

Peter Bohnenkamp

Bocholter Straße 3
46325 Borken

Rechtsanwalt und Notar

Tel: 02861/907 907

Fax: 02861/907 90 90

E-Mail: anwaltsbuero@bohenkamp-borken.de

25. UINL - Kongress Madrid 2007

Thema II

Die Notartätigkeit in ländlichen Regionen
im Vergleich zu städtischen.

Länderbericht Deutschland

Berichterstatter: Rechtsanwalt und Notar Peter Bohnenkamp

* Rechtsanwalt seit 1969, Notar seit 1972 mit dem Amtssitz in Borken.
Borken im Münsterland ist eine Mittelstadt mit ca. 40.000 Einwohnern, Mittelzentrum in einer
ländlich geprägten Region

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung: Einführung in das Thema	3
B. Das Notariat in Deutschland: Die territoriale und personelle Bereitstellung notarieller Dienstleistungen.....	6
I. Organisation des Notariats	6
1. Das Amt des Notars	6
2. Freiberufliche Stellung des Notars	7
3. Notariatsverfassung.....	8
4. Bestellung des Notars	9
5. Amtsbereich des Notars	10
II. Die Amtstätigkeit des Notars	11
1. Persönliche Amtsausübung.....	11
2. Unabhängigkeit und Unparteilichkeit	13
3. Redlichkeit der Amtsführung	15
4. Unzulässige Tätigkeiten und Geschäfte des Notars.....	16
5. Berufsverbindungen	16
6. Die Haftung des Notars	18
7. Die Kosten des Notars	18
8. Konkurrenz zu anderen rechtsberatenden Berufen.....	19
9. Hoheitliche Tätigkeit des Notars.....	21
C. Schwerpunkt der notariellen Amtstätigkeit in ländlichen und städtischen Notariaten.....	22
I. Einführung in die örtlichen Besonderheiten notarieller Tätigkeit	22
1. Die Struktur der Siedlungsschwerpunkte und ländlicher Regionen.....	22
2. Schwerpunkte der Tätigkeit auf Grund rechtlicher Vorgaben.....	24
II. Übertragung und Belastung von Grundstücken	24
1. Das Liegenschaftskataster	24
2. Das Grundbuch	26
3. Aufgabe des Notars im Grundbuchwesen.....	28
4. Grundpfandrechte und Rechte an beweglichem Eigentum.....	30
5. Rechte auf Gebrauch und Nutzung im Grundbuch	33
6. Löschung von Rechten im Grundbuch	36
7. Anforderungen an die notarielle Amtstätigkeit bei Immobilienverträgen	37
III. Tätigkeit in familien- und erbrechtlichen Angelegenheiten	42
1. Ehe- und familienrechtliche Verträge	42
2. Erbrechtliche Regelungen	43
3. Übertragsverträge im Wege der vorweggenommenen Erbfolge	44
4. Übergabeverträge landwirtschaftlicher Betriebe.....	48
IV. Gesellschaftsrechtliche Gestaltungen.....	52
1. Gründung von Gesellschaften	52
2. Veräußerung von Geschäftsanteilen an Gesellschaften mit beschränkter Haftung	54
3. Anmeldungen zum Handelsregister	54
D. Fazit, Zusammenfassung	56

A. Einleitung: Einführung in das Thema

1. Durch die flächendeckende Einrichtung des Notariats gewährleistet der Gesetzgeber, dass rechtliche Angelegenheiten, die er dem Notar im Bereich der Freiwilligen Gerichtsbarkeit übertragen hat, für das rechtssuchende Publikum ortsnah, schnell, unbürokratisch und durch überdurchschnittlich qualifizierte Berufsträger zu günstigen Tarifen erledigt werden können. Ohne die Bestellung von Notaren müssten diese Aufgaben durch die staatlichen Gerichte wahrgenommen werden, was eine erhebliche zusätzliche Kostenbelastung für den Justizhaushalt eines jeden Bundeslandes bedeuten würde. Ohne diese gefestigte Struktur des Notariats wäre es nicht möglich, die staatliche Gerichtsbarkeit durch die Zusammenlegung von Gerichtsstellen zu konzentrieren und in ländlichen Bereichen die Präsenz staatlicher Dienstleistungen zu verringern. Diese Entwicklung zur Einschränkung der flächendeckenden Präsenz staatlicher Dienstleistungen hat mit der Einführung elektronischer Medien soeben erst begonnen und befindet sich in einer rasanten Entwicklung. Der Kontakt des Bürgers mit staatlichen Stellen erfolgt weitgehend bereits über das Medium des Internet. Die Registrierung, Verarbeitung und Bereitstellung von Daten, die im elektronischen Wege abgerufen werden können, erfolgt nicht mehr vor Ort, sondern konzentriert in einem Rechenzentrum. Dies bedeutet für die jeweiligen Einrichtungen, dass sie zunehmend spezialisiert und anonym arbeiten und ihre Mitarbeiter den Bürgern als Ansprechpartner nicht mehr zur Verfügung stehen. Als Vermittler zwischen der staatlichen Dienstleistung im Bereich der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und dem rechtssuchenden Bürger wird deshalb die Stellung des Notars zunehmend an Bedeutung gewinnen. Er ist in vielen Bereichen zunehmend wie eine Außenstelle der Gerichte der Freiwilligen Gerichtsbarkeit tätig und sein Aufgabenbereich und seine Bedeutung für das Funktionieren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit wird umso mehr zunehmen als Gerichte und Register auf wenige Stellen konzentriert werden.

Es entspricht der Erfahrung bei der Organisation von Verwaltungsdienstleistungen, dass die Auslagerung von Aufgaben aus der Behördenstruktur zu einer kostengünstigeren und schnelleren Erledigung der Aufgaben führt. Hierfür sind die umfangreichen Deregulierungen in den letzten Jahren in allen europäischen Ländern ein überzeugender Beweis. In Deutschland wird eine weitere Aufgabenübertragung auf den Notar vor allem im Bereich des Nachlasswesens erwogen, ebenfalls aus dem Gesichtspunkt der Konzentration der staatlichen Aufgaben einerseits unter gleichzeitiger Erhaltung der flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung andererseits.

2. Erstmals beschäftigt sich der UINL-Kongress 2007 in Madrid unter dem Leitmotiv „Der Notar – eine weltweite Institution“ im Thema II schwerpunktmäßig mit der beruflichen Tätigkeit des Notars in ländlichen Regionen im Vergleich zu städtischen. Die berufliche Tätigkeit eines Notars in städtischen Strukturen unterscheidet sich in vielen Bereichen von derjenigen, die ein Notar zu erfüllen hat, der in einer Kleinstadt auf dem Lande amtiert. Das Thema lenkt den Blick auf die besondere berufliche, wirtschaftliche und persönliche Situation des Notars auf dem Lande und untersucht, ob es wesentliche Unterschiede gibt zu beruflichen Tätigkeiten von Kollegen in größeren Städten. Aus der Erkenntnis der Unterschiede werden sich zugleich Anregungen zur Fortentwicklung des Berufsbildes und zur Zuordnung weiterer Funktionen ergeben können.
3. Städtische und ländliche Siedlungsformen weisen ihre jeweilige Besonderheit und unterschiedlichen Problembereiche in der Siedlungsdichte, der Raumordnung, der lokalen Wirtschaft und in der soziologischen Struktur der Bevölkerung auf. So ist zum Beispiel der Grundstücksverkehr im städtischen Umfeld wesentlich mehr als auf dem Land geprägt durch großräumige Bauvorhaben und damit verbundene Gestaltungen des Wohnungseigentumsrechts sowie durch großflächige Industrieansiedlungen und damit einhergehende Rechtsprobleme der Infrastruktur und von Emissionen. Der in ländlicher Umgebung tätige Notar ist mit den Besonderheiten der Landwirtschaft befasst und muss bei der Gestaltung von Grundstückskaufverträgen agrarrechtliche Quotenrechte, staatliche Zuschüsse oder Abgabenverpflichtungen ebenso wie die Besonderheiten der in Teilen Deutschlands geltenden Höfeordnung beachten. Diese unterschiedlichen Anforderungen prägen die jeweilige berufliche Tätigkeit der ortsansässigen Notare und begründen ein äußerst unterschiedliches Berufsbild, das sich erst bei näherer Betrachtung vollständig erschließt.
4. Die nachfolgende Untersuchung vergleicht bei den Schwerpunkten notarieller Tätigkeiten im Bereich des Grundstücksrechts, des Familien- und Erbrechts sowie des Gesellschaftsrechts die unterschiedlichen Aufgaben und Tätigkeiten des Notars in Abhängigkeit von seinem ortsbezogenen Amtssitz.

Notare sind hoheitlich tätig, und zwar neben der Aufnahme öffentlicher Urkunden auch im Bereich ihrer sonstigen Amtstätigkeit. Die aus der Amtsstellung des Notars sich ergebenden Rechte und Pflichten sind wesentliche Grundlage dafür, dass er die ihm vom Gesetz zugewiesene Aufgabenstellung erfüllen kann. Seine Funktion als unverzichtbare eigenständige staatliche Rechtspflegeeinrichtung und die sich hieraus ergebenden Amtstätigkeiten sind nur verständlich, wenn die territoriale und personelle Bereitstellung

notarieller Dienstleistungen zusammengefasst im Hinblick auf das Thema dargestellt wird (nachfolgend Teil B), ehe die Schwerpunkte notarieller Amtstätigkeiten im Bereich ländlicher und städtischer Notariate dargestellt werden (nachfolgend Teil C).

B. Das Notariat in Deutschland: Die territoriale und personelle Bereitstellung notarieller Dienstleistungen

I. Organisation des Notariats

1. Das Amt des Notars

In der Bundesrepublik Deutschland wird der Notar als unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes für die Beurkundung von Rechtsvorgängen und anderer Aufgaben auf dem Gebiete der vorsorgenden Rechtspflege bestellt (§ 1 Bundesnotarordnung, abgekürzt BNotO). Er übt ein persönliches Amt aus, das untrennbar mit seiner Person verbunden ist und mit seinem Ausscheiden erlischt.¹ Deshalb ist für das Büro des Notars und für seine Internetadresse auch die Bezeichnung als „Notariat“ unzulässig.²

Der Notar wird durch die jeweilige Landesjustizverwaltung bestellt (§ 12 S. 1 BNotO)³. Notare sind deshalb Amtsträger des Bundeslandes, in welchem sie bestellt sind. Die Gültigkeit ihrer Urkundstätigkeit ist jedoch nicht an die Grenzen des jeweiligen Bundeslandes, in welchem sie bestellt sind, gebunden (§ 11 Abs. 3 BNotO).

Die von ihm aufgenommenen Urkunden verwahrt der Notar in Urschrift und erstellt hiervon für den Rechtsverkehr Ausfertigungen und beglaubigte Abschriften. Nach seinem Ausscheiden aus dem Amt werden seine Urkunden in der Regel durch einen anderen Notar verwahrt, in geringerem Umfang durch das Amtsgericht. Letztwillige Verfügungen, soweit sie nicht beim Nachlassgericht verwahrt werden, händigt der Notar dem Nachlassgericht aus, wenn er vom Tod des Erblassers Kenntnis erlangt hat und behält bei der Sammlung seiner Urkunden eine beglaubigte Abschrift zurück. Die Verwahrung der notariellen Urkunden beim Notar gewährleistet, dass die Originalurkunden für den Rechtsverkehr jederzeit zur Verfügung stehen und zu Informations- oder Beweis Zwecken herangezogen werden können.

¹ § 47 BNotO; hierzu näher Frenz in Eylmann/Vaasen, Kommentar zur Bundesnotarordnung 2. Auflage 2004, § 1 RN 18 und Bracker in Schippel/Bracker, Kommentar zur Bundesnotarordnung 8. Auflage 2006, § 1 RN 9.

² BGH in Deutsche Notarzeitschrift (DNotZ) 1984, 246 und 2003, 376, zuletzt in NJW 2005, 2693 für einen Anwaltsnotar. Zulässig ist die Bezeichnung „Rechtsanwalt- und Notarkanzlei“, wenn im Briefkopf zugleich deutlich herausgestellt wird, welcher Berufsträger Notar und wer nur Rechtsanwalt ist. „Notariat und Anwaltskanzlei“ ist nicht zulässig, BGH Beschl. v. 20.11.2006, ZNotB 2006, 69.

³ Gemäß Art. 84 Grundgesetz (GG) regeln die Länder deshalb in eigener Verantwortung die Einrichtung der Notarstellen und das Verfahren der Bestellung des Notars.

2. Freiberufliche Stellung des Notars

Der Beruf des Notars ist kein Gewerbe (§ 1 Satz 3 BNotO). Er übt sein Amt nicht wie ein freier Unternehmer und auf der Grundlage freier unternehmerischer Entscheidungen im Wettbewerb aus, sondern unterliegt einer Vielzahl von Beschränkungen in seiner Amtsführung, die sich aus dem Amtscharakter ergeben.⁴

Obwohl der Notar Inhaber eines vom Staat ihm übertragenen Amtes ist und obwohl er ein Amtssiegel nach den jeweiligen Vorschriften der Länder (Bundesländer) führt,⁵ ist er kein Beamter im Sinne der jeweiligen Beamtengesetze der deutschen Bundesländer.⁶ Die BNotO bezeichnet den Notar nicht als Träger eines freien Berufes, sondern reglementiert seine Berufsausübung durch öffentlich-rechtliche Verfahrensregeln, die seine Stellung derjenigen eines Richters vergleichbar ausgestaltet. Der Notar ist in allen Bereichen zuständig, in denen die Gesetze die Aufnahme öffentlicher Urkunden als Voraussetzung für die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften vorschreiben (§ 20 BNotO). Er nimmt, zum Teil in konkurrierender Zuständigkeit mit den Gerichten, eine Reihe originär richterlicher Funktionen wahr, die nach dem Rechtsverständnis anderer Rechtsordnungen allein Gerichten vorbehalten sind. Hierzu gehört z. B. die umfangreiche Zuständigkeit zur Errichtung vollstreckbarer Urkunden zur Schaffung eines staatlichen Vollstreckungstitels (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 Zivilprozessordnung - ZPO), die Aufnahme eidesstattlicher Versicherungen und die Abnahme von Eiden gemäß § 22 BNotO sowie seine Einbindung in die Feststellung der Rechtsnachfolge im Todesfall (Beurkundung von Erbausschlagungen oder Erbscheinsanträgen, § 2356 BGB).⁷

Mit Rücksicht auf den Amtscharakter des Notarberufes und der auf den Notar übertragenen hoheitlichen Aufgaben kann der Beruf des Notars deshalb nur eingeschränkt als „freier Beruf“ bezeichnet werden.⁸ Die dem Notar eingeräumte persönliche und berufliche Unabhängigkeit verbunden mit der Verpflichtung, für die eigenen wirtschaftlichen Verhältnisse und Umstände einzustehen, rechtfertigt es, seine berufliche Tätigkeit als „Amt mit ergänzenden freiberuflichen Zügen“ zu bezeichnen.⁹ Das weit überwiegende Gewicht des Amtscharakters wird in der aktuellen Diskussion verkannt, wenn aus dem Grundsatz der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) dem Notar

⁴ Dazu im einzelnen nachfolgend in diesem Abschnitt B.

⁵ § 2 Satz 2 BNotO i. V. m. § 2 Satz 1 Dienstordnung für Notarinnen und Notare (DONot).

⁶ BVerfGE 17, 371, 379 = DNotZ 1964, 424, 427. Ausführlich zu den öffentlichen und sozialen Funktionen des Notars Baumann in Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer 1996 S. 1 ff.

⁷ Hierzu im einzelnen Starke in Beck'sches Notarhandbuch 4. Auflage, L I RN 7.

⁸ Hierzu im einzelnen Bohrer, Berufsrecht der Notare 1991 S. 6 f).

