonstige völkerrechtliche Vereinbarung mit dem Ursprungsstaat auf jeglichen Nachweis verzichtet worden ist.

V. Wirkungen ausländischer Urkunden

Wird demnach die Urkunde des ausländischen Notars oder einer sonstigen Urkundsperson in Deutschland als echt angesehen, so entspricht ihre Beweiskraft grundsätzlich der eines deutschen Notars (§§ 415, 417, 418 ZPO), sofern die ausländische Urkundsperson und das ausländische Beurkundungsverfahren mit dem entsprechenden deutschen Pendant vergleichbar ist.⁷⁰ So kann z.B. die „Urkunde“ eines US-amerikanischen notary public niemals als Urkunde im Sinne von § 128 BGB, §§ 8 ff. Beurkundungsgesetz eingestuft werden, selbst wenn der notary public bezeugt, er habe die Niederschrift vorgelesen, sie sei von den Beteiligten genehmigt und von ihnen eigenhändig unterschrieben worden.

VI. Locus regit formam actus (auctor regit actum): Ortsrecht als Alternative zu der vom Geschäftsstatut vorgeschriebenen Form

1. Art. 9 des Europäischen Vertragsrechtsübereinkommens und Art. 11 des Einführungsgesetzes zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB)

Der Grundsatz *Locus regit formam actus* ist in Art. 9 des Europäischen Vertragsrechtsübereinkommens vom 19. Juni 1990 und (in erweitertem Anwendungsbereich) in Art. 11 EGBGB festgeschrieben. Danach wird alternativ an das Geschäftsrecht (Wirkungsstatut) und das Ortsrecht angeknüpft.

2. Folgen einer Rechtswahl für die Formfrage

Das für das Rechtsgeschäft maßgebliche Recht können die Parteien des Vertrages ausdrücklich oder konkludent wählen. Die entsprechenden Regeln des Römischen Vertragsrechtsübereinkommens sind in Deutschland in Art. 27 ff. EGBGB transformiert. Die Rechtswahl bewirkt, dass das gesamte Rechtsgeschäft in allen seinen rechtlichen Facetten der gewählten Rechtsordnung unterstellt wird. Wählen die Parteien z.B. das deutsche Recht für den Kaufvertrag bezüglich eines spanischen Grundstücks, so kommt aus deutscher Sicht auch die Formvorschrift des § 313 BGB zur Anwendung; dies bedeutet, dass

⁷⁰ Spellenberg in Münchener Kommentar zum BGB, 3. Auflage, Art. 11 EGBGB Rz. 97b.

der Kaufvertrag notariell beurkundet werden muss.⁷¹ Allerdings besteht eine Heilungsmöglichkeit des § 313 S. 2 BGB. Wird der Eigentumsübergang nach dem Recht des La-georts wirksam, so wird die fehlende Form der notariellen Beurkundung (§ 313 S. 1 BGB) geheilt, auch wenn – wie in dem vorigen Beispiel – dieses Recht (hier: spanisches) weder eine Auflassung (= vom Kaufvertrag losgelöster dinglicher Vertrag über den Ei-gentumsübergang an dem Grundstück) noch (konstitutive) Eintragung in das Grundbuch kennen.⁷²

3. Anwendungsbereich

a) Sachenrechtliche Übertragungs- bzw. Bestellsakte

Die Regel locus regit actum gilt nicht unbegrenzt. Sie kommt gemäß Art. 9 Abs. 6 der Europäischen Vertragsrechtsübereinkommens bzw. nach Art. 11 Abs. 4 und 5 EGBGB nicht zur Anwendung auf dingliche Verfügungen, d.h. den sachenrechtlichen Übertra-gungs- bzw. Bestellsakte. Diese Ausnahme von der Regel greift jedoch nicht für das der dinglichen Verfügung zugrunde liegende *schuldrechte Verpflichtungsgeschäft*. Für dieses genügt die Einhaltung der Ortsform, und zwar auch dann, wenn für den schuld-rechtlichen Vertrag ein Recht gilt, das die dem deutschen Recht geläufige Unterschei-dung zwischen obligatorischem und dinglichen Geschäft nicht kennt, also z.B. mit Ab-schluss des Kaufvertrags das Eigentum übergehen lässt. Allerdings soll dies nach Art. 11 Abs. 4 EGBGB, der auf Art. 9 Abs. 6 des Europäischen Vertragsrechtsübereinkommens basiert, wiederum dann nicht gelten, wenn nach dem Recht des Belegenheitsstaates „des-sen zwingende Formvorschriften ohne Rücksicht auf den Ort des Abschlusses des Ver-trages und auf das Recht, dem er unterliegt, anzuwenden sind.“

b) Rechtsgeschäfte und Rechtsvorgänge, welche die Organisation deutscher Gesellschaften und juristischen Personen betreffen

Einem Ausschluss der Ortsform durch analoge Anwendung des Art. 11 Abs. 5 EGBGB auf Rechtsgeschäfte und Rechtsvorgänge, welche die Organisation deutscher Gesell-schaften und juristischen Personen betreffen, steht die deutsche Rechtsprechung – wie

⁷¹ BGHZ 52, 239; BGHZ 53, 194; BGHZ 57, 337; BGHZ 73, 391. Differenzierend, ob ausdrückliche oder konkludente Rechtswahl vorliegt Spellenberg in Münchener Kommentar zum BGB, 3. Auflage, Art. 11 EGBGB Rz. 34.

⁷² Die Einzelheiten sind umstritten, Nachweise z.B. bei Palandt/Heldrich, BGB, 60. Auflage, 2001, Art. 11 EGBGB Rz. 6.

bereits erwähnt – sehr skeptisch gegenüber, und zwar auch dann, die betreffenden Geschäfte bzw. Vorgänge der Eintragung im deutschen Register bedürfen.⁷³

c) Errichtung von Testamenten und Erbverträgen

Die Einhaltung der Ortsform genügt für die Errichtung von Testamenten nach dem Haager Abkommen über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht vom 5. Oktober 1961, dem Deutschland beigetreten ist. Innerstaatlich findet sich die einschlägige Vorschrift in Art. 26 EGBGB. Danach findet sie auch auf Erbverträge Anwendung, welche das Haager Übereinkommen bekanntlich ausgeklammert hat, weil vor allem der romanische Rechtskreis Erbverträge nicht kennt.

VII. Lex fori – Grundsatz

Im Verfahrensrecht gilt weltweit der lex fori- Grundsatz.⁷⁴ Auch wenn in der Sache (on the merits) ausländisches Recht anzuwenden ist, z.B. für die Geschäftsfähigkeit eines Ausländers oder für den obligatorischen Vertrag (z.B. weil die Parteien des Rechtsgeschäftes eine Rechtswahl getroffen und dabei ein ausländisches Recht vereinbart haben), gilt für das Verfahren vor deutschen Gerichten und Behörden deutsches Verfahrensrecht, das wiederum in Wechselbeziehung zum Beurkundungsverfahrensrecht steht. Das Erfordernis des Nachweises der Eintragungsgrundlagen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden dient dem Schutz der inländischen Registergerichte und zugleich dem Schutz der Beteiligten. Die Eintragungen sollen auf sicheren, richtigen und beweiskräftigen Unterlagen aufbauen und auf diese Weise dem Entstehen von Streitigkeiten oder Rechtsunsicherheiten möglichst vorbeugen. Die Richtigkeitsvermutung des deutschen Grundbuchs (§ 891 BGB) und der Rechtsverlust bzw. der Ausschluss eines eventuellen wahren Berechtigten durch gutgläubigen Erwerb (§ 892 BGB) sind – wie bereits oben erwähnt – nur durch die Kombination von sicherer Beurkundung und sicherer Eintragung rechtsethisch zu begründen.⁷⁵

In diesem Zusammenhang sei auch auf Art. 16 der Brüsseler und Luganer Konvention und Art. 22 der Verordnung (EG) vom 22. Dezember 2000 Nr. 44/2001 hingewiesen. Nach Art. 16 Nr. 1 bzw. Art. 22 Nr. 1 sind für dingliche Klagen allein die Gerichte des Belegenheitsstaates ausschließlich zuständig, also die Gerichte des Staates, in dem das

⁷³ Nachweise bei Spellenberg in Münchener Kommentar zum BGB, 3. Auflage, Art. 11 EGBGB Rz. 1 ff.; derselbe in Festschrift Schütze, 1999, 887, 898 ff.

⁷⁴ Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 4. Auflage, 2001, Rz. 319.

⁷⁵ So schon sehr deutlich der Länderbericht von Wirner und Ott.