⁹ So Löwer, der Notar im Spannungsfeld zwischen öffentlichem Amt und freiem Beruf, in MittRhNotK 1998, 310 ff.; er betont die Funktion des Amtes und setzt den Zusatz in Klammern.

Freizügigkeiten in der Werbung für seine berufliche Tätigkeit nach Maßstäben zuerkannt werden sollen, die für andere rechts- oder wirtschaftsberatende Berufe gelten. Im Gegensatz zu anderen freiberuflich Tätigen kann der Notar nicht bestimmen, wie viele und welche Aufgaben er übernehmen will, weil er seine Urkundstätigkeit nicht ohne ausreichenden Grund verweigern darf (§ 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO). Deshalb ist es ihm auch untersagt, außerhalb seines Amtsbezirks Werbung um Aufträge zu betreiben.¹⁰

Es liegt deshalb eine Verkennung der Funktion und Stellung des Notars im System unserer Rechtsordnung vor, wenn seine berufliche Stellung mit derjenigen anderer rechtsberatender Berufe hinsichtlich der Berufsfreiheit weitgehend gleichgestellt wird. Dem Rechtsanwalt oder Steuerberater sind gerade keine hoheitlichen Funktionen übertragen, deren Erfüllung in erster Linie Aufgabe des Staates wäre. Deshalb kann diesen Berufen vom Gesetzgeber auch ein größerer Freiraum für ihre Werbung und ihren beruflichen Auftritt, z. B. durch berufliche Verbindungen mit anderen Berufsträgern, eingeräumt werden, ohne dass die Unabhängigkeit des Berufs dadurch beeinträchtigt würde. Die Beachtung der gesetzlichen Vorgaben bei Erfüllung hoheitlicher Funktionen durch den Notar hat der Gesetzgeber durch strenge Reglementierungen und Kontrollen sichergestellt, im Ergebnis also durch die Ausgestaltung eines Berufsrechts, das mit den typischen Freiräumen des sogenannten „freien Berufes“ notwendig kollidiert. Dies ist auch eine der tragenden Begründungen für die Herausnahme der notariellen Tätigkeit aus der Regelungsbefugnis der Europäischen Union nach Art. 45 EG-Vertrag.¹¹

3. Notariatsverfassung

Im überwiegenden Teil Deutschlands ist der Notar hauptberuflich tätig (§ 3 Abs. 1 BNotO), in den Bundesländern Berlin, Bremen, Hessen, Niedersachsen, Schleswig-Holstein und in einem Teil von Nordrhein-Westfalen werden einzelne Rechtsanwälte für die Dauer ihrer Zulassung gleichzeitig als Notare bestellt (Anwaltsnotare, § 3 Abs. 2 BNotO). Eine Sonderform des Notariats sind die staatlichen Notariate in Baden-Württemberg; für sie gilt die Bundesnotarordnung nicht (§ 114 Abs. 1 BNotO), so dass dieser Überblick somit auf die Darstellung des hauptberuflichen Notariats und des Anwaltsnotariats begrenzt ist.

¹⁰ BGH NJW 2004, 2974; die Veröffentlichung der Telefon-Nr. eines Notars in einem seinen Amtssitz nicht einschließenden Telefonbuch ist jedoch keine amtswidrige Werbung, BVerfG in ZNotP 2006, 36.

¹¹ Die EU-Kommission hat das Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen des Vorbehaltes der Staatsangehörigkeit und wegen der nicht erfolgten Umsetzung der Diplomanerkennungsrichtlinie für den Bereich des Notariats fortgesetzt. Das Verfahren schwebt. Aus Sicht der Bundesnotarkammer ist die Rechtsauffassung der Kommission nicht begründet, weil deutsche Notare ausschließlich hoheitlich tätig sind und Art. 45 EG-Vertrag uneingeschränkt gilt.

Zwischen den hauptberuflichen Notaren und Anwaltsnotaren bestehen keine grundsätzlichen berufsrechtlichen Unterschiede¹²; die nachfolgenden Ausführungen über ihre Aufgaben und Sonderprobleme ihrer Amtstätigkeit gelten für beide Notariatsformen. Die Besonderheiten der Ausübung des Berufes als Rechtsanwalt neben dem Amt des Notars hat der Gesetzgeber präzise geregelt, um die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit (z. B. das Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 BeurkG), das Werbeverhalten (§ 29 Abs. 2 BNotO), den Zugang zum Notariat (§ 6 Abs. 2 BNotO) und das Erlöschen des Notaramtes (§ 47 Nr. 3, § 50 Abs. 1 Nr. 5 BNotO) zu garantieren. Diese unterschiedlichen Notariatsverfassungen sind auch durch die Neustrukturierung der Aufgabenverteilung zwischen dem Bund und den Ländern in Deutschland in Vollzug einer Strukturreform im Jahre 2006 nicht angetastet worden und nach allgemeiner Auffassung dauerhaft gefestigt. Beide Notariatsverfassungen haben sich in den Teilen Deutschlands, in denen sie traditionell bestehen, in der Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben hervorragend bewährt.

Unabhängig von der Notariatsverfassung sind die Notare in Notarkammern organisiert, die sich grundsätzlich der räumlichen Gliederung der ordentlichen Gerichtsbarkeit anschließen und die Notare eines jeden OLG-Bezirks zu einer Notarkammer zusammenfassen.¹³

4. Bestellung des Notars

Das Notaramt wird durch die Landesjustizverwaltung ausgeschrieben (§ 6 b BNotO). Voraussetzung sind ein dreijähriger Anwärterdienst als Notarassessor für die hauptberufliche Amtsausübung und für die Bewerbung um die Stelle als Anwaltsnotar eine vorbereitende Ausbildung, die voraussichtlich demnächst durch ein Examen abgeschlossen werden wird. Bestellt wird nach der gesetzlichen Vorgabe der Bestenauslese (§ 6 BNotO) der fachlich und persönlich am besten geeignete Kandidat.

Die Zahl der Notare ist begrenzt; es werden nur so viele Notare bestellt, wie es den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege entspricht (§ 4 Satz 1 BNotO). Maßstab ist das Bedürfnis nach einer angemessenen Versorgung der Rechtssuchenden mit notariellen Leistungen. Die geordnete Altersstruktur des Notarberufs kann durch zusätzliche Altersstrukturstellen gewahrt werden. Damit wird der Gesetzgeber dem Prinzip gerecht, dass der Umfang der auf den Notar übertragenen hoheitlichen Aufgaben

¹² Vergl. Starke in Beck'sches Notarhandbuch L I RN 17 und 18.

¹³ In Bayern sind die OLG-Bezirke München, Nürnberg und Bamberg zur Landesnotarkammer Bayern, in Nordrhein-Westfalen die OLG-Bezirke Köln und Düsseldorf zur Rheinischen Notarkammer zusammengefasst. Eine Sonderregelung haben auch Baden-Württemberg und Hessen (§ 65 BNotO).

begrenzt ist und nur durch Bündelung der Aufgaben ihre qualifizierte Erfüllung sichergestellt werden kann. Die zunehmenden Anforderungen an die technische und personelle Ausstattung der Büroorganisation, namentlich der Aufwand durch Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs mit dem Handelsregister unter Ausschluss der Möglichkeit, Urkunden in Papierform einzureichen¹⁴, sowie die gewachsene Komplexität der Amtstätigkeit des Notars begünstigen die Tendenz, im Bereich des Anwaltsnotariats die Zahl der Notarstellen einzuschränken und damit ein Anwachsen der notariellen Amtstätigkeit der Anwaltsnotare im Vergleich zu ihrer anwaltlichen Tätigkeit zu fördern.¹⁵

5. Amtsbereich des Notars

Durch die Prüfung des Bedürfnisses und die Zuweisung des Amtssitzes ist sichergestellt, dass flächendeckend und ortsnahe in Deutschland Notare zur Erfüllung ihrer Amtspflichten zur Verfügung stehen¹⁶. Die örtliche Präsenz des Notars wird ergänzend dadurch sichergestellt, dass er in der Regel nur in seinem Amtsbereich, nämlich in dem Bezirk des Amtsgerichts, in dem er seinen Amtssitz hat, seine Urkundstätigkeit ausüben darf (§ 10 a BNotO). Seine Ortsnähe ist damit Amtspflicht, wodurch gewährleistet ist, dass gerade in ländlichen Gebieten mit geringer Bevölkerung Notare für das rechtssuchende Publikum zur Verfügung stehen.

Vor allem in wirtschaftlich schwach strukturierten Gegenden reicht das Einkommen aus notarieller Tätigkeit gelegentlich nicht aus, die wirtschaftliche Unabhängigkeit der Notare sicherzustellen. Dies wird in Teilen des Nurnotariats durch die Notarkasse¹⁷ und die Ländernotarkasse¹⁸ gewährleistet. Unter Darlegung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse erhält der Notar eine Einkommensergänzung, die von der Gesamtheit der in den Kassen als Pflichtmitglieder zusammengefassten Notare erbracht wird, so dass auch wirtschaftlich schwach gestellte Notare über ein gesichertes Einkommen verfügen. Auf diese Weise ist das wirtschaftliche Risiko eines Notars, der sich auf eine neu geschaffene Notarstelle oder eine Notarstelle in einer strukturschwachen Gegend bewirbt, reduziert. Im Anwaltsnotariat existiert eine derartige Einkommenssicherung nicht; insoweit geht der Gesetzgeber davon aus, dass die zusätzlichen Einnahmen aus der Tätigkeit als

¹⁴ Verpflichtend seit dem 01.01.2007.

¹⁵ Zur Zeit liegt die Richtzahl für die Berechnung der Notarstellen im Anwaltsnotariat etwa bei einem Viertel gegenüber der Richtzahl im Nurnotariat.

¹⁶ Lerch in Arndt/Lerch/Sandkühler, Kommentar zur BNotO, § 10 Rnr. 24.

¹⁷ Die Notarkasse als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts des Freistaates Bayern, errichtet gem. § 113 BNotO, zuständig für die Notare in Bayern und im Bezirk des Pfälzischen Oberlandesgerichts Zweibrücken in Rheinland-Pfalz.

¹⁸ Errichtet gemäß § 113 a BNotO als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts, zuständig für die Notare in Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen.

Rechtsanwalt eine ausreichende Grundlage für die wirtschaftliche Existenz sichern, da der neu bestellte Notar in der Regel bereits viele Jahre am Ort als Anwalt tätig war und sich aus gesicherter beruflicher Existenz heraus um eine Notarstelle bewirbt.

Diese wirtschaftliche Grundsicherung der Notare korrespondiert mit dem Verbot, Zweigniederlassungen zu errichten und der Verpflichtung, die Geschäftsstelle während der üblichen Geschäftsstunden offen zu halten (§ 10 Abs. 3 BNotO) und außerhalb der Geschäftsstelle Amtsgeschäfte nur vorzunehmen, wenn hierfür sachliche Gründe vorliegen.¹⁹

Die Entwicklung der elektronischen Kommunikation macht es möglich, staatliche Leistungen zentral zu verwalten und anzubieten. Deshalb ist in den Regierungsprogrammen sowohl der Bundesregierung als auch der Länderregierungen der Abbau von Bürokratie als wesentliches Ziel der Verwaltungsreformen postuliert. Hiervon ist auch das Gerichtswesen betroffen. Die Reduzierung von Einrichtungen der Justiz in der Fläche ist nur möglich, weil für den Bereich der Freiwilligen Gerichtsbarkeit die Notare ortsnah die Gewährung der hoheitlichen Dienstleistungen der Justiz sicherstellen. Während in Ballungsgebieten und Großstädten die wesentlichen Einrichtungen der Justiz in der Regel ortsnah vorhanden sind und vom Bürger leichter aufgesucht werden können, nehmen die Notare in ländlichen Regionen den Bürgern die Fahrten zu den Gerichten ab und präsentieren sich quasi als Außenstelle der jeweiligen Register, mit denen sie elektronisch verbunden sind, und der Geschäftsstellen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit.

II. Die Amtstätigkeit des Notars

1. Persönliche Amtsausübung

Der Notar hat sein Amt persönlich und eigenverantwortlich auszuüben.²⁰ Dieser Grundsatz gilt uneingeschränkt für diejenigen Aufgaben des Notars, die hoheitlicher Natur sind, also für seine Urkundstätigkeit. Eine ohne amtliche Vertreterereigenschaft, also ohne Bestellung des Vertreters durch die Aufsichtsbehörde (§ 39 Abs. 1 BNotO) von einem Mitarbeiter des Notars aufgenommene Urkunde ist unwirksam, weil sie keine öffentliche

¹⁹ Richtlinienempfehlung der Bundesnotarkammer IX, 2.

²⁰ Richtlinienempfehlung IV Nr. 1 der Bundesnotarkammer, von allen Notarkammern in ihre Richtlinien übernommen.

²¹ BGH DNotZ 1972, 549; Schäfer in Schippel/Bracker, BNotO § 39 RN 1.

²² Starke in Eylmann/Vaasen, RL-E IV RN 1 - 4.

Urkunde ist.²¹ Der Notar kann nur eingeschränkt Mitarbeiter zur Unterstützung seiner Amtstätigkeit hinzuziehen. Die Verpflichtung zur Amtsausübung bleibt auf seine Person beschränkt und folgt aus der Übertragung des Notaramtes durch den Staat auf ihn. Es ist eine höchstpersönliche Berechtigung und Verpflichtung, die nicht ganz oder teilweise auf einen Dritten übertragen werden kann.²² Der Notar trägt daher stets die volle persönliche Verantwortung für die Amtstätigkeit.

Damit unterscheidet sich die berufliche Tätigkeit des Notars grundlegend von derjenigen eines Rechtsanwalts oder Steuerberaters, der es gewohnt ist, Rechtsfragen, die über alltägliche Rechtsprobleme hinausgehen, im Team auch gegenüber der Mandantschaft und in Verantwortung der Gesamtkanzlei (Rechtsanwaltsgesellschaft, Steuerberatersozietät) zu bearbeiten. Der Notar kann nur eingeschränkt Informationen, die er für die Vorbereitung notarieller Urkunden benötigt, über Mitarbeiter entgegen nehmen. Den Willen der Beteiligten kann der Notar richtigerweise nur erforschen und den Sachverhalt nur klären (§ 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG), wenn er persönlich mit den Parteien spricht, ihnen zuhört, den Eindruck der Schilderung des Sachverhaltes persönlich hat und hieraus Klärung der ihm wesentlich erscheinenden Umstände für das vorzubereitende Amtsgeschäft entwickelt, indem er Fragen stellt und um ergänzende Informationen oder Unterlagen nachsucht. Es entspricht vielfältiger Erfahrung, dass die Beteiligten um notarielle Tätigkeiten nachsuchen und Verträge schließen wollen, die auf missverstandene Informationen ihres Steuerberaters oder auf Halbwissen, das zunehmend zum Beispiel über das Internet bezogen wurde, beruhen oder auf sonstige Fehleinschätzungen oder gut gemeinte Ratschläge Dritter zurückzuführen sind. Hier ist es Aufgabe des Notars, über die rechtliche Tragweite des Geschäftes zu belehren, Alternativen aufzuzeigen und den Beteiligten Lösungen nahe zu legen, die nur aus der umfassenden Rechtskenntnis und persönlichen Lebenserfahrung des Notars entwickelt werden können, nicht jedoch durch entscheidende Zuarbeit von Mitarbeitern.

Andererseits macht die persönliche Amtsausübung den Notar zu einem Ansprechpartner für seine Mandanten, wie es für das rechtssuchende Publikum keinen vergleichbaren Berufsträger gibt. Deshalb ist insbesondere mit dem Amt des Notars auf dem Lande ein außergewöhnlich großer Respekt, den er in der Öffentlichkeit genießt, verbunden. Nach langer beruflicher Tätigkeit ist der Notar aufgrund seiner persönlichen Amtsausübung besser als jeder andere Dritte über persönliche Probleme seiner Mandanten, über rechtliche oder wirtschaftliche Schwierigkeiten in den Familien oder die wirtschaftliche und rechtliche Situation eines Unternehmens informiert. Er wird als höchstpersönlicher

Ratgeber angesehen und in Anspruch genommen und ist insoweit einzigartig und konkurrenzlos.

2. Unabhängigkeit und Unparteilichkeit

Der Notar ist mit seiner Ernennung persönlich und sachlich unabhängig gegenüber dem Land, dessen Hoheitsgewalt er ausübt. Die Aufsicht, der er untersteht, ist eine reine Rechtsaufsicht, für seine Amtsführung unterliegt er keinen Weisungen.²³ Amtshandlungen des Notars werden nicht auf ihre Zweckmäßigkeit und nur eingeschränkt auf ihre Rechtmäßigkeit dahingehend überprüft, ob berufsrechtliche Vorschriften eingehalten sind. So hat die Dienstaufsicht die Auslegung von Rechtsbegriffen des materiellen Rechts durch den Notar nur daran zu messen, ob die Entscheidung des Notars sorgfältig getroffen und vertretbar war, und zwar unabhängig davon, ob sie auch im Ergebnis von der Dienstaufsicht gebilligt wird.²⁴ Eine vergleichbar unabhängige berufliche Stellung hat nur der Richter.

Andererseits ist der Notar auch gegenüber den Beteiligten, also den Mandanten, die um seine Amtstätigkeit nachsuchen, unabhängig; er ist nicht Vertreter einer Partei, sondern unabhängiger und unparteiischer Betreuer der Beteiligten (§ 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO). Er ist zwar verpflichtet, die beantragte Urkundstätigkeit auszuführen, kann sie jedoch andererseits auch aus sachlichen Gründen ablehnen, die sowohl in seiner Person als auch im Inhalt der von ihm erbetenen Amtstätigkeit liegen können.

Die Unparteilichkeit grenzt den Notar scharf vom Rechtsanwalt ab, dessen Kernaufgabe die parteiliche Interessenwahrnehmung ist (§ 3 Abs. 1 BRAO). Sie unterscheidet ihn zugleich auch von allen anderen rechts- und wirtschaftsberatenden Berufen. Er darf nicht einseitig die Interessen eines Beteiligten gegen die eines Anderen wahrnehmen. Seine Neutralität wird durch Mitwirkungsverbote (§ 3 BeurkG) geschützt. Er ist nicht nur von jeder Mitwirkung in Angelegenheiten ausgeschlossen, aus denen er oder nahe Angehörige rechtliche oder wirtschaftliche Vorteile haben, sondern auch dann, wenn er oder ein mit ihm zu gemeinsamer beruflicher Tätigkeit verbundener Dritter in derselben Angelegenheit bereits einseitig im Auftrage eines Beteiligten tätig waren. Andererseits darf der Notar auch wegen Befangenheit die Ausübung des Amtes ablehnen (§ 16 Abs. 2 BNotO). Diese Verpflichtung zur Unparteilichkeit besteht nicht nur gegenüber den formell an der Amtstätigkeit Beteiligten, also den Auftraggebern und bei der Beurkundung

²³ Lemke in Schippel/Bracker, BNotO, § 93 RN 10.

²⁴ Baumann in Eylmann/Vaasen, BNotO, § 93 RN 9.

Anwesenden, sondern auch gegenüber denjenigen, die materiell von der Amtstätigkeit betroffen sind, deren Rechte also berührt werden, ohne dass ihnen möglicherweise überhaupt zum Zeitpunkt der Amtstätigkeit des Notars der Sachverhalt und seine Beauftragung bekannt sind.

Hieraus folgt auch die strenge Regelung zur Beachtung der Neutralitätspflicht durch den Notar, wenn sich nachträglich zwischen den Beteiligten, eingeschlossen die nur materiell Beteiligten, Meinungsverschiedenheiten ergeben. Streiten die Beteiligten über den Inhalt einer Urkunde, darf der Notar keine Stellung beziehen und auch nur auf Antrag aller Beteiligten vermitteln. Soweit der Notar Anträge an das Gericht formuliert hat, kann er die Beteiligten nur solange vertreten, als diese einen übereinstimmenden Willen und gleich gelagerte Interessen haben; sobald sich Meinungsverschiedenheiten ergeben, ist er an der weiteren Mitwirkung gehindert. Wenn der Notar als Zeuge über das in sein Wissen Gestellte aussagen soll, darf er dies nur mit Zustimmung sämtlicher am Amtsgeschäft Beteiligter, andernfalls er gegen seine Pflicht zur Verschwiegenheit verstoßen würde.

Die Verpflichtung zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit ist vorrangig vor jeder Tätigkeit des Anwaltsnotars als Rechtsanwalt. Die Mitwirkungsverbote (§ 3 BeurkG) schließen ihn und etwaige anwaltliche Sozien von jeder anwaltlichen Tätigkeit aus, wenn in derselben Angelegenheit ein notarieller Auftrag erteilt war. Entgegengenommene anwaltliche Mandate sind unwirksam und lösen keine Gebührenansprüche als Rechtsanwalt einschließlich der rechtsanwaltlichen Sozien aus.²⁵ Insbesondere dieser Punkt ist eine wesentliche Beeinträchtigung für den Notar, der in einer großen Rechtsanwaltskanzlei arbeitet.

Über seine Verpflichtung zur Unparteilichkeit muss der Notar belehren. Vor jeder Beurkundung muss er die Beteiligten befragen und sich von diesen in gegenseitiger Anwesenheit bestätigen lassen, dass er oder ein Dritter, mit dem er sich zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden hat oder mit dem er gemeinsame Geschäftsräume hat, in dieser Angelegenheit nicht vorbefasst sind. Haben der Notar oder eine mit ihm zur beruflichen Zusammenarbeit verbundene Person einseitig einem Beteiligten des Beurkundungsverfahrens schon einen Rechtsrat erteilt, ist der Notar von jeder weiteren Amtstätigkeit ausgeschlossen. Die Tatsache der Belehrung und die Bestätigung der Urkundsbeteiligten müssen in der Urkunde dokumentiert werden (§ 3 Abs. 1 S. 2 BeurkG).

²⁵ Im Einzelnen hierzu: Eylmann in Hensler/Prütting, Kommentar zur Bundesrechtsanwaltsordnung, 2. Aufl. 2004, § 45, RN 13 ff.; Sandkühler in Arndt/Lerch/Sandkühler, Kommentar zur BNotO, 5. Aufl. 2003, § 14 RN 58.

Die notarielle Unparteilichkeit verlangt von dem Notar ein Verhalten, das über passive Neutralität und die Vermeidung einseitiger Parteinahme bei widerstreitenden Interessen hinausgeht. Er ist gem. § 17 Abs. 1 BeurkG verpflichtet, den Willen der Beteiligten zu erforschen, den Sachverhalt zu klären,²⁶ die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiederzugeben. Er hat darauf zu achten, dass Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden.²⁷ Diese Verpflichtung ist im gerichtlichen und dienstaufsichtsrechtlichen Verfahren eingeschränkt überprüfbar, nämlich im Hinblick auf die gewissenhafte Ausschöpfung seines Beurteilungsspielraums, wie weit seine Pflicht zur Unparteilichkeit reicht.²⁸

3. Redlichkeit der Amtsführung

Der Notar hat sich durch sein Verhalten innerhalb und außerhalb seines Amtes der Achtung und des Vertrauens, die dem Notaramt entgegengebracht werden, würdig zu zeigen (§ 14 Abs. 3 Satz 1 BNotO). Er hat insoweit Verpflichtungen, die im Interesse der Allgemeinheit bestehen und mit den Wünschen seiner Auftraggeber kollidieren können. Er muss seine Amtstätigkeit verweigern, wenn er zur Mitwirkung von Handlungen beauftragt wird, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden. Seine Pflicht zur wahrheitsgemäßen Bezeugung²⁹ gewährleistet, dass er nur beurkunden darf, was er nach gewissenhafter Prüfung als zutreffend erkannt hat.³⁰

Ein funktionierendes Rechtssystem verlangt eine gewissenhafte Beachtung dieser Redlichkeit der Amtsführung durch alle Amtsträger. Indem insoweit der Notar den gleichen Verpflichtungen obliegt, die auch der Richter oder der für die Führung des Grundbuchs oder Handelsregisters zuständige Justizbeamte hat, können die notariellen Urkunden gleichwertig den richterlichen Urkunden auch für die Dokumentation von Sachverhalten und Rechtsverhältnissen anerkannt werden. In der Praxis betrifft dies nicht nur die Beurkundung von Gesellschafterversammlungsbeschlüssen oder die Beurkundung von dem Notar amtlich wahrgenommener Tatsachen (§ 20 Abs. 1 BNotO), sondern auch die Bescheinigung über Vertretungsberechtigungen, Rechtsänderungen in Gesellschaften (§ 21 Abs. 1 BNotO) oder die Aufklärung und Feststellung des ehelichen Güterstandes.

²⁶ Siehe oben B, II, 1.

²⁷ § 17 Abs. 1 S. 2 BeurkG.

²⁸ Im Einzelnen: Hauk, Die Amtshaftung des Notars, 2. Aufl., Verlag Beck, RN 419 ff.

²⁹ Strafrechtlich durch § 348 StGB sanktionierte Amtspflicht (sog. Falschbeurkundung im Amt, auch der Versuch ist strafbar).

³⁰ BGH DNotZ 1992, 819.

4. Unzulässige Tätigkeiten und Geschäfte des Notars

Aus den oben dargestellten Amtspflichten des Notars, insbesondere seiner Verpflichtung zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit als Träger eines öffentlichen Amtes, folgt das Verbot, Darlehen oder Grundstücksgeschäfte zu vermitteln oder sich an jeder Art der Vermittlung solcher Geschäfte zu beteiligen (§ 14 Abs. 4 S. 1 BNotO). Er hat dafür zu sorgen, dass sich auch seine Mitarbeiter nicht mit derartigen Geschäften befassen. Die Übernahme von Bürgschaften oder Gewährleistungen durch den Notar im Zusammenhang mit einer Amtshandlung steht im Widerspruch zu der ihm auferlegten Verpflichtung, Distanz zu den Beteiligten und zu der beantragten Amtshandlung zu wahren. Demgemäß ist dem Notar ihre Übernahme nicht gestattet.³¹

Insoweit unterliegt der deutsche Notar deutlich strengeren Regeln als manche Notare im Ausland. Die Beteiligten werden oft durch Steuerberater, Banken und Makler beraten, teilweise erteilen diese dem Notar im Auftrage ihrer Kunden unmittelbar Informationen zur Vorbereitung und Durchführung des Amtsgeschäftes. Die strikte Distanz des Notars zu den Geschäften dieser Berater ist wesentliche Grundlage dafür, dass er sein Amtsgeschäft neutral und unabhängig abwickeln und das Vertrauensverhältnis der Beteiligten zum Notar ohne Vorbehalte und Einschränkungen bestehen kann.

5. Berufsverbindungen

Der Erhaltung und Garantie der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars gelten auch die Beschränkungen für berufliche Verbindungen mit anderen Notaren oder Berufsträgern. Die notarielle Amtsausübung ist eine höchstpersönliche vom Staat übertragene Amtstätigkeit, die nicht durch privatrechtliche Vereinbarung mit einem Dritten ungehindert weiter auf den Dritten übertragen werden kann. Die Erfüllung der staatlich übertragenen Amtspflichten erfolgt nicht durch die mit dem Notar beruflich verbundenen privaten Dritten, die nicht als Notar qualifiziert sind. Die in § 9 BNotO geregelten zulässigen Verbindungen zur gemeinsamen Berufsausübung beziehen sich deshalb allein auf die gemeinsame Organisation des Büros, also des Einsatzes der personellen und sächlichen Hilfsmittel, nicht auf den Inhalt der Amtstätigkeit.

Hauptberufliche Notare dürfen sich nur mit am selben Amtssitz bestellten Notaren zur gemeinsamen Berufsausübung verbinden oder mit ihnen gemeinsame Geschäftsräume

³¹ Sandkühler in Arndt/Lerch/Sandkühler § 14, RN 203 ff., 210, 212.

einrichten. Berufliche Verbindungen stehen zudem unter dem Genehmigungsvorbehalt der Aufsichtsbehörde und sind auf zwei Notare je Berufsverbindung begrenzt. Dies verstößt nicht gegen die Garantie der freien Berufsausübung gemäß Art. 12 GG.³²

Anwaltsnotare haben eine weitergehende Möglichkeit zur gemeinsamen Berufsausübung mit Mitgliedern einer Rechtsanwaltskammer, Patentanwälten, Steuerberatern, Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfern und vereidigten Buchprüfern (§ 9 Abs. 2 BNotO). Diese Berufsverbindungen müssen der Aufsichtsbehörde und der Notarkammer angezeigt werden. Es besteht keine Pflicht zur Genehmigung der Berufsverbindungen und Partnerschaften. Bei Gefährdung der vom Notar zu beachtenden Berufspflichten, insbesondere der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit sowie vor allem der Garantie der Verschwiegenheit (§ 18 BNotO), kann die Berufsverbindung untersagt werden.³³ In Bezug auf alle Mitglieder der Berufsverbindung gilt das Mitwirkungsverbot gemäß § 3 BeurkG für den Notar. Andererseits dürfen die Partner in der Sozietät wegen der vorangegangenen Amtstätigkeit des Notars keine eigene berufliche Tätigkeit in derselben Angelegenheit mehr ausüben.

Mit der Einschränkung der beruflichen Zusammenarbeit gegenüber anderen freien Berufen, und zwar auch solchen, mit denen sich der Anwaltsnotar zur gemeinsamen Berufsausübung verbinden kann,³⁴ sichert der Gesetzgeber die unabhängige und qualifizierte Erfüllung der dem Notar übertragenen staatlichen Hoheitsaufgaben. Bürogemeinschaften zwischen Nurnotaren sind nur in größeren Städten üblich, weil auf dem Lande und in kleineren Städten in der Regel Partner zur gemeinsamen Berufsausübung fehlen. Anwaltsnotare sind überwiegend in bürgerlich-rechtlichen Gesellschaften beruflich verbunden, bezogen auf ihre Tätigkeit als Rechtsanwälte, und üben das Notaramt in Form einer Bürogemeinschaft in der Berufsverbindung aus. Keine Sonderprobleme ergeben sich, wenn Anwaltsnotare ihre berufliche Tätigkeit als Rechtsanwalt in einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ausüben, weil auch insoweit die Tätigkeit als Notar außerhalb der Gesellschaft erfolgt. Für hauptberufliche Notare ist die Berufsausübung in einer GmbH ausgeschlossen, weil nicht dieser, sondern der Amtsperson selbst das Notaramt verliehen wurde.

³² BVerfG, Beschluss vom 24.10.1994, 1 BvR 1793/94.

³³ Hierzu Starke in Beck'sches Notarhandbuch L I Rnr. 38 ff.

³⁴ Z. B. mit Inhabern von Gewerbebetrieben, selbst Handwerksbetrieben, vergl. Entwurf des Rechtsdienstleistungsgesetzes § 59 a BRAO.

6. Die Haftung des Notars

Anders als der Rechtsanwalt, dem gem. § 51 a BRAO die Begrenzung seiner Ersatzverpflichtung bei fahrlässig verursachten Schäden durch Vereinbarung mit dem Mandanten bis zur Höhe der Mindestversicherungssumme³⁵ möglich ist, kann der Notar seine Haftung nicht durch Vereinbarung begrenzen. Dies ist zwar nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt, entspricht jedoch einhelliger Meinung.³⁶

Die Stellung des Notars als Amtsträger, seine öffentlich-rechtlichen Aufgaben und die nach § 19 BNotO nach Grund und Umfang geregelte Amtshaftung des Notars stehen einer privatrechtlichen Haftungsbeschränkung entgegen. Der an den Notar erteilte Auftrag ist öffentlich-rechtlicher Natur und kein privatrechtlicher Dienstvertrag, so dass sein Inhalt auch nicht durch privatrechtliche Vereinbarungen abweichend von den gesetzlichen Vorgaben geändert werden kann.