Grundstück bzw. grundstücksgleiche Recht belegen ist. Nach Art. 16 Nr. 2 der Brüsseler und der Luganer Konvention bzw. nach Art. 22 Nr. 2 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 ist für Klagen, welche die Gültigkeit, die Nichtigkeit oder die Auflösung einer Gesellschaft oder juristischen Person oder der Beschlüsse ihrer Organe zum Gegenstand haben, ausschließlich international zuständig die Gerichte des Staates, in dessen Hoheitsgebiet die Gesellschaft oder juristische Person ihren Sitz hat. Diese Vorschriften finden zwar nur Anwendung, wenn es um ein kontradiktorisch angelegtes Zweiparteienverfahren nach dem Muster des klassischen Zivilprozesses geht.⁷⁶ Aber die ihnen zugrundeliegende Wertung sollte man auch auf den Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit und insbesondere auch auf das Beurkundungsverfahren übertragen.

⁷⁶ Näher Geimer Festschrift Schippel, 1996, 869, 883; Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 1997, Art. 2 Rz. 57 und Art. 16 Rz. 152.

F. Internationale Durchsetzung vollstreckbarer Urkunden

I. Grundprinzip: Notwendigkeit der Vollstreckbarerklärung

1. Keine Anerkennung der ausländischen Vollstreckbarkeit durch Wirkungserstreckung

Trotz aller Globalisierung und internationaler Vernetzung wird auch heute noch die in ihrem Ursprungsstaat einer notariellen Urkunde⁷⁷ zukommende Vollstreckungswirkung⁷⁸ nicht automatisch auf ausländische Staaten erstreckt,⁷⁹ insbesondere nicht auf denjenigen, in welchem die Vollstreckung stattfinden soll. Es gibt also in diesem strengen Sinne *keine Anerkennung vollstreckbarer Urkunden*. Bei der grenzüberschreitenden Vollstreckung aus notariellen Urkunden besteht vielmehr ebenso wie bei der Vollstreckung von Leistungsurteilen der staatlichen Gerichte und der Schiedsgerichte die Notwendigkeit eines Exequaturs, also einer Vollstreckbarerklärung im Vollstreckungsstaat.

Die Vollstreckbarkeit nach dem Recht des Erststaates beinhaltet die Anweisung an die inländischen Vollstreckungsorgane, den festgestellten Anspruch auf Antrag notfalls mit Zwang durchzusetzen. Eine Anweisung an Vollstreckungsorgane eines anderen Staates scheidet aus völkerrechtlichen Gründen aus. Es ist nämlich die Souveränität fremder Staaten zu respektieren.

Die Normen des Erststaates, die einer notariellen Urkunde Vollstreckungswirkung zuweisen, sind deshalb für die Vollstreckungsorgane anderer Staaten an sich unbeachtlich. In diesen Staaten, die wir im folgenden Zweitstaaten nennen wollen, wird die erststaatliche Vollstreckungswirkung nur beachtet, wenn und soweit die zweitstaatliche Rechtsordnung dies vorschreibt.

Der zweitstaatliche Gesetzgeber könnte nun anordnen, dass die erststaatliche Vollstreckungswirkung ausländischer vollstreckbarer Urkunden auf seinen Hoheitsbereich erstreckt werde. Der Umfang der Vollstreckbarkeit wäre aufgrund dieser Wirkungserstreckung auch im Zweitstaat nach dem Recht des Erststaates zu beurteilen.

⁷⁷ Geimer, Vollstreckbare Urkunden ausländischer Notare, DNotZ 1975, 461.

⁷⁸ Grundlegend aus deutscher Sicht Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 1978; aus österreichischer Sicht Rechberger/Oberhammer/Bogensberger, Der vollstreckbare Notariatsakt, 1994 sowie Wagner/Knechtel, Notariatsordnung, 5. Auflage, 2000, Erläuterungen zu § 3 NO Rz. 1 ff.

⁷⁹ Nicht anwendbar daher § 328 der deutschen Zivilprozessordnung (ZPO) bzw. Art. 26 EuGVÜ/LugÜ und nunmehr Art. 33 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen.

Diesen Weg geht das deutsche Recht nicht, wie ein Blick auf §§ 722, 723 der deutschen Zivilprozessordnung (ZPO) zeigt. Auch sonst sieht keine Rechtsordnung eine solche echte Anerkennung im Sinne einer Wirkungserstreckung für die Vollstreckbarkeit vor. Die Anerkennung ist vielmehr grosso modo auf die Rechtskraft (*res iudicata*), die Präklusions-, Gestaltungs- und Interventions- bzw. Streitverkündungswirkung beschränkt.⁸⁰ Solche Wirkungen bringt die vollstreckbare Urkunde nicht hervor.

Das gleiche gilt auch im Anwendungsbereich der internationalen Übereinkommen und Verträge sekundären Gemeinschaftsrechts der Europäischen Gemeinschaft. Erwähnt sei hier nur Art. 31 ff. der Brüsseler und der Luganer Konvention⁸¹ sowie Art. 38 ff. der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, die am 1. März 2002 in Kraft treten und das Brüsseler Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen ersetzen wird.

2. Exequatur als Gestaltungsakt

Wie bereits gesagt, lehnen es - soweit bekannt - alle Rechtsordnungen ab, die Vollstreckungswirkung im Sinne einer echten Anerkennung auf das Inland zu erstrecken. Es soll der Anschein vermieden werden, als würden deutsche Vollstreckungsorgane den Befehlen auswärtiger Justizorgane gehorchen.

Zudem würde eine Anerkennung der ausländischen Vollstreckbarkeit auf erhebliche praktische Schwierigkeiten stoßen. Durch die Anerkennung würde nämlich die ausländische Vollstreckbarkeit auf das Inland erstreckt mit der Folge, dass der Umfang der Vollstreckung einschließlich der Frage, wann diese einzustellen ist, nach dem Vollstreckungsrecht des Erststaates zu beurteilen wäre. Von einem Vollstreckungsorgan, insbesondere von einem Gerichtsvollzieher, kann aber die Kenntnis ausländischen Vollstreckungsrechts nicht verlangt werden.⁸²

⁸⁰ Zu den anerkennungsfähigen Urteilswirkungen Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 4. Auflage, 2001, Rz. 2799 ff.

⁸¹ Zu Recht betont Leutner, Die vollstreckbare Urkunde im europäischen Rechtsverkehr, 1997, 36, dass - anders als bei Entscheidungen ausländischer Gerichte - eine Anerkennung i.S. einer *Wirkungserstreckung* vom Erststaat auf den Zweitstaat nicht in Betracht kommt, weil die vollstreckbare Urkunde keine anerkennungsfähigen Wirkungen entfaltet. Die ihr inhärente *Vollstreckbarkeit nach dem Recht ihres Herkunftsstaates* (S. 203 ff.) wird nicht auf den Vollstreckungsstaat erstreckt, vielmehr verleiht dieser ihr die Vollstreckbarkeit nach seinem eigenen Recht und stellt sie damit inländischen Vollstreckungstiteln gleich (S. 31).

⁸² Geimer/Schütze, Internationale Urteilsanerkennung I/2, 1984, 1413.

Die Vollstreckbarkeit im Inland muss deshalb einem ausländischen Vollstreckungstitel originär verliehen werden⁸³, gleichgültig ob es sich um eine vollstreckbare Notarurkunde oder ein gerichtliches Urteil handelt. Das zweitstaatliche Exequatur, das diese Wirkung herbeiführt, ist damit kein Feststellungsbescheid, der die Erstreckung der ausländischen Vollstreckbarkeit auf das Inland feststellt. Es ist vielmehr ein prozessualer Gestaltungsakt.⁸⁴

3. Wirkungen der Vollstreckbarerklärung

Die Vollstreckbarkeit, die dem ausländischen Titel durch das zweitstaatliche Exequatur verliehen wird, beurteilt sich ausschließlich nach dem Recht des Zweitstaates und deckt sich inhaltlich mit der Vollstreckbarkeit zweitstaatlicher Titel.⁸⁵ Auch nach Beseitigung der Vollstreckbarkeit im Erststaat bleibt die dem ausländischen Titel durch das Exequatur verliehene Vollstreckbarkeit im Zweitstaat bestehen. Sie kann aber durch Vollstreckungsgegenklage (auch Vollstreckungsabwehrklage genannt) beseitigt werden.⁸⁶ Damit ist gewährleistet, dass im Streitverfahren und nicht im Zwangsvollstreckungsverfahren geprüft wird, ob die Vollstreckbarkeit weggefallen ist.

II. Vollstreckbarerklärung ausländischer vollstreckbarer Urkunden nach deutschem autonomem Recht

1. § 794 Abs. 1 Nr. 5 der deutschen Zivilprozessordnung

§ 794 Abs. 1 Nr. 5 der deutschen Zivilprozessordnung (ZPO) bietet keine Rechtsgrundlage für die Vollstreckbarerklärung ausländischer vollstreckbarer Urkunden. Diese Vorschrift betrifft nur die Zwangsvollstreckung „aus Urkunden, die von einem deutschen Gericht oder von einem deutschen Notar innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind“. Der Anwendungsbereich von § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO ist somit strikt auf die Urkunden deutscher Notare begrenzt. Für die Vollstreckung aus Titeln, die vor *ausländischen* Notaren errichtet wurden, gibt diese Vorschrift keine Basis.⁸⁷

⁸³ BGH FamRZ 1986, 45 = EWiR 1985, 207 (Geimer) = RIW 1986, 554 = NJW 1986, 1440 = IPRax 1986, 294 (Dopffel 277).

⁸⁴ Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 21. Auflage, § 722 Rz. 3; Wieczorek/Schütze, ZPO, 3. Auflage, § 722 Rz. 24.

⁸⁵ Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 4. Auflage, 2001, Rz. 3101.

⁸⁶ Näher unten VIII.

⁸⁷ Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 21. Auflage, 1995, § 794 Rz. 24, 99.

2. Vorschlag: Analoge Anwendung der §§ 722 und 723 der deutschen Zivilprozessordnung

Als Rechtsgrundlage kommen jedoch §§ 722, 723 ZPO in Betracht.⁸⁸ Diese Vorschriften betreffen ihrem Wortlaut nach nur die Vollstreckbarerklärung von ausländischen Urteilen, d.h. von gerichtlichen Entscheidungen. Die herrschende Meinung fasst zwar den Urteilsbegriff sehr weit, lehnt es jedoch ab, auch vollstreckbare Notarurkunden hierunter zu subsumieren.⁸⁹ Dieser Standpunkt ist zu eng: Wenn sich das deutsche Recht bereit findet, Entscheidungen ausländischer Gerichte unter bestimmten Voraussetzungen zur Zwangsvollstreckung im Inland zuzulassen, so muss dies erst recht für ausländische vollstreckbare Urkunden gelten. Der Hauptvorbehalt gegenüber der Vollstreckung ausländischer gerichtlicher Entscheidungen beruht auf einer gewissen Skepsis gegenüber der ausländischen Rechtspflege. Man will verhindern, ungeprüft die Akte ausländischer Staatsgewalt im Inland zwangsweise durchzusetzen. Diese Bedenken entfallen aber bei vollstreckbaren Urkunden ausländischer Notare, da die Beteiligten freiwillig und ohne hoheitlichen Zwang ihre Erklärungen vor dem ausländischen Notar abgegeben haben. Was der im 19. Jahrhundert international renommierte *Ludwig von Bar* geschrieben hat, trifft auch heute noch den Nagel auf den Kopf:⁹⁰

„Die wenigsten Bedenken hat jedenfalls die Zulassung der Zwangsvollstreckung aufgrund von ausländischen Urkunden der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Mag man auch einem auswärtigen Richterspruch misstrauen, so ist doch nicht ohne weiteres Fälschung oder grobes Missverständnis zuzuschreiben den in einem zivilisierten Staate aufgenommenen Urkunden der freiwilligen Gerichtsbarkeit, zumal die Parteien sich meist selbst die geeigneten Organe aussuchen können, Fälschung aber, bei denen in Wahrheit nicht erschienene Personen als handelnd aufgeführt werden, glücklicherweise doch selten sind.“

⁸⁸ Geimer DNotZ 1975, 461, 464; Geimer Festschrift Ferid, 1988, 89 ff.; Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 4. Auflage, 2001, Rz. 3106; Geimer/Schütze, Internationale Urteilsanerkennung I/2, 1984, 1620; Zöller/Geimer, ZPO, 22. Auflage, 2001, § 722 Rz. 8. Zustimmung Schütze DNotZ 1992, 66, 81; Wieczorek/Schütze, ZPO, 3. Auflage, § 723 Rz. 2.

⁸⁹ Baumann in Bülow/Böckstiegel/Geimer/Schütze, Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, 3. Auflage (Stand: Oktober 2000) 795, 170 Bei Fußn. 4; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 21. Auflage, 1995, § 722 Rz. 10 sowie § 794 Rz. 24, 99; Spellenberg in Münchener Kommentar zum BGB, 3. Auflage, 1998, Art. 11 Rz. 45.

⁹⁰ von Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts II, 2. Auflage, 1889, 542.

3. Exkurs: Der liberale Standpunkt anderer Rechtsordnungen zur Frage der Vollstreckbarerklärung ausländischer vollstreckbarer Urkunden

Was hier für das deutsche Recht mühsam argumentativ gefolgert wurde, weil der deutsche Gesetzgeber das Problem ausländischer Urkunden übersehen hat, steht in Österreich *verbis expressis* im Gesetz. Nach § 79 der österreichischen Exekutionsordnung kann auch aus „Urkunden“ vollstreckt werden, die im Ausland errichtet und dort vollstreckbar sind. Auch andere Staaten kennen eine solche Norm, wie z.B. Frankreich in Art. 509 Nouveau Code de Procédure Civile, Griechenland in Art. 905 lit. f des Zivilprozessgesetzes,⁹¹ Italien in Art. 68 des IPR-Gesetzes vom 31. Mai 1995, Spanien in Art. 600 Ley de Enjuiciamiento Civil,⁹² die Slowakei und Tschechien in Art. 63 des IPR-Gesetzes vom 4. Dezember 1963.⁹³

4. Zusammenfassung

Nach in Deutschland herrschender Meinung kommt außerhalb des Anwendungsbereichs der zwischenstaatlichen Verträge derzeit eine Vollstreckung ausländischer Notarurkunden nicht in Betracht. Damit wird die praktische Bedeutung des autonomen Rechts stark reduziert. In der Tat spielt das autonome Recht in der Rechtswirklichkeit keine große Rolle. Im Vordergrund steht das Vertragsrecht, insbesondere die Brüsseler und die Luganer Konvention, und künftig die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, die am 1. März 2002 in Kraft treten und das Brüsseler Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen ersetzen wird.

III. Völlige Freizügigkeit der vollstreckbaren Urkunden durch Abschaffung des Exequaturerfordernisses?

Das Erfordernis der Vollstreckbarerklärung des erststaatlichen Vollstreckungstitels in den anderen Mitgliedstaaten nach Maßgabe von Art. 31 ff. EuGVÜ/LugÜ bzw. nunmehr Art. 38 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22. Dezember 2000 kostet Zeit und Geld. Sie birgt auch die Gefahr in sich, dass der bössartige Schuldner sein Vermögen in einen ande-

⁹¹ Art. 906 III ZPG als *argumentum e contrario*.

⁹² Hierzu Fernandez Rozas/Sanchez Lorenzo, *Curso de derecho internacional privado*, 1991, 592.

⁹³ Nicht jedoch die Schweiz, da man dort die vollstreckbare Urkunde nicht kennt, obwohl Art. 31 IPR-Gesetz die Vorschriften über die Anerkennung und Vollstreckung sinngemäß für die Anerkennung und Vollstreckung einer Urkunde der freiwilligen Gerichtsbarkeit für anwendbar erklärt, Jametti Greiner, *Der Begriff der Entscheidung im schweizerischen internationalen Zivilverfahrensrecht*, 1998, 208. Eine Vollstreckungspflicht besteht jedoch nach Art. 50 LugÜ, hierzu Jametti Greiner, *Der Begriff der Entscheidung im schweizerischen internationalen Zivilverfahrensrecht*, 1998, 353.

ren Staat weiter verschiebt, ehe der Gläubiger die Vollstreckbarerklärung erreicht hat. Deshalb hat man in der Reformdiskussion unter anderem zur Beschleunigung der Vollstreckungsmöglichkeiten und im Interesse ihrer Effizienz die völlige Abschaffung des Exequaturerfordernisses verlangt.⁹⁴ Doch die Realisierung dieses Vorschlags lässt auf sich warten. Die neue Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22. Dezember 2000 hält strikt an der Notwendigkeit der Vollstreckbarerklärung fest. Als kläglicher Rest von der Forderung nach einem die Grenzen überspringenden „europäischen Vollstreckungstitel“ ist Art. 41 der genannten EG-Verordnung zu verstehen. Dieser bestimmt:

„Sobald die in Artikel 53⁹⁵ vorgesehenen Förmlichkeiten erfüllt sind, wird die Entscheidung unverzüglich für vollstreckbar erklärt, ohne dass eine Prüfung der Versagungsgründe gemäß den Artikeln 34 und 35⁹⁶ erfolgt. Der Schuldner erhält in diesem Abschnitt des Verfahrens keine Gelegenheit, eine Erklärung abzugeben.“

Diese neue Norm kontrastiert deutlich zu Art. 34 EuGVÜ/LugÜ. Zwar normieren auch die Brüsseler und die Luganer Konvention für die erste Instanz ein ex parte-Verfahren, an dem der Schuldner nicht beteiligt ist. Aber Art. 34 Abs. 2 schreibt die Prüfung der im jeweiligen Übereinkommen vorgesehenen Versagungsgründe durch den Exequaturrichter vor.⁹⁷ Diese Prüfung entfällt nunmehr im Interesse der Verfahrensbeschleunigung. Sie findet erst aufgrund des Rechtsmittels des Schuldners in der zweiten Instanz statt.⁹⁸

IV. Brüsseler und Luganer Konvention sowie Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen

Die bilateralen Verträge haben in Kerneuropa ihre Bedeutung weitgehend eingebüßt, nämlich im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten der Brüsseler und der Luganer Konvention, zu denen seit 1. Februar 2000 auch Polen gehört.⁹⁹

1. Vollstreckbarerklärung gemäß Art. 50 EuGVÜ/LugÜ bzw. Art. 57 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22. Dezember 2000

⁹⁴ Vgl. z.B. die Reform-Vorschläge der Kommission in Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 31. Januar 1998 Nr. C 33/22.