7. Die Kosten des Notars

Der Notar berechnet seine Kosten nach der Kostenordnung (KostO), die als Gerichtskostengesetz der Freiwilligen Gerichtsbarkeit auch für die Erhebung der Gerichtskosten gilt. Er ist zur Erhebung der durch seine Tätigkeit angefallenen gesetzlichen Gebühren verpflichtet und darf keine Gebührenvereinbarung treffen (§ 17 BNotO). Damit ist sichergestellt, dass Konkurrenz unter Notaren durch unterschiedlich hohe Gebühren ausgeschlossen ist. Notarielle Leistungen in den Städten und auf dem Land lösen die gleichen Gebühren aus. Die unterschiedlichen strukturbedingten Einnahmen und Kosten berücksichtigt die KostO nicht.

Die Höhe der Gebühren richtet sich nach der Art des Amtsgeschäftes, im übrigen nach dem Geschäftswert, dessen Berechnung ebenfalls in der KostO geregelt ist. Wegen der Verpflichtung zur Urkundsgewährung (§ 15 BNotO) kann der Notar die Übernahme zeitaufwändiger Amtstätigkeit, die nur geringe Gebühren wegen niedriger Geschäftswerte zur Folge hat, aus wirtschaftlichen Gründen nicht ablehnen. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass letztlich die dem Kostenrecht zugrundeliegende Quersubventionierung zu einem auskömmlichen Gebührenaufkommen führt.³⁷

³⁵ Zur Zeit 250.000,00 €

³⁶ Schramm in Schippel/Bracker BNotO § 19 RN 100.

³⁷ Einzelheiten hierzu: BVerfG DNotZ 1978, 412.

Der Kostenanspruch des Notars ist öffentlich-rechtlicher Natur.³⁸ Auch die Beachtung der Kostenvorschriften unterliegt der Prüfung und Überwachung durch die Dienstaufsicht (§ 93 Abs. 2 S. 3, Abs. 3 S. 3, 4 DNotO).

Im Gegensatz zum Notar haben andere rechtsberatende Berufe die Möglichkeit, abweichend von gesetzlichen Regelungen ihre Vergütung frei zu vereinbaren.³⁹ Für Rechtsanwälte gilt die Verpflichtung zur Berechnung der gesetzlichen Gebühren nur bei der Vertretung in gerichtlichen Verfahren (§ 49 b BRAO). Wenn Rechtsanwälte mit der Erstellung von Vertragsentwürfen durch ihre Mandanten beauftragt werden, hat sich in der Praxis die Berechnung der Vergütung des Rechtsanwalts auf der Grundlage von Vergütungsvereinbarungen inzwischen überwiegend durchgesetzt. Dies gilt vor allem für Unternehmenskaufverträge oder außergewöhnlich umfangreiche und komplexe Grundstücksgeschäfte. Im Verhältnis zu den Aufwendungen für die anwaltliche Beratung ist die wirtschaftliche Belastung der Beteiligten durch die zusätzlich entstehenden Notarkosten gering. Für Geschäfte des täglichen Lebens liegt die Vergütung eines Rechtsanwalts selbst bei Ansatz der Mittelwerte der Gebührentabelle des RVG bei dem mehrfachen Betrag der entsprechenden Notarkosten.⁴⁰ Aus diesem Grunde ist eine anwaltliche Beratung im Zusammenhang mit der Amtstätigkeit des Notars die Ausnahme und in der Praxis beschränkt auf umfangreiche Grundstücksgeschäfte oder Unternehmenskaufverträge, deren Beurkundung mit der vorangegangenen Prüfung der wirtschaftlichen Grundlagen des Vertrages verbunden war oder Rechtsfragen betreffen, die nur mittelbar mit dem beurkundeten Rechtsgeschäft zusammenhängen. Vorbereitung, Entwurf, Beurkundung und Abwicklung des Geschäftes überlassen die Beteiligten in der Praxis ausschließlich dem Notar im Bewusstsein seiner hoheitlichen Amtstätigkeit, seiner Neutralität und fachlichen Qualifikation.

8. Konkurrenz zu anderen rechtsberatenden Berufen

Die Versorgung der Rechtssuchenden mit Rechtsrat erfolgt in Deutschland durch 142.830 Rechtsanwälte⁴¹ und, soweit steuerrechtlicher Rat erteilt wird, durch 68.781 Steuerberater⁴², so dass schon wegen des Ungleichgewichtes zur Zahl von 1.610 Nurnotaren und 7.265 Anwaltsnotaren⁴³ eine ernsthafte Konkurrenzsituation

³⁸ BGH DNotZ 1990, 313.

³⁹ z.B. § 4 Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG).

⁴⁰ Z.B. bei einem Vertragsentwurf mit einem Geschäftswert von 200.000,00 € 20/10 Geb. KostO 714,00 €/1,5 Mittelgebühr Nr. 2300 RVG 2.608,50 €.

⁴¹ Am 31.12.2006 gem. Pressemitteilung der Bundesrechtsanwaltskammer.

⁴² Am 31.12.2005 gem. Fußnote 41, zzgl. 2.775 Steuerbevollmächtigte und 12.578 Wirtschaftsprüfer.

⁴³ Vgl. Fußnote 41.

ausgeschlossen ist. Den Rechtsanwälten und Steuerberatern ist die dem Notar übertragene hoheitliche Tätigkeit untersagt, so dass lediglich im Rahmen der Betreuung der Beteiligten außerhalb der Errichtung einer Urkunde, die dem Notar gemäß § 24 Abs. 1 BNotO erlaubt ist, eine Überschneidung möglich ist. Diese ist denkbar, wenn es zu der beantragten Amtstätigkeit nicht kommt, z. B. weil der Auftrag zurückgenommen wird oder der Notar von der beabsichtigten Amtshandlung abrät, oder wenn der Notar nur mit der Erstellung eines Entwurfes, nicht der späteren Beurkundung, beauftragt wird. Aber auch in diesen Fällen einer nicht nachfolgenden Beurkundung unterliegt der Notar den strengen Regeln des Berufsrechts, insbesondere der Verpflichtung zur Unparteilichkeit, nicht nur gegenüber dem Auftraggeber, sondern auch gegenüber materiell beteiligten Dritten, z. B. dem möglichen Vertragspartner, der ihm den Auftrag nicht erteilt hat. Diese Neutralitätspflicht des Notars wird in der Diskussion verkannt, wenn die Auffassung vertreten wird, der Notar sei berechtigt, eine seinem Auftraggeber genehme Vertragsurkunde unter Einsatz seines Spezialwissens im Gebiet der Vertragsgestaltung zu formulieren. Sobald einseitige Vertragsgestaltung gewünscht ist, ist der Notar von einer Amtstätigkeit ausgeschlossen. Es handelt sich sodann um anwaltliche Vertretung der einseitigen Interessen des Mandanten, eine berufliche Konkurrenz schließt das Berufsrecht des Notars aus.

Dem wird die Vermutung des § 24 Abs. 2 BNotO gerecht, wonach ein Notar, der zugleich Rechtsanwalt ist, im Zweifel als Rechtsanwalt tätig wird, wenn er nicht den Auftrag zu einem Amtsgeschäft im Rahmen seiner hoheitlichen Tätigkeit erhält. Der Anwaltsnotar ist verpflichtet, rechtzeitig bei Beginn seiner Tätigkeit durch Rückfrage mit den Beteiligten klarzustellen, ob ihm der Auftrag als Rechtsanwalt oder als Notar erteilt werden soll.⁴⁴ In der Praxis ergeben sich insoweit nur geringe Probleme, weil wegen der klaren Abgrenzung der dem Notar übertragenen hoheitlichen Funktion zur anwaltlichen Tätigkeit von Anfang an klar ist, welche Leistung der Auftraggeber wünscht. Eine Konkurrenz auf dem Rechtsberatungsmarkt zwischen dem Notar und anderen rechtsberatenden Berufen besteht deshalb in der Praxis nicht.

Wesentlich für die Beurteilung der Stellung des Notars im Spannungsverhältnis zu anderen rechtsberatenden Berufsträgern ist seine Allgemeinzuständigkeit und das Fehlen einer jeden Spezialisierung. Der Notar muss auf allen Rechtsgebieten und nicht nur in den Bereichen, die er schwerpunktmäßig ausgewählt hat, tätig sein, er darf Beurkundungen grundsätzlich nicht ablehnen. Die Beherrschung des dem Zuständigkeitsbereich des Notars anvertrauten Rechtsgebietes verlangt höchste Qualifikation, die durch das

⁴⁴ Abschnitt I Ziff. 3) der Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer.

Ausleseverfahren sichergestellt wird, und ständige Fortbildung, die berufliche Verpflichtung ist. Die Schwerpunkte notarieller Tätigkeit liegen sowohl im materiellen Recht, insbesondere der Gestaltung von Verträgen, als auch parallel hierzu im formellen Recht, vor allem in der Abwicklung durch Stellung der Anträge und Vollzug der Urkunden. Die Beratung als Teil der notariellen Tätigkeit umfasst deshalb sowohl den Entwurf und die inhaltliche Ausgestaltung der Verträge als auch deren Vollzug unter Beachtung der dem Notar obliegenden gesetzlichen Mitteilungspflichten und Einholung der erforderlichen Genehmigungen.

Bei komplizierten gesellschaftsrechtlichen Gestaltungen oder ungewöhnlich umfangreichen Immobiliengeschäften werden zwar die Verträge oft unter Mitwirkung von Rechtsanwälten ausgehandelt und vorbereitet. Dennoch entspricht es der notariellen Erfahrung, dass oft die Beratung und Mitwirkung des Notars bei der endgültigen Fassung des Vertragstextes Mängel im Verhandlungsergebnis und der Formulierung ausgleichen muss und sich Ergänzungen auch in formeller Hinsicht als Voraussetzung für den Vollzug der Urkunde als notwendig erweisen. Der Notar hat auch bei Verträgen, die durch anwaltliche Berater der Beteiligten ausgehandelt wurden, die Aufgabe, das Vertragswerk daraufhin zu überprüfen, ob es in sich stimmig und formell vollziehbar ist sowie über die Rechtsfolgen umfassend zu belehren. Diese Kontrollfunktion des Notars ist wesentlicher Bestandteil auch im Falle wirtschaftlich bedeutender Transaktionen und nicht etwa eine überflüssige Kostenbelastung der Beteiligten. Erst die notarielle Urkunde schafft für alle Beteiligte die notwendige Rechtssicherheit. Der Notar garantiert durch seine Amtsstellung die korrekte Abwicklung. Auch in diesen Fällen hat der Notar eine eigene Funktion, Aufgabe und Verantwortung und steht nicht in Konkurrenz zu anwaltlicher und steuerberatender Tätigkeit anderer Berufsträger.

9. Hoheitliche Tätigkeit des Notars

Im laufenden Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland zur Anwendung des Art. 45 EG-Vertrag wird insgesamt die Freiwillige Gerichtsbarkeit als Dienstleistung und nicht als hoheitliche Tätigkeit gewertet. Über die Zuordnung wird letztlich der Europäische Gerichtshof entscheiden müssen. Die Argumentation der Kommission betrifft im Grundsatz nicht den Vorbehalt der Staatsangehörigkeit bei der Bestellung von Notaren oder die angeblich unzureichende Umsetzung der Diplomanerkennungsrichtlinie, sondern die Einordnung der Freiwilligen Gerichtsbarkeit in den kontinental-europäischen Mitgliedstaaten als hoheitliche Tätigkeit. Die Kommission bestreitet nicht nur für die notarielle Tätigkeit die unmittelbare und

spezifische Ausübung öffentlicher Gewalt, sondern auch für alle anderen Organe der Freiwilligen Gerichtsbarkeit einschließlich der dort tätigen Richter, Rechtspfleger und sonstigen Entscheidungsträger. Freiwillige Gerichtsbarkeit ist als solche kraft Gesetzes und staatlicher Organisation hoheitliche Tätigkeit. Die Zuordnung staatlicher Leistungen zur hoheitlichen oder privatrechtlichen Erfüllung unterliegt jenseits des EG-Vertrages der Organisationsgewalt eines jeden Staates.

Theoretisch denkbar wäre es zwar, dass viele, zur Zeit durch den Gesetzgeber hoheitlich ausgestaltete Aufgaben in Zukunft durch privatrechtlich organisierte Einrichtungen erfüllt würden. Beispiele der derzeitigen Bemühungen um die Privatisierung öffentlicher Aufgaben belegen dies. Die Zuordnung als hoheitliche Aufgabe ist jedoch eine ureigene Aufgabe des nationalen Gesetzgebers entsprechend seiner Vorstellung und Verwirklichung von hoheitlichen Zuständigkeiten und der Ausübung staatlicher Gewalt. Diese Wertungen und Entscheidungen unterliegen nicht der Vorgabe und Einbindung in die europäischen Verträge. Deshalb besteht insoweit auch nicht die Zuständigkeit der europäischen Kommission.

Der deutsche Gesetzgeber hat nicht nur die Herstellung von Zwangsvollstreckungstiteln in Form gerichtlicher Urteile oder vollstreckbarer Urkunden der Notare als hoheitliche Aufgabe geregelt, sondern auch die Errichtung öffentlicher Urkunden mit besonderer Beweiskraft (§ 415 ZPO), den Vollzug des Grundstücksverkehrs, das Entstehen von Kapitalgesellschaften erst mit ihrer Eintragung in das Handelsregister sowie zahlreiche andere, allein durch notarielle Urkunden vollziehbare Rechtsakte. Entsprechend der Wertung des deutschen Gesetzgebers ist deshalb die Tätigkeit der Notare insgesamt hoheitlicher Art.

C. Schwerpunkt der notariellen Amtstätigkeit in ländlichen und städtischen Notariaten

I. Einführung in die örtlichen Besonderheiten notarieller Tätigkeit

1. Die Struktur der Siedlungsschwerpunkte und ländlicher Regionen

Der Notar übt seine hoheitliche Tätigkeit ausschließlich in seinem Amtsbereich aus. Diese Aufgabenzuweisung, verbunden mit strikten dienstrechtlichen Vorschriften, die ihn an

seinen Amtssitz binden, führen naturgemäß dazu, dass örtliche Gegebenheiten sich unmittelbar auf den Inhalt und den Umfang seiner beruflichen Tätigkeit auswirken. Deshalb sind Inhalt und Arbeitsweise des Notars in ländlichen Regionen durch die lokalen Besonderheiten unterschiedlich geprägt zu einem städtischen Notariat. Anders als Anwälte, die häufig überörtlich oder überregional arbeiten und dabei die örtlichen Begrenzungen deutlich überschreiten, ist die typische Tätigkeit des Notars auf seine Geschäftsstelle konzentriert, nur in Ausnahmefällen außerhalb dieser Geschäftsstelle möglich und dienstrechtlich nur in einem engen örtlichen Bereich gestattet. Seine Mandantschaft besteht nahezu ausschließlich aus der ortsansässigen Bevölkerung, seine Dienstleistung wird durch deren Bedürfnisse geprägt. So unterschiedlich, wie die Bevölkerungsstruktur oder Wirtschaftsstruktur und die sich hieraus ergebenden Rechtsprobleme der Bevölkerung in den einzelnen Regionen sind, so differieren auch die Schwerpunkte notarieller Tätigkeit.