⁹⁵ Vgl. z.B. die Reform-Vorschläge der Kommission in Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 31. Januar 1998 Nr. C 33/22.

⁹⁶ Früher Art. 27 und 28 EuGVÜ.

⁹⁷ Für *restriktive Prüfung von Amts wegen im ex parte-Verfahren* bereits de conventione lata Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 1997, Art. 34 Rz. 27 ff.

⁹⁸ Art. 45 der Verordnung (EG) Nr. 44/2000.

⁹⁹ Bundesgesetzblatt 2000 II 1246. Hierzu Martiny/Ernst IPRax 2001, 29; Sawzuk Festschrift Schütze, 1999, 733; Wagner WIRO 2000, 47.

Im Anwendungsbereich dieser Übereinkommen, also in Zivil- und Handelssachen mit Ausnahme der in Art. 1 Abs. 2 des jeweiligen Übereinkommens aufgezählten Sondermaterien, kommt Art. 50 zum Zuge. An seine Stelle tritt am 1. März 2002 nahezu textgleich Art. 57 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001. Dieser bestimmt:

„(1) Öffentliche Urkunden, die in einem Mitgliedstaat aufgenommen und vollstreckbar sind, werden in einem anderen Mitgliedstaat auf Antrag in dem Verfahren nach den Artikeln 38 ff. für vollstreckbar erklärt. Die Vollstreckbarerklärung ist von dem mit einem Rechtsbehelf nach Artikel 43 oder Artikel 44 befassten Gericht nur zu versagen oder aufzuheben, wenn die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde der öffentlichen Ordnung des Vollstreckungsstaates widersprechen würde.

(2) Als öffentliche Urkunden im Sinne von Absatz 1 werden auch vor Verwaltungsbehörden geschlossene oder von ihnen beurkundete Unterhaltsvereinbarungen oder –verpflichtungen angesehen.

(3) Die vorgelegte Urkunde muss die Voraussetzungen für ihre Beweiskraft erfüllen, die in dem Mitgliedstaat, in dem sie aufgenommen wurde, erforderlich sind.

(4) Die Vorschriften des Abschnitts 3 des Kapitels III sind sinngemäß anzuwenden. Die befugte Stelle des Mitgliedstaats, in dem die eine öffentliche Urkunde aufgenommen worden ist, stellt auf Antrag die Bescheinigung unter Verwendung des Formblatts in Anhang VI aus.“

2. Begriff der öffentlichen Urkunde im Sinne von Art. 50 EuGVÜ/LugÜ und Art. 57 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001

Art. 50 EuGVÜ spricht - obwohl bei Abschluss der Brüsseler Konvention am 27. September 1968 im Bereich der sechs Gründerstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) fast ausschließlich notarielle Urkunden als vollstreckbare Urkunden in Betracht kamen - nicht von notariellen Urkunden, sondern von „öffentlichen Urkunden“. Der Begriff ist also weiter. *Jenard* und *Möller* stellen hierfür in ihrem Bericht zum textgleichen Art. 50 des Lugano-Übereinkommens¹⁰⁰ auf drei Kriterien ab:

(1) Die Urkunde muss von einer öffentlichen Stelle aufgenommen sein. Vollstreckbare Privaturkunden scheiden aus. Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) hat in seinem Urteil in Sachen *Unibank*¹⁰¹ klar heraus gestellt, dass eine öffentliche Ur-

¹⁰⁰ Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 1990 C 189, 80.

¹⁰¹ EuGH 17. Juni 1999 Rechtssache C 260/97 (*Unibank*) EWS 1999, 268 = DNotZ 1999, 919 (Fleischhauer 925) = IPRax 2000, 409 (Geimer 366); hierzu Jayme/Kohler IPRax 99, 401, 409. In concreto ging es um dänische Schuldscheine (Gaeldsbrev), aus denen nach § 478 Abs. 1 Nr. 5 Retsplejolv unmittelbar vollstreckt werden kann.

kunde im Sinne von Art. 50 EuGVÜ von einer Behörde oder einer anderen von dem Ursprungsstaat zur Errichtung vollstreckbarer Urkunden ermächtigten Stelle beurkundet sein muss. Daher fallen auch die deutschen Anwaltsvergleiche nicht unter Art. 50 EuGVÜ/LugÜ. Diese sind als solche Privaturkunden. Vollstreckungstitel werden sie nach § 794 Abs. 1 Nr. 4b ZPO, wenn sie entweder vom staatlichen Gericht (§ 796b ZPO) oder vom Notar (§ 796c ZPO) für vollstreckbar erklärt worden sind.¹⁰²

(2) Die Beurkundung muss sich auf den vollstreckbaren Anspruch beziehen; reine Unterschriftsbeglaubigungen genügen nicht.

(3) Die Urkunde muss im Errichtungsstaat aus sich heraus vollstreckbar sein. Es reicht nicht, dass die Urkunde in einem Urkundenprozess oder in einem ähnlichen Verfahren tituliert werden kann.¹⁰³

Ein weiteres wichtiges Tatbestandsmerkmal ist die Mitwirkung des Schuldners bei der Errichtung des Vollstreckungstitels; diejenige des Gläubigers ist nicht erforderlich. Die einseitige Unterwerfung des Schuldners (oder seines Vertreters) reicht aus.¹⁰⁴ Die vollstreckbaren Scheckproteste nach französischem Recht, die der huissier ohne Mitwirkung des Schuldners errichtet, sind danach auszuklammern.¹⁰⁵

3. Vorbehaltlose Vollstreckungspflicht

Vollstreckungspflicht besteht nach dem Übereinkommen sowie künftig nach der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22. Dezember 2000 auch dann, wenn im Zweitstaat die vollstreckbare Urkunde unbekannt ist. Auch darf insoweit nicht auf den *ordre public* als Grund für die Versagung der Vollstreckbarerklärung zurückgegriffen werden.¹⁰⁶

In Staaten, die dieses Rechtsinstitut nicht kennen (Vereinigtes Königreich, Norwegen und die Schweiz), wird es über kurz oder lang zu einer Diskussion über die vollstreckbare Urkunde kommen, die möglicherweise zur einer dritten Ausbreitungswelle nach der Rezeption des Römischen Rechts und den Eroberungen Napoleons¹⁰⁷ führen wird.¹⁰⁸ Eine solche Entwicklung würde auch in diesen Ländern zu beschleunigter Rechtsdurchsetzung

¹⁰² Anders Schütze DZWIR 1993, 133, 135; Wieczorek/Schütze, ZPO, 3. Auflage, § 796b Rz. 11.

¹⁰³ Leutner, Die vollstreckbare Urkunde im europäischen Rechtsverkehr, 1997, 45 ff.

¹⁰⁴ Leutner 44, 134, 200 f. Neuerdings will Gerhard Wagner, Prozessverträge, 1998, 778 ff. ohne plausible Begründung weg von der unilateralen Prozesshandlung und befürwortet eine Qualifikation als Prozessvertrag. Offen gelassen bei Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Auflage, 1997, 184 (§ 13 IV Fußn. 178).

¹⁰⁵ Leutner, Die vollstreckbare Urkunde im europäischen Rechtsverkehr, 1997, 44, 202.

¹⁰⁶ Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 1997, Art. 50 Rz. 4.

¹⁰⁷ Notarsgesetz vom 25. vëntose de l'an XI (16. März 1803).

¹⁰⁸ Leutner, Die vollstreckbare Urkunde im europäischen Rechtsverkehr, 1997, 287.

und zugleich zu wirksamer Justizentlastung führen, abgesehen von der spürbaren Kostensenkung für die Rechtsuchenden.