Nach der Zahl der Amtsgeschäfte können Besonderheiten nicht festgestellt werden, weil insoweit keine Gewichtung bei der Ernennung von Notaren erfolgt. Statistische Unterlagen belegen die größere Zahl der Veräußerung von unbebauten Grundstücken in ländlichen Bereichen und den Schwerpunkt der Veräußerung von Eigentumswohnungen in städtischen Siedlungsstrukturen, was jedoch keine nennenswerte Aussagekraft über die unterschiedliche Stellung und Aufgabe des Notars in diesen Bereichen hat. Mehr über die Tätigkeit des Notars besagt seine Möglichkeit, auf den Inhalt der zu beurkundenden Erklärungen der Beteiligten Einfluss nehmen zu können. Die Sachaufklärung und Beratung durch den Notar beeinflusst die Entscheidungen der Urkundsbeteiligten oft sehr weitgehend. Seine Mitwirkung bei der inhaltlichen Gestaltung der Amtsgeschäfte ist naturgemäß gering, wenn die Beteiligten durch Rechtsanwälte und Steuerberater jeweils einseitig bereits beraten sind. In diesen Fällen sind die Verträge weitgehend vorbereitet, oft werden dem Notar fertige Vertragsentwürfe vorgelegt, die nur geringer Ergänzungen bedürfen. Fehlt eine solche zusätzliche einseitige Beratung, verlassen sich die Urkundsbeteiligten wesentlich mehr auf die Aufklärung des Sachverhaltes, den Hinweis auf rechtliche und steuerliche Probleme und die Vorschläge zur Vertragsgestaltung durch den Notar, und zwar in der Praxis auch in steuerrechtlichen Fragen, obwohl der Notar insoweit keine Pflicht zur Beratung hat, sondern die Beteiligten an ihren Steuerberater verweisen darf.

Die Siedlungsstruktur in Deutschland weist zahlreiche Schwerpunkte (Ballungszentren, Oberzentren) auf. Das Ruhrgebiet im Bundesland Nordrhein-Westfalen ist, als Einheit gesehen, die größte städtische Ansiedlung Europas, weitere Siedlungsschwerpunkte

verteilen sich nahezu gleichmäßig im Land. Zwischen den Siedlungsschwerpunkten liegen zahlreiche Großstädte mit mehr als 100.000 Einwohnern und gleichmäßig verteilte Mittelstädte. Deutschland als größte Volkswirtschaft in der Europäischen Union ist wirtschaftlich neben Großunternehmen, die ihren Sitz in den Oberzentren haben, weitgehend von mittelständischer Industrie geprägt, die auch in mittleren und kleineren Städten qualifizierte notarielle Tätigkeit im Gesellschaftsrecht benötigt. Dadurch ist die wirtschaftliche Grundlage für die berufliche Tätigkeit als Notar flächendeckend gegeben, wengleich die Einkommenssituation in Großstädten allein dadurch bereits begünstigt ist, dass dort die für die Berechnung der Notariatsgebühren maßgeblichen Geschäftswerte naturgemäß höher sind als auf dem Lande.

2. Schwerpunkte der Tätigkeit auf Grund rechtlicher Vorgaben

Auch wenn der Notar seine Amtstätigkeit auf allen Rechtsgebieten ausüben muss, bedingen örtliche Vorgaben Tätigkeitsschwerpunkte und damit Spezialisierungen, ohne dass diese nach außen werbend herausgestellt werden dürfen. Der im städtischen Umfeld tätige Notar ist nur ausnahmsweise mit den Besonderheiten des Rechtsverkehrs bezüglich landwirtschaftlich genutzter Grundstücke oder Sonderfragen der Erbfolge bei landwirtschaftlichen Betrieben befasst. Auch die Regelung der Generationennachfolge ist in ländlichen Regionen wesentlich anders, bedingt durch die dort noch häufiger anzutreffenden Familien, in denen mehrere Generationen zusammenleben und sich wechselseitig unterstützen bei Krankheit und im Alter. Dies macht Besonderheiten in der Beratung und Vertragsgestaltung erforderlich, die Tätigkeit auf dem Lande von städtischer Notartätigkeit deutlich unterscheidet. Schwerpunkte der Unterschiede sind nachfolgend dargestellt.

II. Übertragung und Belastung von Grundstücken

1. Das Liegenschaftskataster

- a) Sämtliche Liegenschaften eines Landesgebietes werden von den Vermessungs- und Katasterverwaltungen der Länder im Liegenschaftskataster registriert, dargestellt und beschrieben. Es handelt sich um ein amtliches Verzeichnis der Grundstücke für den Eigentumsnachweis im Grundbuch und weist zugleich für Zwecke der Besteuerung

des Grund und Bodens die Ergebnisse der Bodenschätzung nach.⁴⁵ Das Liegenschaftskataster ist nicht Teil der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und unterliegt damit nicht der Zuständigkeit der Gerichte und des Notars. Die Buchungseinheit des Liegenschaftskatasters ist das Flurstück; es umfasst einen zusammenhängenden, geometrisch eindeutig begrenzten Teil der Erdoberfläche, der im Liegenschaftskataster mit der Flurstücksnummer nachgewiesen wird. Flurstücke dienen der grundbuchmäßigen Bezeichnung von Grundstücken, jedoch kann die Bodenfläche eines Grundstücks in der Örtlichkeit aus mehreren Flurstücken ein und desselben Eigentümers bestehen, nicht aber aus Teilen eines Flurstücks. In der Regel bestehen Grundstücke aus einem einzigen Flurstück.

Die Flur bezeichnet den Bereich, in welchem die Flurstücksnummern vergeben werden. Es handelt sich um zahlreiche, im örtlichen Zusammenhang liegende Flurstücke. Mehrere örtlich zusammenhängende Flure einer Gemeinde bilden eine Gemarkung. Die Gemarkungen decken sich regelmäßig mit Grundbuchbezirken, in denen die Grundbücher wieder fortlaufend nummeriert bezeichnet werden.

Die katastertechnische Bezeichnung einer Bodenfläche umfasst danach den Namen der Gemarkung, die Nummer der Flur und die Flurstücksnummer. Die Flurstücke werden im automatisierten Liegenschaftsbuch (ALB) geführt.

Flurstücke können auf Antrag des Eigentümers oder auch von Amts wegen zerlegt oder verschmolzen werden.

- b) Das Liegenschaftskataster besteht aus einem beschreibenden textlichen Teil, dem Liegenschaftsbuch, einem darstellenden graphischen Teil, der Liegenschaftskarte, und einem vermessungstechnischen Teil, den Unterlagen für die Vermessung. Die Katasterbehörden sind in vielen Bundesländern den örtlichen kommunalen Gebietskörperschaften (kreisfreie Städte und Landkreise) zugeordnet, zum Teil sind sie mehrstufige Landesbehörden.

An den Vermessungsaufgaben wirken neben den Katasterämtern die öffentlich bestellten Vermessungsingenieure mit.

⁴⁵ Es gibt noch wenige im Grundbuch nicht eingetragene Grundstücke im Eigentum der öffentlichen Hand und von Kirchen, die öffentlichen Zwecken dienen. In anderen Sprachen werden die deutschen Fachbegriffe nicht einheitlich übersetzt.

- c) Das Liegenkataster steht am Anfang und am Ende des Grundstücksverkehrs, indem es die Grundstücke identifiziert in der geometrischen Lage, Größe und Form. Für die notarielle Tätigkeit ist die Information über die Nutzungsart von Bedeutung; bei dem Verkauf von Teilflächen aus bebauten Grundstücken bedarf es in der Regel der Genehmigung der Teilung des Grundstücks durch die örtliche Baubehörde, auf die der Notar bei der Beurkundung hinweisen soll (§ 18 BeurkG).⁴⁶ Der Verkauf land- und forstwirtschaftlichen Vermögens bedarf der Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz,⁴⁷ die der Notar im Rahmen der Abwicklung des Vertrages einholt.

Über die Katasterbehörden kann der Notar leicht die Registrierung eines Grundstücks beim Grundbuchamt feststellen, wenn ihm z. B. die Beteiligten keine exakten Angaben machen können. Der Notar hat ein Einsichtsrecht, Dritte nur bei Vorliegen eines berechtigten Interesses.

2. Das Grundbuch

- a) Grundbuchämter sind Teil der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und werden als Abteilungen der jeweiligen Amtsgerichte, der Eingangsstufe der Gerichtsbarkeit, geführt.⁴⁸ Hier werden sämtliche im Gerichtsbezirk liegende Flurstücke registriert. Für jeden Eigentümer wird ein gesondertes Grundbuch geführt; im Bestandsverzeichnis können mehrere Flurstücke, auch aus verschiedenen Fluren und Gemarkungen, eingetragen werden.

Das Grundbuch gibt über die privatrechtlichen Rechtsverhältnisse der Grundstücke Auskunft. Soweit öffentlich-rechtliche Rechtsfragen im Rahmen eines Grundstücksgeschäftes von Bedeutung sind, kann der Notar diese nicht aus dem Grundbuch entnehmen, sondern muss diese bei den zuständigen Behörden ermitteln oder ermitteln lassen.

- b) Die Führung der Grundbücher erfolgte früher in festen Bänden, die ihrerseits in Grundbuchblätter unterteilt waren, und wird seit etwa 35 Jahren auf Einzelhefte mit herausnehmbaren Einlegebögen (Loseblattgrundbücher) umgestellt. Entsprechend dem technischen Fortschritt wird in den Bundesländern zur Zeit die Führung des Grundbuchs in maschineller Form als automatisierte Datei eingeführt (§ 126 GBO).

⁴⁶ Z. B. gem. § 8 der Bauordnung des Landes Nordrhein-Westfalen für bebaute Grundstücke.

⁴⁷ § 2 Grundstücksverkehrsgesetz (GrdstVG).

⁴⁸ § 1 Abs. 1 S. 1 Grundbuchordnung (GBO).

Auch das Verzeichnis der Eigentümer und der Grundstücke sowie weitere, für die Führung des Grundbuchs erforderliche Verzeichnisse werden elektronisch geführt. In den meisten Bundesländern existiert nur noch das elektronische Grundbuch, das der Notar nach Beantragung einer Zugangsberechtigung unkompliziert über das Internet einsehen kann. Damit steht der Notar dem rechtssuchenden Publikum als Vermittler der Grundbucheinsicht ortsnah zur Verfügung.

- c) Die Eintragungen im Grundbuch unterliegen weitgehend dem Schutz des öffentlichen Glaubens. Dieser kann nur begründet werden aufgrund der hoheitlichen Funktion des Grundbuchamtes im Rahmen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit. Fehleintragungen lösen die Amtshaftung des Staates aus, nicht zivilrechtliche Schadensersatzansprüche. Ist im Grundbuch für jemanden ein Recht eingetragen, so wird kraft Gesetzes vermutet, dass ihm das Recht zusteht, ist ein eingetragenes Recht gelöscht, so wird vermutet, dass das Recht nicht besteht (§ 891 BGB). Erwirbt jemand ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Recht durch Rechtsgeschäft, gilt zu seinen Gunsten der Inhalt des Grundbuchs als richtig. Verfügungsbeschränkungen müssen im Grundbuch eingetragen sein, um Dritten gegenüber wirken zu können (§ 892 BGB).

Der Notar kann sich deshalb insoweit auf die Eintragungen im Grundbuch verlassen und sie seiner Beurkundungstätigkeit zugrunde legen. Deshalb ist er bei Grundstücksgeschäften verpflichtet, den Grundbuchinhalt festzustellen (§ 21 Abs. 1 S. 1 BeurkG) und darf nur in Ausnahmefällen nach besonderer Belehrung und Vermerk in der Urkunde ohne vorangegangene Grundbucheinsicht beurkunden. Die Rechtsvermutung des § 891 BGB und der öffentliche Glaube des Grundbuchs gemäß § 892 BGB erstrecken sich allerdings nicht auf die rein tatsächlichen Angaben des Bestandsverzeichnisses, also nicht auf die Angaben über Wirtschaftsart, Lage und Größe. Dem im ländlichen Bereich tätigen Notar sind insbesondere Abweichungen der Grundstücksgröße von den eingetragenen Größen bei älteren Vermessungen geläufig, die sich bei Grundstücksteilungen und Neuvermessungen ergeben. Deshalb muss sich seine Belehrungspflicht gerade auf diesen Umstand erstrecken, um spätere Streitigkeiten unter den Beteiligten zu vermeiden. Neuvermessungen sind aufgrund der heutigen elektronisch verfügbaren Daten in der Regel exakt.

- d) Parallel zum Grundbuch führt das Grundbuchamt Grundakten zur Verwahrung von Urkunden und Abschriften, die ebenfalls statt in Papierform zur Wiedergabe auf einem Bild- oder sonstigen Datenträger aufbewahrt werden dürfen. Eintragungen im

Grundbuch erfolgen nach der Reihenfolge der Eingänge, wozu jeweils Datum und Uhrzeit des Einganges von Anträgen registriert wird. Die in den Grundakten aufbewahrten Urkunden ergänzen den Inhalt des Grundbuchs. Insbesondere Dienstbarkeiten werden nicht mit ihrem Inhalt, sondern nur unter Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung desjenigen, dessen Recht von der Eintragung betroffen ist, registriert. Zur Feststellung des Inhaltes von Dienstbarkeiten muss der Notar deshalb auch auf die Grundakten zurückgreifen, wenn ihm die Beteiligten die Eintragungsbewilligungen nicht vorlegen können und die Dienstbarkeiten nicht bei der Übertragung von Grundstücken gelöscht werden. Die durch den Notar beurkundete Eintragungsbewilligung wird damit in den öffentlichen Glauben des Grundbuchs integriert.

- e) Zur Herstellung einer Übersichtlichkeit des Grundbuchs ist dieses nach dem Bestandsverzeichnis, in welchem die Flurstücke registriert sind, in drei Abteilungen unterteilt. Der Eigentümer wird in Abteilung I des Grundbuchs ausgewiesen, in Abteilung II des Grundbuchs werden alle Lasten und Beschränkungen des Eigentums, ausgenommen Grundpfandrechte, die in Abteilung III verzeichnet sind, eingetragen.

Die in Abteilung II und in Abteilung III des Grundbuchs eingetragenen Rechte stehen untereinander in einem Rangverhältnis. Früher beantragten Eintragungen gebührt der bessere Rang, innerhalb derselben Abteilung des Grundbuchs entscheidet die Reihenfolge der Eintragung (§ 879 BGB). Ränge können nachträglich geändert werden. Das Rangverhältnis regelt die Reihenfolge, in der mehrere an einem Grundstück bestehende Rechte verwirklicht und bei der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung berücksichtigt und befriedigt werden. Die rechtliche Sicherheit, die eine Eintragung im Grundbuch vermittelt, kann also nur aus der Feststellung des Rangverhältnisses beurteilt werden. Dies wirkt sich insbesondere auf die Belehrungspflicht des Notars bei der Bestellung von Grundpfandrechten oder der Abtretung eingetragener Grundpfandrechte aus, weil ein nachrangig eingetragenes Grundpfandrecht wegen der Vorrangigkeit anderer Eintragungen wirtschaftlich wertlos sein kann.

3. Aufgabe des Notars im Grundbuchwesen

Eine Eintragung im Grundbuch erfolgt nur, wenn die Eintragungsbewilligung desjenigen, dessen Recht von ihr betroffen wird, oder die sonstigen zu der Eintragung erforderlichen

Erklärungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Die Verpflichtung einer Vertragspartei, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder es zu erwerben, bedarf der notariellen Beurkundung (§ 311 b BGB), so dass die Notare im Grundbuchverkehr eine Alleinzuständigkeit haben. Neben dem Notar können siegelführende Behörden (die staatliche Verwaltung), Körperschaften des öffentlichen Rechts (z. B. Gemeinden, Landkreise) oder Anstalten des öffentlichen Rechts (z. B. Sparkassen) Eintragungsanträge zum Grundbuch stellen oder die Löschung von Rechten bewilligen, soweit sie selbst Berechtigte sind. Berichtigungen des Grundbuchs bedürfen in der Regel keiner öffentlichen Beglaubigung.

Die weitgehende Beschränkung des Zuganges zum Grundbuch für die Bürger, wenn Rechtsänderungen im Grundbuch eingetragen werden müssen, und die Bündelung der Antragstellung über den Notar bedeutet für die Justizverwaltung den Wegfall der vor dem Eintragungsvorgang liegenden Prüfungen, Belehrungen und Formulierung von Urkunden. Der Notar hat die Identität der Beteiligten zu prüfen, das Grundbuchamt übernimmt sämtliche Angaben gemäß der Antragstellung des Notars. Damit entfällt der andernfalls erforderliche unmittelbare Kontakt mit dem Publikum.

Mit der Formulierung der Urkunde und der in ihr enthaltenen Anträge durch den Notar reduziert sich die Aufgabenstellung des Grundbuchamtes auf deren Vollzug, also in der Übernahme und Kontrolle der tatsächlichen Angaben (zum Grundbuch, Grundstück, Eigentümer) und der Prüfung der Rechtsfragen, ob die Anträge vollziehbar sind. Eine Beurteilung der rechtlichen Auswirkungen der Eintragungen auf die Rechtsstellung der Beteiligten obliegt nicht dem Grundbuchamt, dies gehört zur Belehrungspflicht des Notars. Auch die steuerlichen Fragen sind nicht vom Grundbuchamt zu klären, vielmehr obliegt es dem Notar im Rahmen der Abwicklung eines Grundstücksgeschäftes, dieses dem zuständigen Finanzamt anzuzeigen⁴⁹ und die vom Finanzamt erteilte Bescheinigung, dass steuerliche Verpflichtungen einer Eigentumsänderung nicht entgegenstehen, dem Grundbuchamt vorzulegen.

Schließlich findet der gesamte Schriftverkehr, ausgenommen die Erteilung einer Kostenrechnung, zwischen dem Grundbuchamt und den von der Eintragung Betroffenen über den Notar statt, so dass gegenüber dem rechtssuchenden Bürger der Notar gleichsam wie ein vorgelagerter Teil des Grundbuchamtes erscheint. Der Notar ist deshalb in seiner hoheitlichen Funktion nicht nur als der für die beantragte Beurkundung

⁴⁹ § 18 Grunderwerbsteuergesetz.

zuständige Amtsträger, sondern gleichzeitig mit einer Funktion im Rahmen des von der Justiz getragenen Grundbuchwesens ausgestattet.

4. Grundpfandrechte und Rechte an beweglichem Eigentum

- a) Das Bürgerliche Gesetzbuch regelt drei Formen der Grundpfandrechte, ohne diesen Sammelbegriff selbst zu verwenden. Sie begründen keine nur in das Grundstück vollstreckbaren persönlichen Zahlungsansprüche, sondern der Eigentümer des Grundstücks ist zur Duldung der Zwangsvollstreckung wegen der aus dem Grundstück zu zahlenden Geldsumme verpflichtet (§ 1147 BGB).

Die Hypothek (§ 1113 BGB) ist ein beschränktes dingliches Grundstücksrecht, aufgrund dessen eine Geldsumme zur Befriedigung einer Forderung des Hypothekengläubigers gegen den Grundstückseigentümer oder einen Dritten aus dem Grundstück zu zahlen ist. Der Eigentümer als solcher ist nicht zur Zahlung verpflichtet, sondern muss nur die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zur Befriedigung der Forderung dulden. Die schuldrechtliche Forderung ist das Hauptrecht, die Hypothek ist zur Forderung akzessorisch, so dass sie ohne Forderung nicht als Fremdrecht entstehen kann. Einreden gegen die Forderung können gegen die Hypothek geltend gemacht werden und sind nur durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs eingeschränkt (§ 1138 BGB). Der Gesetzgeber regelt das Recht der Hypothek ausführlich und nimmt bei den weiteren Grundpfandrechten auf diese gesetzlichen Vorschriften weitgehend Bezug.

Die Rechtswirklichkeit hat sich jedoch anders entwickelt. Sie bevorzugt als Sicherungsmittel die Grundschuld (§ 1191 BGB). Diese ist ein beschränktes dingliches Grundstücksrecht, aufgrund dessen schlechthin, also ohne Abhängigkeit von einer Forderung, eine Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist. Die Zahlung kann zur Befriedigung einer Forderung dienen, was jedoch für das Bestehen und die Wirksamkeit der Grundschuld nicht Bedingung ist. Die Grundschuld ist, auch wenn sie im Zusammenhang mit einer schuldrechtlichen Forderung gegen den Grundstückseigentümer oder einen Dritten bestellt wird, hierzu nicht akzessorisch. Die Grundschuld eignet sich deshalb insbesondere für die Absicherung solcher Kredite, deren Zahlungsbedingungen bei der Bestellung der Grundschuld noch nicht endgültig feststehen oder sich, z. B. durch Anpassung der Zinsen an die Marktentwicklung, laufend ändern können. Über die Grundschuld können Kontokorrentkredite mit schwankenden Schuldbeträgen ohne weitere Eintragungen

im Grundbuch unkompliziert abgesichert werden. Sie kann für neue Kredite als Sicherheit verwandt werden, auch wenn sie über längere Zeit keine Forderung der Gläubigerin besichert hat und kann leicht von einem Gläubiger an einen anderen Gläubiger übertragen werden.

Die Bestellung der Grundschuld erfolgt im Verhältnis der Banken zu den Kreditnehmern üblicherweise unter Verwendung von Formularen, die Schuldzinsen ausweisen, die weit über den mit der Bank vereinbarten Zinssatz für das Darlehen hinausgehen.⁵⁰ Die Grundschuldzinsen beschreiben den Rahmen der durch die Grundschuld gewährten Sicherheit für die Gläubigerin, womit auch höhere Zinsen, als im Darlehensvertrag vereinbart, für den Fall des Verzuges oder Kosten der Rechtsverfolgung durch die Gläubigerin abgesichert sind.

Als dritte Form eines Grundpfandrechts kann eine Rentenschuld (§ 1199 BGB) als Unterart der Grundschuld bestellt werden. Ihre Besonderheit liegt darin, dass eine bestimmte Summe aus dem Grundstück zu regelmäßig wiederkehrenden Terminen zu zahlen ist; der Eigentümer hat ein Ablösungsrecht, der Gläubiger aber regelmäßig kein Kündigungsrecht. Die Rentenschuld ist wie die Grundschuld nicht von der Forderung akzessorisch. Mit ihr können z. B. eine Leibrente oder ein ratenweise zu zahlender Grundstückskaufpreis besichert werden. Sie ist in der Praxis wenig gebräuchlich.

- b) Um dem Kreditinstitut die Möglichkeit zu geben, aus der Grundschuld problemlos vollstrecken zu können, unterwerfen sich der Eigentümer und der Schuldner, wenn dieser nicht mit dem Eigentümer identisch ist, in der notariellen Urkunde der dinglichen und persönlichen Zwangsvollstreckung. Aufgrund der dinglichen Zwangsvollstreckung kann der Gläubiger die Zwangsversteigerung des Grundbesitzes im Falle der Nichtzahlung betreiben. Die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner ist in der Regel verbunden mit einem persönlichen Schuldanerkenntnis, womit der Schuldner bekennt, den Grundschuldbetrag nebst Zinsen und Kosten zu schulden, und sich insoweit der persönlichen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterwirft. Dadurch wird ein Titel geschaffen, der wie ein Gerichtsurteil wirkt und ein langwieriges und teures Gerichtsverfahren vermeidet. Die notariellen Urkunden sind wie gerichtliche Entscheidungen im Ausland vollstreckbar.

⁵⁰ Als jährliche Grundschuldzinsen werden in der Regel zwischen 15 und 20 % vereinbart.

- c) Da die Grundschuld nicht zur Forderung akzessorisch ist, muss im Rahmen der Kreditgewährung zwischen der Gläubigerin und dem Eigentümer eine Vereinbarung über die Zweckbestimmung der Grundschuld getroffen werden. Diese sogenannte Zweckerklärung regelt den Umfang der mit der Grundschuld zu sichernden Forderungen. Nur gemäß Regelung in der Zweckbestimmungserklärung bestimmt sich, welche Forderungen z. B. der Bank gegen den Grundstückseigentümer mit der Grundschuld abgesichert werden. Während die Grundschuld in notarieller Urkunde bestellt werden muss, unterliegt die Zweckerklärung nicht dem Beurkundungszwang. Damit erstreckt sich die notarielle Belehrungspflicht zunächst einmal nur auf den Inhalt der Grundschuldbestellungsurkunde und nicht auf die Zweckerklärung, aus der sich erst schuldrechtlich die Durchsetzbarkeit des Zahlungsanspruchs der Gläubigerin gegen den Eigentümer ergibt. Die Schutzwirkung der Belehrungspflicht für die Urkundsbeteiligten gemäß § 17 Abs. 1 S. 2 BeurkG wird deshalb von der Rechtsprechung ausgeweitet, indem die Verpflichtung des Notars, unerfahrene und ungewandte Beteiligte vor Benachteiligungen zu schützen, weit ausgelegt wird. Der Notar hat insoweit eine zusätzliche Betreuungspflicht auch im Hinblick auf die Einbeziehung der Wirkung der Zweckerklärung in seine Belehrung, wenn er erkennt oder bei sorgfältiger Aufklärung des Sachverhaltes hätte erkennen können, dass dem Besteller der Grundschuld die Funktion der Zweckerklärung unbekannt ist. Dies gilt vor allem in Fällen, in denen der Grundstückseigentümer eine Verpflichtung eines Dritten gegenüber der Grundschuldgläubigerin absichert. In der Praxis betrifft dies häufig Fälle der Bestellung von Sicherheiten am Vermögen eines Ehepartners für Verbindlichkeiten des anderen Ehepartners aus unternehmerischer Tätigkeit. Eine solche Aufgabenstellung ist für einen Notar in ländlichen Regionen eher typisch als für den Notar in der Stadt. Die Wirtschaft auf dem Lande ist vorwiegend durch kleine und sehr kleine Betriebe geprägt, die Kredite von Banken nur erhalten, wenn der Inhaber unabhängig von der Rechtsform des Unternehmens sein persönliches Vermögen und häufig auch dasjenige seiner Ehefrau als Sicherheit zur Verfügung stellt.

Die Rechtsprechung dehnt die Belehrungspflicht des Notars laufend aus mit der Folge, dass der Notar gezwungen sein kann, sich in die konkreten Bedürfnisse, Wünsche und wirtschaftlichen Erwägungen der Beteiligten zu versetzen, um dann entsprechende Hinweise zu geben, die über die rechtlichen Wirkungen des Geschäftes weit hinausgehen.⁵¹ Bei solchen Belehrungen hat der Notar jedoch auch gegenüber dem Gläubiger als dem materiell Beteiligten an der Beurkundung

⁵¹ Limmer in Würzburger Notarhandbuch Teil 1 RN 97.

Neutralität zu bewahren, darf also nicht pauschal von der Stellung der Sicherheit im Hinblick auf die damit verbundene Gefahr der Inanspruchnahme abraten und muss das berechnigte Sicherheitsinteresse des Kreditgebers bei seiner Belehrung über den Inhalt der Grundpfandrechtsbestellungsurkunde berücksichtigen. Soweit das Beurkundungsgesetz jedoch spezielle Belehrungspflichten dem Notar auferlegt, gehen diese seiner Pflicht zur allgemeinen Unparteilichkeit vor. Deshalb hat er die in wirtschaftlichen Dingen unerfahrene und ungewandte Ehefrau über die möglichen Auswirkungen der beabsichtigten Grundschuldbestellung für den Fall der Insolvenz des Ehemannes oder seines Unternehmens aufzuklären.⁵²

- d) An einer beweglichen Sache kann ohne Mitwirkung eines Notars zur Sicherung einer Forderung ein Pfandrecht bestellt werden mit der Folge, dass der Gläubiger berechnigt ist, bei Fälligkeit sich wegen seiner Forderung aus der Sache zu befriedigen, sie also zu verwerten (§ 1204 Abs. 1 BGB). Zur Bestellung gehört ein Realakt, nämlich die Übergabe der Sache an den Gläubiger oder ein Übergabeersatz, so dass dem Schuldner der Verlust der Herrschaftsgewalt und damit seiner Rechtsstellung bewusst wird. Dies rechtfertigt den verminderten Schutz des Betroffenen durch Verzicht auf die notarielle Beurkundungs- und Belehrungspflicht.

5. Rechte auf Gebrauch und Nutzung im Grundbuch

- a) Eine Sache kann in der Weise belastet werden, dass derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, berechnigt ist, die Nutzungen der Sache zu ziehen (Nießbrauch).⁵³ Der Nießbrauch ist unübertragbar und unvererblich, er kann zeitlich befristet oder auf Lebenszeit des Berechnigten bestellt werden. Die notarielle Tätigkeit beschränkt sich bei der Begründung des Nießbrauchs selten auf die Beurkundung des Eintragungsantrages, da der Nießbrauch in der Regel im rechtlichen Zusammenhang mit anderen Rechtsgeschäften bestellt wird. Häufig behalten Eltern bei der Übertragung von Immobilien auf Kinder zur eigenen Altersversorgung die Einkünfte durch Bestellung des Nießbrauchs vor, so dass die Nießbrauchsbestellung Teil der Beurkundung der Grundstücksübertragung ist. In diesen Fällen sind oft steuerliche Gestaltungen der Grund für den Vertragsabschluss. Der Notar hat keine Belehrungspflicht über steuerliche Folgen des Rechtsgeschäftes,⁵⁴ ihm obliegen nur aufgrund steuerrechtlicher Spezialvorschriften Hinweispflichten steuerrechtlicher

⁵² Vgl. Frenz in Eylmann/Vaasen, § 17 BeurkG, RN 17.

⁵³ § 1030 BGB.

⁵⁴ Ständige Rechtsprechung.

Art.⁵⁵ Wenn der Notar erkennt, dass steuerliche Absichten mit einem Rechtsgeschäft beabsichtigt sind, hat er jedoch aufgrund seiner Verpflichtung, von den Beteiligten Nachteile abzuwenden (§ 17 Abs. 1 BeurkG), die Aufgabe, die Hinzuziehung eines Steuerberaters zu empfehlen.

- b) Ein Grundstück kann zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks mit einer Grunddienstbarkeit oder zugunsten einer anderen juristischen oder natürlichen Person mit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit belastet werden. Deren Inhalt ist die Berechtigung, das Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen, oder die Beschränkung des Grundstückseigentümers, gewisse Handlungen auf dem Grundstück nicht vornehmen zu dürfen, oder Rechte auszuüben, zu denen er als Eigentümer berechtigt wäre. Hierdurch ergeben sich eine Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten im nachbarrechtlichen Verhältnis von Grundstückseigentümern untereinander.

Über Dienstbarkeiten werden die technische Infrastruktur, z. B. insbesondere das Recht zur Verlegung und Unterhaltung von Versorgungsleitungen, abgesichert. Die Bestellung dieser Dienstbarkeiten ist eine typische Aufgabe des Notars in ländlichen Gebieten, da in städtischen Bereichen Leitungen in der Regel über die im staatlichen Eigentum stehenden öffentlichen Verkehrsflächen verlegt werden.