V. Einzelheiten der Vollstreckbarerklärung

1. Voraussetzungen für die Vollstreckbarerklärung

a) Echtheit der ausländischen Notarurkunde und deren Vollstreckbarkeit nach dem Recht des Erststaates

Der Antragsteller muss eine vollstreckbare Ausfertigung vorlegen, die nach dem Recht des Erststaates erteilt ist. Dadurch wird sowohl die Echtheit als auch die Vollstreckbarkeit nach dem Recht des Erststaates bewiesen. Einer Legalisation bedarf es nicht.¹⁰⁹

Wendet der Vollstreckungsschuldner ein, nach dem Recht des Erststaates liege kein wirksamer Titel vor, so muss der Zweitrichter diesen Einwand prüfen. Wenn nämlich die Notarurkunde nach dem Recht des Erststaates keine Wirkung entfalten kann, so entfällt auch ihre Vollstreckbarkeit. Die Vollstreckbarkeit nach dem Recht des Erststaates ist aber Voraussetzung für die Vollstreckbarerklärung im Zweitstaat.

b) Urkundsgewalt des ausländischen Notars

Der ausländische Notar muss für die Errichtung der vollstreckbaren Urkunde Urkundsgewalt gehabt haben. Diese Voraussetzung ist weder im autonomen Recht noch in den Verträgen ausdrücklich normiert. Sie folgt jedoch zwingend aus den Grundsätzen des allgemeinen Völkergewohnheitsrechts. Bereits öffentliche Beurkundung ist als solche Ausübung hoheitlicher Befugnisse,¹¹⁰ erst recht die Errichtung von Vollstreckungstiteln. Der Notar wird als Hoheitsträger tätig. Als solcher darf er – wie bereits oben sub E I dargelegt - nicht in die Souveränität anderer Staaten eingreifen. Beurkundet er gleichwohl auf fremdem Staatsgebiet, so verstößt er gegen das Völkerrecht. Alle Staaten, also auch nicht unmittelbar betroffene, müssen die Vollstreckbarerklärung dem völkerrechtswidrig zustande gekommenen Titel versagen, sonst würden sie sich an der Völkerrechtsverletzung beteiligen.¹¹¹

2. Keine Prüfung der internationalen Zuständigkeit des Erststaates

¹⁰⁹ Die einzelnen Verträge enthalten zu den Förmlichkeiten detaillierte Vorschriften, vgl. Art. 50 III, 47 Nr. 1 EuGVÜ/LugÜ.

¹¹⁰ Zur Ausübung öffentlicher Gewalt durch Notare im Sinne von Art. 45 EGV Stumpf/Gabler notar 2000, 11 mit weiteren Nachweisen.

¹¹¹ Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 4. Auflage, 2001, Rz. 533 ff.

a) **Autonomes deutsches Recht**

Die Anerkennung von *gerichtlichen Entscheidungen* setzt in der Regel die internationale Zuständigkeit des Erststaates voraus.¹¹² Auch im Rahmen der Vollstreckbarerklärung ausländischer vollstreckbarer Urkunden stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls nach welchen Kriterien die internationale Zuständigkeit des Erststaates zu prüfen ist. Dann müsste man Kriterien entwickeln, wann die internationale Zuständigkeit für die Errichtung vollstreckbarer Urkunden nach dem Spiegelbildprinzip¹¹³ zu bejahen ist. Die Gerichtstandsnormen passen aber nicht so ganz auf die Tätigkeit des Notars. Denn es gibt keinen Beklagten und anders als das Gericht wird der Notar nicht gegen den Schuldner, schon gar nicht ohne dessen Willen und in dessen Abwesenheit aktiv. Der Notar übt – im Gegensatz zum Gericht – *keine Zwangsgewalt* aus. Aus dem durch die Klageerhebung begründeten Prozessrechtsverhältnis erwächst dem Beklagten eine *Einlassungspflicht* im Sinne einer prozessualen Last. Verhandelt der Beklagte nicht vor Gericht bzw. lässt er sich nicht vertreten, so kann gegen ihn Versäumnisurteil ergehen.

Anders ist dagegen die Situation im Beurkundungsverfahren: Es kommt nur dann zur Beurkundung und damit zur Schaffung eines Vollstreckungstitels, wenn der Schuldner mitwirkt.¹¹⁴

b) **Brüsseler und Luganer Übereinkommen sowie Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen**

(i) **Gerichtliche Entscheidungen**

¹¹² Z.B § 328 Abs. 1 Nr. 1 der Zivilprozessordnung (ZPO), § 16a Nr. 1 des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG); Art. 102 II Nr. 1 des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung (EGInsO).

¹¹³ Zum Spiegelbildprinzip Geimer, Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland, 1995, 6, 114.

¹¹⁴ Insoweit kann man kompetenzrechtlich von einer „Unterwerfung“ oder „vorbehaltlosen Einlassung“ sprechen. Vgl. Martiny in dem vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht herausgegebenen Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts III/1, 1984, Kap. I § 4 Rz. 544 (S.252): „Soweit man eine Zuständigkeitsprüfung überhaupt für notwendig hält, dürfte eine Unterwerfung unter die Zuständigkeit des Gerichts vorliegen.“ Im gleichen Sinne zum *Vergleich* Heini/Keller/Siehr/Vischer/Volken, IPRG-Kommentar, 1993, Art. 30 Rz. 10: „Mit einer Zuständigkeitseinrede wird der Vollstreckungsbeklagte wohl selten zu hören sein. Indem er vor dem ausländischen Urteilsgericht Hand geboten hat zu einer gütlichen Streiterledigung, wird er sich auf dessen Zuständigkeit eingelassen haben (Art. 6, Art. 26 Bst. c IPRG), so dass diese Zuständigkeit in der Schweiz anzuerkennen ist.“

Das Brüsseler und das Luganer Übereinkommen sehen – ebenso wie nunmehr die Verordnung (EG) Nr. 44/2001¹¹⁵ - im Stadium der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von gerichtlichen Entscheidungen gemäß Art. 28 III EuGVÜ bzw. Art. 28 IV LugÜ grundsätzlich keine Prüfung der internationalen Zuständigkeit des Erststaates.¹¹⁶ Ausnahmen gelten aber für Versicherungs- und Verbrauchersachen und im Bereich der ausschließlichen Zuständigkeiten des Art. 16 EuGVÜ/LugÜ.

(ii) Vollstreckbare Urkunden

Darüber hinaus findet nach Art. 50 EuGVÜ/LugÜ und Art. 57 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 keinerlei Prüfung der internationalen Zuständigkeit des Erststaates statt.¹¹⁷ Öffentliche Urkunden sind deshalb im Anwendungsbereich des EuGVÜ/LugÜ bzw. nunmehr der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 auch dann für vollstreckbar zu erklären, wenn sie unter Verstoß gegen nationale Zuständigkeitsvorschriften zustande gekommen sind, solange dieser Verstoß nach dem Recht des Erststaates nicht zur Unwirksamkeit der Urkunde und damit des Vollstreckungstitels führt. Ein Verstoß gegen die Zuständigkeitsvorschriften der Brüsseler bzw. Luganer Konvention scheidet von vorneherein aus, weil die Zuständigkeitsordnung des jeweiligen Übereinkommens nicht für die Errichtung notarieller Urkunden gilt.¹¹⁸

3. Die Vereinbarkeit des Titels mit dem ordre public des Zweitstaates

Soweit man - wie hier vertreten - §§ 722, 723 der deutschen Zivilprozessordnung (ZPO) auf vollstreckbare Urkunden analog anwendet, ist für den Bereich des deutschen autonomen Rechts § 328 Abs. 1 Nr. 4 in Verbindung mit § 723 II 2 der deutschen Zivilprozessordnung (ZPO) einschlägig. Auch die jeweiligen Verträge, insbesondere Art. 50 EuGVÜ/LugÜ, sowie nunmehr Art. 57 Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung

¹¹⁵ Auch nach Art. 16 der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 vom 29. Mai 2000 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder der Ehegatten („Brüssel II“) und nach Art. 16 und Art. 25 der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren wird die internationale Zuständigkeit des Erststaates im Exequaturstadium nicht nachgeprüft.

¹¹⁶ Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 1997, Art. 28 Rz. 1 ff.

¹¹⁷ Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 1997, Art. 50 Rz. 13.

¹¹⁸ Geimer DNotZ 1999, 764, 766.

von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen sehen jeweils eine ordre public-Prüfung vor.¹¹⁹ Hierbei ist zu untersuchen, ob

- a) der zu vollstreckende Anspruch gegen den zweitstaatlichen ordre public verstößt. Da die ausländischen vollstreckbaren Notarurkunden in der Regel auf Zahlung von Geld oder Leistung von anderen vertretbaren Sachen lauten, dürfte dies regelmäßig nicht der Fall sein;
- b) das Rechtsverhältnis, aus dem der zu vollstreckende Anspruch resultiert, mit dem ordre public kollidiert.
- c) das ausländische Beurkundungsverfahren ordre public-widrig ist. Fälle, in denen ein solcher Verstoß zu bejahen ist, dürften - zumindest im Bereich des Lateinischen Notariats - nur Lehrbuchbeispiele sein.

VI. Der Ausnahmekatalog des Art. 1 Abs. 2 Nr. 1 des Brüsseler und Luganer Übereinkommens sowie der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22. Dezember 2000

Art. 1 Abs. 2 Nr. 1 EuGVÜ/LugÜ/Verordnung (EG) Nr. 44/2001 klammert bestimmte zivilrechtliche Materien aus dem Anwendungsbereich des Übereinkommens bzw. der Verordnung aus. Entgegen der herrschenden Meinung, die sich an den Wortlaut hält,¹²⁰ sollte man diese Ausnahmenvorschrift nicht auch auf die vollstreckbaren Urkunden anwenden.¹²¹ Dies ist z.B. wichtig bei Ehegattenvereinbarungen aus Anlass der Scheidung, wenn eine pauschale Summe zur Abfindung des nachehelichen Unterhalts (der in den Anwendungsbereich des Übereinkommens bzw. der Verordnung fällt) und der güterrechtlichen Ansprüche (die unter die Ausnahmenvorschrift der Nr. 1 zu subsumieren sind) vollstreckbar stipuliert wird.

VII. Keine Vollstreckbarerklärung öffentlich-rechtlicher Titel

§ 722, 723 der deutschen Zivilprozessordnung (ZPO) betreffen nur Titel, die über zivilrechtliche Ansprüche errichtet sind, nicht dagegen vollstreckbare Titel über öffentlich-rechtliche Ansprüche.

¹¹⁹ Treffend Leutner, Die vollstreckbare Urkunde im europäischen Rechtsverkehr, 1997, 31. „Gegenüber dem Exequatur für ausländische gerichtliche Entscheidungen privilegiert Art. 50 EuGVÜ/LugÜ die vollstreckbaren Urkunden, weil dort die Versagungsgründe auf den ordre public-Vorbehalt reduziert sind.“ Darin sieht Leutner 39 einen besonderen Vertrauensbeweis insbesondere gegenüber den Notaren. S. hierzu die Besprechung von Geimer DNotZ 1999, 764.

¹²⁰ Jenard-Bericht zu Art. 50.

¹²¹ Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 1997, Art. 1 Rz. 57 und Art. 50 Rz. 9.

Das gleiche gilt für das Vertragsrecht. Alle zwischenstaatlichen Abkommen und Verträge behandeln nur die Vollstreckbarerklärung von Titeln in Zivil- und Handelssachen, ebenso die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22. Dezember 2000.

VIII. Vollstreckbarerklärungsverfahren

Im Anwendungsbereich des EuGVÜ und des LugÜ ist das Vollstreckbarerklärungsverfahren weitgehend europaeinheitlich normiert.¹²² Das gleiche gilt für die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen.

Der Antrag, den ausländischen Vollstreckungstitel gemäß Art. 31 EuGVÜ/LugÜ bzw. Art. 38 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 für vollstreckbar zu erklären, ist in Deutschland gemäß Art. 32 EuGVÜ/LugÜ bzw. Art. 39 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 an den Vorsitzenden einer Zivilkammer des Landgerichts zu richten.¹²³ Eine Zuständigkeit des Amtsgerichts besteht nicht. Gegen die Entscheidung des Vorsitzenden findet kein Widerspruch (in der gleichen Instanz) statt; vielmehr kann Beschwerde zum Oberlandesgericht eingelegt werden. Gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts ist die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof statthaft.

IX. Einwendungen des Schuldners

Die prozessualen Rechte des Schuldners werden durch die vollstreckbare Notarurkunde nicht verkürzt. Auch wenn er sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat, bleibt es ihm unbenommen, seine Einwendungen, z.B. Zahlung, Aufrechnung, Stundung etc., im Wege der Oppositions- bzw. Vollstreckungsgegenklage vorzubringen. Behauptung

¹²² Im Bereich völkerrechtlichen Verträge sind die nationalen Ausführungsgesetze zu beachten, sofern der einschlägige Vertrag die Vollstreckbarerklärung nicht selbst regelt.

¹²³ Die *örtliche Zuständigkeit* wird jeweils durch den Wohnsitz bzw. Sitz des Schuldners bestimmt. Hat dieser keinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet des Vollstreckungsstaates, so ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die Zwangsvollstreckung durchgeführt werden soll (Art. 32 II EuGVÜ/LugÜ). Die sachliche und die örtliche Zuständigkeit des deutschen Landgerichts gemäß Art. 32 EuGVÜ/LugÜ bzw. Art. 39 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22. Dezember 2000 sind nach § 3 des deutschen Gesetzes zur Ausführung zwischenstaatlicher Verträge und zur Durchführung von Verordnungen der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet der Anerkennung und Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen (Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetz – AVAG – BGBl. 2001 I 288) ausschließliche Zuständigkeiten. Die Einzelheiten des Vollstreckbarerklärungsverfahrens sind - ergänzend und lückenausfüllend zu Art. 31 ff. EuGVÜ/LugÜ bzw. zu Art. 38 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 - in §§ 4 ff. AVAG geregelt.

tungs- und Beweislast sind ebenso verteilt wie im Falle einer Leistungsklage des Gläubigers.

1. Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel

Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Klausel einer deutschen vollstreckbaren Urkunde können nach den §§ 795, 732, 726, 768 der deutschen Zivilprozessordnung (ZPO) in besonderen Verfahren vorgebracht werden. Diese Verfahren finden jedoch nicht statt, wenn eine ausländische Zwangsvollstreckungsunterwerfung für vollstreckbar erklärt werden soll. In diesem Fall sind die Einwendungen im Vollstreckbarerklärungsverfahren zu erheben.

2. Einwendungen gegen den materiellen Anspruch

a) Feststellungsklage

Eine notarielle vollstreckbare Urkunde erwächst nicht in materielle Rechtskraft.¹²⁴ Der Schuldner darf sich deshalb gemäß §§ 797 IV, 767 II der deutschen Zivilprozessordnung (ZPO) auch auf solche Einwendungen berufen, die er schon im Zeitpunkt der Errichtung der Urkunde hätte geltend machen können: Eine Präklusion findet nicht statt.

Will der Gläubiger mit Rechtskraftwirkung sein Recht feststellen lassen, so muss er Klage auf Feststellung des Anspruchs erheben. Umgekehrt kann auch der Schuldner negative Feststellungsklage erheben. Damit wird jedoch die Vollstreckbarkeit des Titels nicht beseitigt. Die negative Feststellungsklage des Schuldners ist deshalb in Deutschland sehr selten.

b) Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) und vergleichbare Oppositionsklagen

Die Einwendungen des Schuldners gegen den Anspruch werden vielmehr im Wege Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 der deutschen Zivilprozessordnung (ZPO) oder durch ein vergleichbares ausländisches Rechtsinstitut geltend gemacht. Dies kann auf zweierlei Weise geschehen:

(i) Im Erststaat

Der Schuldner kann seine Einwendungen gegen den materiellen Anspruch zunächst einmal im Erststaat mit der Oppositions- bzw. Vollstreckungsgegenklage oder den sonstigen dem Recht des Erststaates bekannten Rechtsbehelfen vorbringen. Damit wird die Voll-

¹²⁴ Vgl. oben B III.

streckbarkeit nach dem Recht des Erststaates beseitigt. Der Titel ist dadurch auch im Zweitstaat nicht mehr vollstreckbar; der Schuldner muss sich allerdings im zweitstaatlichen Exequaturverfahren hierauf berufen. Fällt die Vollstreckbarkeit nach dem Recht des Erststaates erst *nach Abschluss dieses Verfahrens* weg, so kann der Schuldner die Aufhebung oder Änderung der erststaatlichen Vollstreckbarkeit im Zweitstaat in einem besonderen Verfahren nach § 29 des deutschen Gesetzes zur Ausführung zwischenstaatlicher Verträge und zur Durchführung von Verordnungen der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet der Anerkennung und Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen (Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetz – AVAG)¹²⁵ vorbringen.

(ii) Im Zweitstaat

Der Schuldner kann aber auch auf die Oppositions- bzw. Vollstreckungsgegenklage im Erststaat verzichten (etwa, weil er dort kein Vermögen besitzt) und nur im Zweitstaat gegen die Vollstreckbarerklärung vorgehen. Er muss seine Einwendungen dann allerdings gemäß §§ 12, 14 AVAG im Vollstreckbarerklärungsverfahren vorbringen. Lässt er die Vollstreckbarerklärung unanfechtbar werden, so kann er nicht mehr mit Einwendungen gehört werden, die vor Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. - falls er Beschwerde eingelegt hat - nach Beendigung des Beschwerdeverfahrens entstanden sind.¹²⁶

Sind solche Einwendungen dagegen erst nach Abschluss des Vollstreckbarerklärungsverfahrens entstanden, so steht ihm nach § 14 AVAG die Vollstreckungsgegenklage zur Verfügung.

Beispiel: Der Schuldner zahlt, nachdem der Titel in Deutschland unanfechtbar für vollstreckbar erklärt worden ist. In diesem Fall kann der Schuldner gegen die deutsche Vollstreckbarerklärung Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 der deutschen Zivilprozessordnung (ZPO) erheben.

X. Schadensersatz wegen ungerechtfertigter Vollstreckung

Für Ansprüche auf Schadensersatz wegen ungerechtfertigter Vollstreckung ist kollisionsrechtlich maßgebend das Recht des Vollstreckungsortes. Der Schuldner einer ausländischen vollstreckbaren Urkunde ist in Deutschland besser geschützt als der Schuldner einer deutschen vollstreckbaren Urkunde. Denn eine verschuldensunabhängige Gefähr-

¹²⁵ BGBl. 2001 I 288.