In Form von Dienstbarkeiten können auch Berechtigungen mit erheblichem wirtschaftlichen Wert abgesichert werden, was vor allem für Notare in ländlichen Regionen hohe Anforderungen an die Kenntnis der Gestaltungsmöglichkeiten und mögliche steuerliche Folgen der Nutzungsüberlassung stellt. Dies gilt sowohl für das Recht, Bodenbestandteile zu gewinnen als auch wirtschaftliche Tätigkeiten auszuüben oder bauliche Anlagen zu errichten. Die im öffentlichen Interesse liegende Erhaltung von Naturschutzgebieten kann, wenn ein Eigentumserwerb an den Flächen durch staatliche Stellen oder den Träger von Naturschutzmaßnahmen nicht möglich ist, durch Eintragung einer Dienstbarkeit besichert werden. Auch wenn die Dienstbarkeiten auf Grund einer Beglaubigung nur der Unterschrift des Eigentümers durch den Notar unter dem Eintragungsantrag in das Grundbuch eingetragen werden können, erfolgt oft die Vereinbarung in einer vom Notar entworfenen Urkunde. Neben guter Rechtskenntnis erfordern derartige Gestaltungen ein Verständnis für die damit verbundenen Auswirkungen auf die Nutzung der Grundstücke und die Rücksichtnahme auf die vielfach bestehende grundsätzliche Abneigung, einer

⁵⁵ § 19, § 13 Abs. 1 u. 5 EStDV.

Belastung des Grundbesitzes mit dinglichen Rechten zugunsten Dritter zuzustimmen. Ein im städtischen Umfeld tätiger Notar kommt mit diesen Rechtsfragen und Mentalitäten seltener in Berührung.

Hohe Anforderungen stellen an den Notar freiwillige Umlegungen und städtebauliche Verträge, deren Inhalt die Bodenordnung zur Herstellung einer aus wirtschaftlichen Gründen gebotenen Neuordnung der Eigentumsverhältnisse und der Erschließung von Grundstücken zum Zwecke der Bebauung ist. Gerade von dem auf dem Lande tätigen Notar wird in diesen Fällen von den Beteiligten eine Vermittlung erwartet mit Gestaltungsvorschlägen, die rechtlich möglich, steuerrechtlich nicht nachteilig und in der Durchführung mit möglichst geringen Kosten verbunden sind. Größere Städte, die über leistungsfähige juristische Abteilungen verfügen, regeln die Bereitstellung von Grundbesitz für die Errichtung von Wohnhäusern oder Industrie vornehmlich mit den öffentlich-rechtlichen Mitteln des Baugesetzbuches, also staatlichem Zwang. Kleinere Gemeinden auf dem Lande bevorzugen die Verhandlungen mit den Eigentümern und verlassen sich mangels eigener Rechtsabteilung auf die juristische Unterstützung des Notars, was besondere Anforderungen an die Neutralität und Redlichkeit des Notars bedingt.

- c) Besonders sorgfältig muss der Notar bei der Feststellung öffentlich-rechtlicher Belastungen sein, die anders als Dienstbarkeiten oder sonstige dingliche Rechte nicht aus dem Grundbuch ersichtlich sind. Neben den im Grundbuch nicht eintragungsfähigen Rechten aus Mietverträgen oder Pachtverträgen oder auch schuldrechtlich bestellten, nicht im Grundbuch eingetragenen Vorkaufsrechten und den heute seltenen altrechtlichen Dienstbarkeiten aus der Zeit vor Anlage der Grundbücher sind dies vor allem öffentlich-rechtliche Lasten, wie z. B. Erschließungskosten, und vor allem öffentlich-rechtliche Nutzungsbeschränkungen und Baulasten. Diese können zu zusätzlichen, nicht von den Parteien kalkulierten Zahlungsverpflichtungen führen oder die Nutzungsmöglichkeit einer Immobilie wesentlich einschränken und sind sodann Gegenstand von Auseinandersetzungen unter den Beteiligten über die dadurch verursachten Nachteile einer Partei, wenn solche Belastungen übersehen worden sind.

Der Notar ist nicht verpflichtet, das Baulastenverzeichnis einzusehen, weil sich seine Verpflichtung zur Einsicht in die Register bei Grundstücksgeschäften auf das Grundbuch beschränkt (§ 21 Abs. 1 S. 1 BeurkG). Die Baulast ist gemäß der gesetzlichen Definition die Verpflichtung des Grundstückseigentümers zu einem sein

Grundstück betreffenden Tun, Dulden und Unterlassen zur Sicherung baurechtlicher Verpflichtungen, die sich nicht schon aus öffentlich-rechtlichen Vorschriften ergeben. Diese werden in ein Baulastenverzeichnis eingetragen.⁵⁶ Damit überschneidet sich die Funktion der Baulast als öffentlich-rechtliche Verpflichtung mit im Grundbuch einzutragenden privatrechtlichen Duldungspflichten und Nutzungsbeschränkungen. Dies kann zur Verwirrung führen, zumal häufig die Beteiligten keine Erinnerung oder Information über die Baulast haben. Insoweit ist die Aufklärung des Sachverhaltes und die Veranlassung ergänzender Feststellungen hierzu sowie die Belehrung über die Bedeutung der tatsächlichen Feststellungen eine wesentliche Aufgabe des Notars. In der Praxis erweist sich immer wieder, dass solche Informationen einer Vertragspartei bekannt sind, sie von ihr aber bewusst nicht in den Vorverhandlungen offenbart wurden. In solchen Situationen ist die Stellung des Notars in seiner Unabhängigkeit und als Träger eines öffentlichen Amtes Garant für eine faire und spätere Streitigkeiten vermeidende Vertragsgestaltung.

6. Löschung von Rechten im Grundbuch

In den meisten Fällen können Grundstücksgeschäfte nur abgewickelt werden, wenn im Grundbuch eingetragene Belastungen spätestens mit Umschreibung des Eigentums auf Grund einer Bewilligung des Berechtigten gelöscht werden, weil der Erwerber diese nicht zu übernehmen bereit ist. Dies können Berechtigungen in Abt. II des Grundbuchs sein, z. B. Nießbrauchsrechte oder Wohnungsrechte, deren Löschung oft in der Familie des Veräußerers geregelt wird und deshalb unproblematisch ist.

Schwierig ist oft die Ablösung von Grundpfandrechten in Abt. III des Grundbuchs, weil die Grundpfandgläubiger die Löschung nur gegen Rückzahlung der besicherten Darlehen bewilligen. Insoweit sehen viele ausländische Rechtsordnungen die Notwendigkeit vor, den vom Erwerber zu zahlenden Kaufpreis über ein vom Notar einzurichtendes Sonderkonto abzuwickeln, damit eine Regelung Zug um Zug ermöglicht wird ohne Gefährdung der wirtschaftlichen Interessen eines Vertragsbeteiligten. Diese Zahlung über Notaranderkonto ist in Deutschland die Ausnahme, auch aufgrund der hohen Kosten, die es verursacht. Der Anspruch des Erwerbers eines Grundstücks kann durch eine Vormerkung (§ 883 BGB) so besichert werden, dass der Anspruch auch im Falle der Insolvenz des Veräußerers geschützt ist. Die Anlage eines Notaranderkontos macht das

⁵⁶ Ein Baulastenverzeichnis gibt es nicht in allen Bundesländern.

Beurkundungsgesetz (§§ 54 a ff. BeurkG) von einem Sicherungsinteresse aller beteiligten Personen abhängig.⁵⁷

In der Regel ist die Abwicklung des Vertrages ohne Notaranderkonto über eine Vertragsgestaltung im Wege der Direktzahlung möglich und geboten. Um der den Kaufpreis finanzierenden Bank die Möglichkeit zu geben, ein Grundpfandrecht als Sicherheit im Range nach den Eintragungen vorzunehmen, die bei Eigentumsumschreibung gelöscht werden sollen, erteilt der Veräußerer dem Erwerber die Vollmacht, für das den Kaufpreis finanzierende Kreditinstitut bereits vor Zahlung des Kaufpreises und vor Eigentumsumschreibung ein Grundpfandrecht zu bestellen. Wenn der Notar der Grundpfandgläubigerin bestätigt, dass nach der von ihm anzuweisenden Auszahlung des Kaufpreises die Voraussetzungen für die Löschung der vorrangigen Rechte gegeben sind, erfolgt die unmittelbare Auszahlung ohne Abwicklung über ein Notaranderkonto. Diese Bestätigung kann der Notar abgeben, wenn ihm die zur Löschung erforderlichen Löschungsbewilligungen zu treuen Händen ausgehändigt sind mit der Maßgabe, dass er nach Zahlung des ihm mitgeteilten Darlehensbetrages über die Löschungsbewilligungen frei verfügen kann. Diese Direktabwicklung beschleunigt die Zahlungsvorgänge und vermeidet zusätzliche Kosten der Einrichtung des Notaranderkontos. Sie verlangt vom Notar im Rahmen der Abwicklung des Grundstücksgeschäftes eine exakte Feststellung, ob die ihm erteilten Treuhandaufgaben der abzulösenden Gläubiger erfüllbar sind, und eine sorgfältige Weitergabe aller ihm mitgeteilten Bedingungen sowie die Überwachung der Erfüllung. Diese Vertragsabwicklung ist ohne die Stellung des Notars als Inhaber eines öffentlichen Amtes, verbunden mit seiner Unabhängigkeit, Neutralitätspflicht und unbeschränkter Haftung, nicht möglich.

Insoweit unterscheidet sich die Tätigkeit des Notars regional nicht. Allerdings ist die Abwicklung von Verträgen auf dem Lande oft unkomplizierter, wenn der Verkäufer über weiteren Grundbesitz verfügt und die Freistellung verkaufter Grundstücke durch Grundpfandgläubiger ohne oder mit einfach zu erfüllenden Auflagen verbunden ist.

7. Anforderungen an die notarielle Amtstätigkeit bei Immobilienverträgen

- a) Bei Grundstücksgeschäften hat der Notar entsprechend der örtlichen Lage seiner Kanzlei in einer Stadt oder auf dem Lande und der dadurch bedingten räumlichen

⁵⁷ § 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG.

Vorgaben und soziologischen Struktur der Bevölkerung unterschiedliche Schwerpunkte in seiner beruflichen Tätigkeit.

Auf dem Lande liegt ein Schwerpunkt notarieller Tätigkeit naturgemäß in der Mitwirkung bei der Veräußerung von landwirtschaftlichen Grundstücken, so dass er die Besonderheiten des Grundstücksverkehrsrechts in die Vertragsgestaltung einzubeziehen hat. Die Veräußerung von land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken und die Bestellung eines Nießbrauchsrechts hieran bedarf der Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz⁵⁸ und den dazu erlassenen landesrechtlichen Vorschriften. Darüber hinaus können Verfügungsbeschränkungen öffentlich-rechtlicher Art während eines Flurbereinigungsverfahrens in Betracht kommen. Nach Landesrecht existieren zum Teil ebenfalls weitere Verfügungsbeschränkungen.⁵⁹ Ziel des Genehmigungsvorbehaltes oder der Verfügungsbeschränkung ist es, die Verteilung des landwirtschaftlich genutzten Grund und Bodens so zu regeln, dass er den landwirtschaftlichen Betrieben erhalten bleibt, nicht zersplittert wird zur Erhaltung ausreichend großer landwirtschaftlicher Nutzflächen und die Erweiterung von Bebauungsflächen in den Städten und Dörfern sowie die geordnete Industrieansiedlung entsprechend der öffentlich-rechtlichen Landesplanung gesteuert werden.

Die Einholung der Genehmigung ist Aufgabe des Notars im Rahmen der Abwicklung des Vertrages, die Genehmigungsbehörden richten in der Regel ihre Rückfragen zur Verwendung der Flächen durch den Erwerber an den Notar. Die notarielle Belehrung über die Genehmigungsfähigkeit von Verträgen ist von wesentlicher Bedeutung für deren Durchführbarkeit der Verträge und damit die Bereitschaft der Beteiligten zum Vertragsschluss, um die Kosten nicht genehmigungsfähiger und damit gescheiterter Verträge zu vermeiden. Dies verlangt vom Notar, dass er die Grundsätze des Genehmigungsverfahrens kennt und sich über die Voraussetzungen der Genehmigungsfähigkeit informiert, insbesondere indem er den beabsichtigten Verwendungszweck im landwirtschaftlichen Betrieb des Erwerbers wertet und die voraussichtlichen Erwägungen der Genehmigungsbehörde in seine Beratung einbezieht.

Besondere Probleme bei der Beurkundung von Grundstücksgeschäften auf dem Lande bereiten die unterschiedlichen Prämien- und Abgabenrechte, die aufgrund der

⁵⁸ Gesetz über Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur und zur Sicherung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe (Grundstücksverkehrsgesetz- GrdstVG) vom 28.07.1961.

⁵⁹ Z. B. Genehmigung für die Teilung von Waldgrundstücken.

EG-Agrarpolitik und deren Umsetzung in nationales Recht laufend Anpassungen von Vertragsgestaltungen an die jeweilige rechtliche Situation erforderlich machen. Obwohl die im landwirtschaftlichen Bereich tätigen Berufsgruppen über Einzelheiten der Zuschuss- und Abgabenregelungen durch ihre Berufsorganisationen gut informiert sind, bedarf es insoweit dennoch einer sehr umsichtigen gestaltenden und beratenden Tätigkeit des Notars. Er muss aufklären, ob für den Vertragsgegenstand Prämienrechte gemäß dem Gesetz vom 21.07.2004 zur Umsetzung der Reform der Gemeinsamen Agrarpolitik (GAP) beantragt und Zahlungsansprüche geltend gemacht worden sind sowie über das Verfügungsrecht über die Zahlungsansprüche.⁶⁰ Hieran knüpft sich in der Regel im Vertrag eine Zuordnung der Berechtigungen, wobei Einzelheiten wiederum abhängig sind von der beabsichtigten Verwendung der Fläche oder Berechtigungen aus Pachtverträgen. Für den Notar ist die Beratung insoweit Teil der Belehrungspflicht und löst keine gesonderten Kosten für die Beteiligten aus, anders als dies im Falle der Hinzuziehung von Rechtsanwälten der Fall wäre. Für den Notar auf dem Lande ist deshalb in diesen Fällen eine persönliche Verbindung mit den rechtlichen und wirtschaftlichen Besonderheiten landwirtschaftlicher Betriebe nützlich, oft sogar erforderlich.

- b) Die in kleineren Städten und Dörfern in Deutschland vorherrschende Bebauung von Grundstücken mit Einfamilienhäusern bedingt einen weiteren Schwerpunkt der Tätigkeit von Notaren in ländlichen Regionen. Während in städtischem Umfeld die Erschließung von Bauland vorwiegend durch die Kommunen oder von ihnen beauftragte Erschließungsträger durchgeführt wird, werden in ländlichen Regionen Grundstücke zum Zwecke der Bebauung oft von privaten Eigentümern veräußert oder im Wege der Erbbaurechts vergeben. Auf Grund des starken Anstiegs der Grundstückspreise werden oft bereits bebaute Grundstücke geteilt, was die Klärung der Erschließung der Teilflächen durch im Grundbuch zu sichernde Wegerechte und Leitungsrechte unter Einbeziehung auch der Verpflichtungen zur Befestigung der Wege und deren Unterhaltung sowie der Kosten der Verlegung und Erneuerung von Leitungen erforderlich macht. Da die Beteiligten oft nicht anderweitig beraten sind, ist der Notar oft gezwungen, sich mit der baurechtlichen Situation vertraut zu machen und Regelungen vorzuschlagen, an die die Beteiligten bis dahin noch nicht gedacht hatten. Verträge dieser Art sind individuell vorzubereiten und zu formulieren, was für den Notar oft mit einem wesentlich größeren zeitlichen Aufwand verbunden ist, als

⁶⁰ Auf Grund der VO (EG) 1782/2003, VO (EG) 795/2004, VO (EG) 796/2004, dem Bundesprämien durchführungsgesetz, der Betriebsprämien durchführungsverordnung und der InVeKos-Verordnung (Betriebsprämienregelung).

dies für Bauverträge in einem von einem Erschließungsträger erschlossenen Baugebiet gilt, wo die Verträge in der Regel gleichlautend abgeschlossen werden.