¹²⁶ Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 1997, Art. 36 Rz. 28. Kritisch zur Lösung des deutschen Gesetzgebers in § 14 (früher: § 15) AVAG Leutner, Die vollstreckbare Urkunde im europäischen Rechtsverkehr, 1997, 265 ff.

dungshaftung besteht nach § 717 Abs. 2 der deutschen Zivilprozessordnung (ZPO) im Fall der Vollstreckung aus Urteilen, nicht aber bei der Vollstreckung aus Urkunden gemäß § 795 Abs. 1 Nr. 5 ZPO.¹²⁷ Für die Vollstreckung aus ausländischen Urkunden enthält dagegen § 28 des deutschen Gesetzes zur Ausführung zwischenstaatlicher Verträge und zur Durchführung von Verordnungen der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet der Anerkennung und Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen (Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetz – AVAG)¹²⁸ eine Regelung, die dem § 717 Abs. 2 der deutschen Zivilprozessordnung (ZPO) nachgebildet ist und ebenfalls eine Gefährdungshaftung begründet.

XI. Folgen der Verweigerung des Exequaturs

Wird die Vollstreckbarerklärung abgelehnt (etwa weil das ausländische Beurkundungsverfahren gegen den *ordre public* verstoßen hat), so muss der Gläubiger seinen Anspruch einklagen, um einen im Zweitstaat vollstreckbaren Titel zu erlangen. Dafür muss er sich an die Gerichte des Staates wenden, der für diese Klage international zuständig ist. Im Anwendungsbereich der Brüsseler und der Luganer Konvention bzw. der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen sind Art. 2 ff. zu beachten. Ist danach allein der Staat, in dem die vollstreckbare Urkunde errichtet wurde und noch Vollstreckbarkeit besitzt, international zuständig, so können Komplikationen auftreten, wenn nach dortigem Recht eine neue Leistungsklage unzulässig ist, z.B. weil man dort die Ansicht vertritt, dem Gläubiger fehle für einen weiteren Vollstreckungstitel in Form eines Leistungsurteils das Rechtsschutzbedürfnis. Ein solcher Standpunkt wäre konventionswidrig.

Gleichwohl darf der Gläubiger nicht schutzlos bleiben. In einem solchen Fall wird man daher - auch im Anwendungsbereich des EuGVÜ und des LugÜ bzw. der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22. Dezember 2000 - aus dem Gesichtspunkt der internationalen Notzuständigkeit eine Klage vor den österreichischen bzw. deutschen Gerichten zulassen müssen, sofern ein hinreichender Inlandsbezug besteht.¹²⁹

XII. Globales Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen

¹²⁷ Zöller/Stöber, ZPO, 22. Auflage, 2001, § 717 Rz. 5.

¹²⁸ BGBl. 2001 I 288.

¹²⁹ Zur (im Text der Übereinkommen nicht vorgesehenen) Notzuständigkeit Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 1997, Art. 31 Rz. 64.

Derzeit wird im Rahmen der Haager Konferenz für internationales Recht über ein weltweit geltendes Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen („Welt-GVÜ“) nach dem Modell des Brüssler Übereinkommens verhandelt. Aus der Sicht des Lateinischen Notariats ist sehr wichtig, die Regelung des Art. 50 des Brüsseler Übereinkommens auch in das Welt-GVÜ zu übernehmen, weil angesichts der Globalisierung die vollstreckbaren Notarurkunden nicht in den nationalen Grenzzäunen hängen bleiben dürfen.¹³⁰ Auch muss verhindert werden, dass es von vornherein zu einem Ungleichgewicht zwischen den Ländern des Lateinischen Notariats und den Common Law-Ländern kommt. Letztere sind ein wenig zu kurz gekommen bei den Segnungen, welche die Römer über die Welt gebracht haben. Vom Römischen Recht ist dort wenig angekommen, wenn man von der Vorliebe der common lawyers für lateinische termini absieht. Auch die Fortentwicklung des Römischen Rechts im Mittelalter vor allem in Oberitalien ist auf den Britischen Inseln nicht oder nur zurückhaltend rezipiert worden. So leuchtet ein, dass man in den Common Law-Ländern das fortschrittliche Institut der vollstreckbaren Urkunde leider nicht kennt. Viele Angelegenheiten, die im Bereich des Lateinischen Notariats durch vollstreckbare Notarurkunde geregelt werden, erledigt man funktional vergleichbar, aber rechtskonstruktiv altmodischer in Summary Proceedings durch judgment by consent bzw. by confession. Diese Urteile fallen in den Anwendungsbereich des geplanten Welt-GVÜ und müssen daher in allen Vertragsstaaten anerkannt und vollstreckt werden. Umgekehrt besteht dagegen keine Chance auf internationale Durchsetzung notarieller Vollstreckungstitel, wenn die Regelung des Art. 50 EuGVÜ nicht auch in das Welt-GVÜ übernommen wird. Art. 34 des vorläufigen Entwurfs sieht lediglich die Vollstreckbarerklärung von vollstreckbaren Urkunden auf der Basis der Gegenseitigkeit vor. Diese Entwicklung wäre sehr zu bedauern. Denn die vollstreckbaren Urkunden sind – dies sei nochmals hervorgehoben - im Bereich des Lateinischen Notariats eine effiziente Alternative zu den gerichtlichen Verfahren und entlasten die Justiz ungemein. Auch besteht kein sachlicher Grund, der vollstreckbaren Urkunde international nur auf der Basis der Gegenseitigkeit zur Durchsetzung zu verhelfen, während diese Einschränkung bei der Vollstreckbarerklärung von judgments by consent oder by confession entfällt. Der Notar steht auch auf gleicher Stufe wie der Richter im Zivilprozess. Er ist ein unabhängiger und unparteiischer Amtsträger, der für den juristischen Inhalt der von ihm errichteten Urkunden verantwortlich ist.

¹³⁰ Ausführlich Fleischhauer IPRax 1999, 216.

Wenn man so will, handelt es sich um eine prozessuale *professio iuris*.¹³¹ Diese ist auch das *tertium comparationis* zu den *judgments by consent* oder *by confession* des anglo-amerikanischen Rechts. Nur ist das Common Law in diesem Punkt archaischer, oder - weniger plakativ ausgedrückt - zumindest weniger entwickelt als das Civil Law in den Ländern des Lateinischen Notariats. Es erscheint doch zopfig, wenn in den Vereinigten Staaten von Amerika eine Unterwerfungsurkunde bei Gericht eingereicht werden muss, damit dieses nunmehr ein *judgment by confession* bzw. *by consent* erlassen kann. Da ist es doch viel eleganter, wenn der Schuldner (oder sein Vertreter) vor dem Notar erscheint, dort seine Schuld einbekennt und sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft. Obwohl beide Institute auf dem gleichen Grundverständnis beruhen, nämlich Errichtung eines Vollstreckungstitels in einem zügigen und kostensparenden nichtstreitigen Verfahren, und obwohl *judgments by confession* bzw. *by consent* rechtstatsächlich die gleiche Funktion erfüllen wie in den Ländern des Lateinischen Notariats die vollstreckbaren Notarurkunden, sollen sie nach dem bisherigen Stand der Diskussion in Den Haag ungleich behandelt werden. Nur die Quasi-Urteile des Common Law sollen in den Anwendungsbereich der neuen Worldwide Convention fallen, während die vollstreckbaren Urkunden der Lateinischen Notare draußen vor der Tür bleiben sollen. Damit würden auf internationaler Ebene die nationalen Bemühungen um effiziente Zwangsvollstreckung und um eine Entlastung der Gerichte ad absurdum geführt. In diesem Zusammenhang lohnt sich auch ein Blick auf die Schiedsgerichtsbarkeit. Hier ist es seit ptolemäischen Zeiten anerkannt, dass die Parteien anstelle des Wegs zu den staatlichen Gerichten den Gang zu den Schiedsgerichten wählen können. Schiedssprüche genießen weltweit Freizügigkeit, eben weil sich die Erkenntnis durchgesetzt hat, dass die Parteien auf den Rechtsschutz staatlicher Gerichte verzichten und ihre Streitigkeiten in anderen Formen beilegen können. Was für Schiedssprüche gilt, muss erst recht für vollstreckbare notarielle Urkunde gelten.

G. Territoriale Grenzen des Exequaturs: L'exequatur sur l'exequatur ne vaut

Wird im Staat B ein Vollstreckungstitel aus dem Staat A für vollstreckbar erklärt, so bildet dieses Exequatur dort die Grundlage der Zwangsvollstreckung. Dieses kann aber in Deutschland nicht für vollstreckbar erklärt werden (sondern nur der Vollstreckungstitel aus dem Staat A).

¹³¹ Fleischhauer IPRax 1999, 216, 219.

Der Grundsatz *L'exequatur sur l'exequatur ne vaut* ist allgemein anerkannt¹³². So kann z.B. ein Exequatururteil, durch das ein ausländisches Urteil in einem dritten Staat für vollstreckbar erklärt wird, nicht für vollstreckbar erklärt werden. Dem Exequatur ist mit- hin die territoriale Beschränkung auf den Staat, in dem die Vollstreckbarerklärung erfolgt ist, inhärent.

Beispiel: Ein deutscher Notar erklärt nach § 1053 Abs. 4 der deutschen Zivilprozessord- nung (ZPO) einen New Yorker Schiedsspruch für vollstreckbar. Nun soll der Schieds- spruch in Griechenland vollstreckt werden. Grundlage für das dortige Vollstreckbarerklä- rungsverfahren kann nicht das deutsche (notarielle) Exequatur sein, sondern allein der ursprüngliche Vollstreckungstitel, nämlich der New Yorker Schiedsspruch.

H. Thesen

1. Bei wichtigen Geschäften des Immobilienrechts, Erbrechts und Gesellschafts- rechts ist notarielle Beurkundung erforderlich. Vor allem für den Verbraucher ist und bleibt die notarielle Beurkundung notwendig, weil nur so die fachkundige Be- ratung und Mitwirkung eines unabhängigen, unparteiischen Organs der Rechts- pflege sichergestellt ist.
2. Die Gründung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung und von Aktienge- sellschaften bedarf der notariellen Beurkundung, ebenso die Kapitalerhöhung und die Satzungsänderung. Das im Recht der Kapitalgesellschaften bisher unumstößli- che Dogma der konstitutiven Bedeutung der Eintragung im Register ist nicht mehr zeitgemäß. Wenn man darüber klagt, dass die Dauer der Eintragungsverfahren zu lang sei, dann hilft der Ruf nach einem Zentralregister auf nationaler oder euro- päischer Ebene nicht weiter. Man sollte vielmehr Kontrollaufgaben der Register- behörden auf den Notar vorverlagern: Die Gesellschaft beginnt als juristische Per- son mit Haftungsbegrenzung nicht erst mit der Eintragung im Register, sondern

¹³² Nachweise bei Geimer, Zur Prüfung der Gerichtsbarkeit und der internationalen Zuständigkeit bei der Anerkennung ausländischer Urteile, 1966, 26 *FuBn.* 7; Geimer, Anerkennung ausländischer Ent- scheidungen in Deutschland, 1995, 87, 171; *ders.* in Geimer/Schütze, Internationale Urteilsanerken- nung I/2, 1984, 1174; Kegel in *Festschrift Müller-Freienfels*, 1986, 392; Kropholler *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 28 (1988), 115; Linke, *Internationales Zivilprozessrecht*, 2. Auflage, 1995, Rz. 355; Martiny in *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, Bd. III 1, 1984, Kap. I Rz. 381; Baumann, *Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer gerichtlicher Entscheidungen in Unterhaltssachen*, 1989, 17; Jametti Greiner, *Der Begriff der Entscheidung im schweizerischen internationalen Zivilverfahrensrecht*, 1998, 100; Stojan, *Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Zivilurteile*, 1986, 171; Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 2. Auflage, 1996, Rz. 812, 936. Anderer Auffassung Schütze *ZZP* 77 (1984), 287.

bereits mit der Bescheinigung des Notars, dass die Gesellschaft rechtmäßig gegründet ist. Das gleiche soll für Kapitalerhöhungen und Umwandlungen gelten, aber auch für Sitzverlegungen, sonstige Satzungsänderungen, Fusionen und Abspaltungen etc.

3. Auf ihrer Sondertagung zur Schaffung eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts im finnischen Tampere am 15. und 16. Oktober 1999 forderten die Staats- und Regierungschefs der Europäischen Union einen „echten Europäischen Rechtsraum“, in dem Einzelpersonen und Unternehmen grenzüberschreitend ungehindert durch „die Unvereinbarkeit oder die Komplexität der Rechtsordnungen“ ihre Rechte geltend machen können. In diesem Zusammenhang wurde zu Recht die Forderung nach einem „europäischen Vollstreckungstitel“ erhoben, aufgrund dessen in allen Staaten der Europäischen Union die Zwangsvollstreckung ohne vorhergehende Exequaturerteilung betrieben werden kann.
Hierfür ist die vollstreckbare Notarurkunde besonders geeignet. Hier wird - ohne die zumeist überlasteten Gerichte bemühen zu müssen - auf einfache und darüber hinaus billige Art ein Vollstreckungstitel geschaffen, der rechtsethisch sehr hoch anzusiedeln ist. Denn der Schuldner hat freiwillig mitgewirkt und sich aus freien Stücken der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen bzw. ihr zugestimmt. Dabei werden seine prozessualen Rechte nicht eingeschränkt, ja in gewisser Hinsicht sogar erweitert, weil eine Präklusion von Einwendungen - anders als beim gerichtlichen Leistungsurteil - nicht stattfindet.
4. Art. 57 Abs. 4 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, der Art. 50 der Brüsseler Konvention am 1. März 2002 ablösen wird, bestimmt:
„Die befugte Stelle des Mitgliedstaats, in dem die eine öffentliche Urkunde aufgenommen worden ist, stellt auf Antrag die Bescheinigung unter Verwendung des Formblatts in Anhang VI aus.“
Dieser Vordruck verlangt u.a. die Angabe des Gläubigers und des Schuldners sowie den „Wortlaut der vollstreckbaren Verpflichtung in der Anlage zu dieser Bescheinigung.“ Die Wendung „Wortlaut“ der vollstreckbaren Verpflichtung sollte gestrichen werden, weil bei wortklauberischer Auslegung dieser Formulierung bürokratische Hemmnisse für die internationale Vollstreckbarkeit der Notarurkun-

den zu befürchten sind. Es sollte ausreichen, wenn durch Verweis auf die Notarurkunde klar gemacht wird, um welchen Vollstreckungstitel es sich handelt. Die Kompetenz zur Ausstellung der erwähnten Bescheinigung sollten die Notarkammern bzw. Berufsvertretungen der Notare erhalten. Damit wird gewährleistet, dass eine sachkundige und hoch spezialisierte Stelle befasst ist, die mit den Details der vollstreckbaren Urkunden bestens vertraut ist.

5. Das Europäische Parlament hatte vorgeschlagen, dass die Notare für die Vollstreckbarerklärung ausländischer vollstreckbarer Urkunden zuständig sein sollten. Die entsprechenden Formulierungen wurden jedoch vom Rat bedauerlicherweise nicht in die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen übernommen. Dieser Vorschlag sollte aber weiter verfolgt und die Verordnung entsprechend geändert werden.
6. In Deutschland können bereits *de lege lata* Notare Anwaltsvergleiche und Schiedssprüche mit vereinbartem Wortlaut (Schiedssprüche, die einen Vergleich der Parteien in sich inkorporieren) nach §§ 796c Abs. 1 und 1053 Abs. 4 der deutschen Zivilprozessordnung (ZPO) für vollstreckbar erklären, wenn beide Parteien dies beantragen. Es besteht eine konkurrierende Zuständigkeit neben der des staatlichen Gerichts. Eine solche Zuständigkeit sollte zur Entlastung der Justiz auch für alle Schiedssprüche und für die Vollstreckbarerklärung ausländischer Notarurkunden eingeführt werden.
7. In den Common Law-Ländern kennt man das fortschrittliche Institut der vollstreckbaren Urkunde leider nicht. Viele Angelegenheiten, die im Bereich des Lateinischen Notariats durch vollstreckbare Notarurkunde geregelt werden, erledigt man funktional vergleichbar, aber rechtskonstruktiv altmodischer in Summary Proceedings durch judgment by consent bzw. by confession. Diese Urteile fallen in den Anwendungsbereich des von der Haager Konferenz für internationales Recht geplanten Welt-Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens in Zivil- und Handelssachen und müssen daher in allen Vertragsstaaten anerkannt und vollstreckt werden. Umgekehrt besteht dagegen keine Chance auf internationale Durchsetzung notarieller Vollstreckungstitel, wenn die Regelung des Art. 50 des Brüsseler Übereinkommens bzw. des Ar. 57 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die

Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen nicht auch in das Haager Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen übernommen wird.

Art. 34 des vorläufigen Entwurfs, der lediglich die Vollstreckbarerklärung von vollstreckbaren Urkunden auf der Basis der Gegenseitigkeit vorsieht, ist ungenügend. Denn die vollstreckbaren Urkunden sind im Bereich des Lateinischen Notariats eine effiziente Alternative zu den gerichtlichen Verfahren und entlasten die Justiz ungemein. Auch besteht kein sachlicher Grund, der vollstreckbaren Urkunde international nur auf der Basis der Gegenseitigkeit zur Durchsetzung zu verhelphen, während diese Einschränkung bei der Vollstreckbarerklärung von judgments by consent oder by confession entfällt.

Schiedssprüche genießen weltweit Freizügigkeit, eben weil sich die Erkenntnis durchgesetzt hat, dass die Parteien auf den Rechtsschutz staatlicher Gerichte verzichten und ihre Streitigkeiten in anderen Formen beilegen können. Was für Schiedssprüche gilt, muss erst recht für vollstreckbare notarielle Urkunde gelten.