- c) Demgegenüber hat der im städtischen Umfeld tätige Notar bei Abschluss von Grundstückskaufverträgen oft Probleme sorgfältig aufzuklären und zu regeln, die mit der Belastung des Bodens durch schädliche Stoffe verbunden sind. Schadstoffe im oder auf dem Boden, die zur Grundwassergefährdung oder zu gesundheitsschädlichen Immissionen führen und deren Beseitigung hohen finanziellen Aufwand erfordert, werden zunehmend sensibel in der öffentlichen politischen Diskussion bewertet und müssen bei der Vertragsgestaltung sorgfältig bedacht werden.⁶¹ Durch das Gesetz zum Schutz des Bodens (Bundesbodenschutzgesetz)⁶² wurde dieser für die notarielle Vertragsgestaltung wesentliche Bereich öffentlich-rechtlich geregelt und muss durch vertragliche Regelungen präzisiert werden. Danach sind für die Beseitigung von schädlichen Bodenveränderungen gleichmäßig verantwortlich der jeweilige Grundstückseigentümer, der Inhaber der tatsächlichen Sachherrschaft (z. B. Mieter, Käufer, auf den der Besitz, Nutzen und Lasten bereits übergegangen ist, Erbbauberechtigter), der Verursacher der Verunreinigung und jeder frühere Eigentümer eines Grundstücks, wenn er das Grundstück nach dem 01.03.1999 übertragen hat und die schädliche Bodenveränderung oder Altlasten kannte oder kennen musste (sogenannte Fahrlässigkeit). Zwar enthält das Gesetz eine Regelung über den Ausgleich im Innenverhältnis zwischen den gesamtschuldnerisch Haftenden⁶³, abgestellt auf die Verantwortlichkeit der früheren Eigentümer und Besitzer, dennoch müssen die Verantwortlichkeit und Beteiligung an Kosten präzise zwischen den Vertragsparteien geregelt werden, um spätere Streitigkeiten zu vermeiden, wenn die Kosten der Beseitigung der Altlasten höher als geschätzt ausfallen werden.

Die Belehrung durch den Notar ist in derartigen Fällen dringend notwendig.⁶⁴ Die Vertragsgestaltung durch den Notar muss berücksichtigen, ob Altlasten bekannt oder nicht bekannt sind, ob Verdachtsflächen verliegen und welcher Umfang der Schadstoffbelastung bekannt ist. In der Regel wird der Notar die Hinzuziehung eines Sachverständigen empfehlen. Danach muss der Notar die unterschiedliche Interessenlage der Beteiligten und die Angemessenheit des Ausschlusses oder der

⁶¹ Hierzu gibt es umfangreiche Literatur, z. B. Sorge in MittBayNot 1999, 232, Schürmann in MittRhNotK 1994, 1.

⁶² Gesetz vom 13.03.1998 BGBl I 502, BBodSchG.

⁶³ § 24 BBodSchG.

⁶⁴ Sorge in MittBayNot 1999, 232.

Beschränkung von Sachmängelrechten abwägen und gegebenenfalls Vorschläge zur Übernahme des Altlastenrisikos durch den Verkäufer und eine entsprechende Freistellung von Ausgleichspflichten vorschlagen. Oft übernimmt in diesen Fällen der Käufer bis zu einer bestimmten Summe mögliche Kosten der Beseitigung der Altlasten, an darüber hinausgehenden Kosten beteiligt sich der Verkäufer, beide Parteien behalten sich Rücktrittsrechte vom Vertrag vor, wenn die finanzielle Belastung die geschätzten Kosten übersteigt. Wegen der Unsicherheiten im Sachverhalt und bei der Schätzung der Kosten verlangen derartige Vertragsgestaltungen vom Notar Einfühlungsvermögen und Sorgfalt sowie technisches Verständnis.

- d) Eine rechtlich schwierige notarielle Amtstätigkeit in Bezug auf Immobilien liegt in der Gestaltung und Abwicklung von sogenannten Bauträgerverträgen. Dies sind Verträge eines Unternehmers⁶⁵, der in Ausübung seiner gewerblichen Tätigkeit Grundstücke mit darauf zu errichtenden Gebäuden oder Eigentumswohnungen an Verbraucher⁶⁶ veräußert. Derartige Vertragsgestaltungen setzen sich aus kaufrechtlichen, werkvertraglichen und dienstleistungsrechtlichen Elementen zusammen mit der Folge, dass umfangreiche und komplizierte Verträge formuliert werden müssen, deren Ausgewogenheit wesentlich von der Sorgfalt und Neutralität des Notars abhängen. Dem Verbraucher müssen Entwürfe des beabsichtigten Kaufvertrages in der Regel zwei Wochen vor dem Beurkundungstermin zur Verfügung gestellt werden, damit er ausreichend Zeit hat, den beabsichtigten Vertrag zu lesen, zu überprüfen und sich bei dem Notar oder einem Dritten über die Bedeutung der Formulierungen aufklären zu lassen. Bauträgerverträge umfassen neben der Regelung der typischen Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten umfangreiche technische Teile, nämlich die Beschreibung des zu errichtenden Gebäudes, wozu der Notar oft auf die Präzisierung der werkvertraglichen Pflichten dringen muss, um den in der Regel insoweit unerfahrenen Verbraucher vor Nachteilen zu schützen.⁶⁷

Für den auf dem Lande tätigen Notar ergibt sich insoweit die typische Aufgabenstellung, dass viele Erwerber mit dem Unternehmer vereinbaren, dass sie einen Teil der vom Unternehmer zu erbringenden Leistungen selbst im Rahmen des Baufortschritts ausführen. Grund hierfür ist oft die eigene handwerkliche Sachkunde und die Möglichkeit, familiäre und freundschaftliche Hilfe bei der Durchführung von Eigenleistungen zu erlangen und dadurch erhebliche Teile des Kaufpreises zu sparen.

⁶⁵ § 14 BGB.

⁶⁶ § 13 BGB

⁶⁷ Zum Beitrag des Notariats zur Rechtsentwicklung näher Bandel in seinem Beitrag zum Thema I des UINL-Kongresses Madrid 2007 B I, 1.

Für die Vertragsgestaltung durch den Notar stellt sich in diesen Fällen die Aufgabe, die vorher kaum überschaubaren Überschneidungen im Fall der Überschreitung von Fristen oder des Auftretens von Mängeln in der Vertragsgestaltung zu berücksichtigen. Im städtischen Umfeld sind derartige Vertragsgestaltungen selten, weil dort der Geschosswohnungsbau überwiegt und Eigenleistungen der Bauherren bei der Errichtung von Eigentumswohnungen nur in geringem Umfang aus technischen Gründen möglich sind.

Die äußerst geringe Zahl von Streitigkeiten bei der Errichtung von Wohnungen durch Bauträger, insbesondere die Absicherung der Käufer im Falle der Insolvenz der Bauträger durch eine umsichtige Gestaltung des Vertrages durch den Notar, belegt die Qualität der insoweit von den Notaren entworfenen Verträge.

III. Tätigkeit in familien- und erbrechtlichen Angelegenheiten

1. Ehe- und familienrechtliche Verträge

Im Familienrecht unterscheidet sich die Tätigkeit des auf dem Lande ansässigen Notars nicht wesentlich von der Amtstätigkeit in Städten. Die Gestaltungsprobleme von Eheverträgen, Adoptionen, Scheidungsvereinbarungen oder Vorsorgevollmachten sind im Wesentlichen gleich. Aus der Sicht des Notars ergeben sich unterschiedliche Aufgabenstellungen daraus, dass im ländlichen Bereich die familiären Bindungen fester gefügt sind. Dadurch fallen weniger Aufgaben bei der Gestaltung von Eheverträgen oder Vereinbarungen zur Durchführung von Ehescheidungen an; es wird insoweit die von der Bevölkerung unverändert als den heutigen sozialen Verhältnissen gerecht werdende Rechtslage akzeptiert.

Für den täglichen Rechtsverkehr zunehmend wichtig ist die Aufklärung und Feststellung des ehelichen Güterstandes von Urkundsbeteiligten. Durch die Migration in den letzten Jahrzehnten gibt es in Deutschland viele Ehen von Partnern mit unterschiedlicher Staatsangehörigkeit, so dass nicht immer eindeutig ist, welche nationalen güterrechtlichen Vorschriften anwendbar sind. Eheverträge bedürfen der notariellen Beurkundung und sind ohne weitere gerichtliche Genehmigungen wirksam. Während der gesetzliche Güterstand, der eine Gütertrennung ist, sowie die durch Ehevertrag eingeführte strikte Gütertrennung im Grundbuch nicht eintragungsfähig sind, sind abweichende Güterstände, insbesondere die Gütergemeinschaft oder ausländische Güterstände, in das Grundbuch einzutragen. Da Eintragungen im Güterrechtsregister in der Praxis selten erfolgen, muss der Notar den

Güterstand durch Befragen der Beteiligten feststellen, in der Urkunde bezeichnen und gegebenenfalls für die Vorlage des Ehevertrages Sorge tragen. Weil jedoch selten Ehegatten mit unterschiedlicher Staatsangehörigkeit Eheverträge schließen, ist es Aufgabe des Notars, die Tatsachen zu ermitteln und bei der Beurkundung zu dokumentieren, aus denen sich nach den Regeln des Internationalen Privatrechts der eheliche Güterstand ergibt. Die Auslandsbeziehung notarieller Tätigkeit hat in den letzten Jahren in der Praxis deutlich zugenommen und bereitet nicht zuletzt Schwierigkeiten durch die Unkenntnis der Beteiligten über die sich hieraus ergebenden Probleme und das mangelnde Verständnis für die Rechtsfolgen. Notare in Städten mit einem überdurchschnittlich hohen Anteil ausländischer Bevölkerung haben diese Rechtsprobleme häufiger zu lösen als Notare auf dem Land.

Auch unternehmerisch tätige Ehepartner regeln nur selten ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch einen Ehevertrag, weil die kraft Gesetzes bestehende grundsätzliche Gütertrennung scheinbar keinen Anlass gibt, die sich aus der persönlichen Haftung für Verbindlichkeiten des Unternehmens ergebenden Gefahren für die Existenz der Familie vertraglich zu gestalten. Oft obliegt es dem Notar, anlässlich einer Amtstätigkeit seinem Mandanten Hinweise für zweckmäßige Gestaltungen zu geben, was ihm umso leichter fällt und umso eher von ihm auch seitens der Mandanten erwartet wird, je länger er als notarieller Ratgeber bereits tätig ist. Die Bindung der Amtstätigkeit an denselben Ort führt gerade bei dem auf dem Lande tätigen Notar zu einer umfassenden Kenntnis der persönlichen, familiären und wirtschaftliche Verhältnisse seines Mandanten, während Steuerberater oder Rechtsanwälte in ihrer Beratungsfunktion oft nur die Kenntnis von Teilaspekten hiervon haben. Deshalb ist der ländliche Notar in der Regel der alleinige Ratgeber zu familieninternen Rechtsgestaltungen.

2. Erbrechtliche Regelungen

Im ländlichen Bereich ist der Anteil von Häusern und Wohnungen, die im Eigentum der Bewohner stehen, deutlich höher als in Städten, in denen Mietwohnungen überwiegen. Durch den Erwerb der Immobilien kommt der Bürger auf dem Lande deshalb eher und häufiger mit dem örtlichen Notar in Kontakt, als dies für städtische Verhältnisse gilt. Oft wird anlässlich des Erwerbs einer Wohnung der Notar bereits um Auskunft über die sich hieraus ergebenden Notwendigkeiten befragt, vorsorglich erbrechtliche Gestaltungen vorzunehmen. Die Vorschriften des gesetzlichen Erbrechts, die Berechnung von Pflichtteilsansprüchen und die Möglichkeiten der Gestaltung durch letztwillige Verfügungen sind weitgehend unbekannt. In diesen Fällen ist es Aufgabe des Notars, auf

die Notwendigkeit der Regelung hinzuweisen, ohne insoweit als Verkäufer seiner Amtstätigkeit aufdringlich zu werden.

Auch soweit unternehmerisch tätige Mandanten ihre rechtlichen Angelegenheiten durch denselben Rechtsanwalt betreuen lassen, besprechen sie selten mit ihm ihre erbrechtlichen Gestaltungen. Obwohl die deutsche Rechtsordnung durch die Möglichkeit, ein Testament handschriftlich zu errichten, eine sehr weitgehende Formerleichterung für letztwillige Verfügungen geschaffen hat, hinterlassen weit weniger als ein Drittel der Versterbenden wirksame Erklärungen zur Regelung ihres letzten Willens. Je länger der Notar mit den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen seines Mandanten betraut ist, umso eher erwartet der Mandant von ihm insoweit unaufgefordert eine Beratung und Betreuung. Die in der Regel engere persönliche Bindung des Notars in ländlichen Regionen zu seinen Mandanten prägt insoweit die Erwartungshaltung der Mandantschaft im Unterschied zum städtischen Umfeld.

3. Übertragsverträge im Wege der vorweggenommenen Erbfolge

a) Anders als in städtischen Haushalten leben auf dem Lande häufig mehrere Generationen unter einem Dach. Für den in ländlichen Regionen tätigen Notar ist es eine typische Aufgabe, die familien- und erbrechtlichen Probleme zu regeln, wenn ein Kind im Elternhaus verbleibt, dieses mit eigenen Ersparnissen und unter zusätzlicher Aufnahme von Krediten ausbaut, um eine zusätzliche Wohnung ergänzt und sodann die Generationenfolge unter Abfindung der nicht im Elternhaus verbleibenden Kinder geregelt werden muss. Für Gestaltungen in diesem Bereich sind nicht einseitige Beratungen durch einen Rechtsanwalt gefragt, sondern die neutrale und unabhängige Beurteilung des Sachverhaltes und die hieraus entwickelte Beratung und Vertragsgestaltung durch den Notar.

Je nach familiärer und steuerlicher Vorgabe empfiehlt der Notar in derartigen Fällen oft eine Übertragung der Immobilie im Wege der vorweggenommenen Erbfolge insgesamt oder die Übertragung der zu errichtenden Wohnung nach Bildung von zwei selbstständigen Wohneinheiten gemäß den Vorschriften des Wohnungseigentumsgesetzes. Nicht immer entsprechen steuerlich zweckmäßige Gestaltungen den familiären Vorstellungen der Beteiligten, so dass der Notar oft neben der Belehrung zur Rechtslage und den rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten vermitteln und die Aufgabe eines Mediators übernehmen muss.

b) Auch wenn Eltern ihr Vermögen auf ein Kind übertragen können, ohne andere Kinder am Übertragungsvertrag beteiligen oder deren Rechtsansprüche berücksichtigen zu wollen, ist der Notar auf Grund seiner Beratungsverpflichtung gehalten, auf die möglichen zukünftigen Pflichtteilsergänzungsansprüche der nicht am Vertrag beteiligten Kinder hinweisen zu müssen. Soweit ein Erblasser eine Schenkung macht, können die Pflichtteilsberechtigten zehn Jahre lang als Ergänzung des Pflichtteils den Betrag verlangen, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlass hinzugerechnet wird (§ 2325 BGB). Der Pflichtteil ist ein Zahlungsanspruch gegen den Erben in Höhe der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils. Dieser Betrag kann oft nicht finanziert werden, weil Maßstab für die Berechnung der Verkehrswert des betroffenen Vermögens ist. Da nach deutschem Recht ein Pflichtteilsberechtigter auf seinen Pflichtteilsanspruch durch Vertrag mit dem zukünftigen Erblasser zugleich mit Wirkung gegenüber seinen Abkömmlingen verzichten kann, empfiehlt der Notar in der Praxis stets, an derartigen Übertragungsverträgen alle pflichtteilsberechtigten Kinder zu beteiligen, ihre Abfindung vom elterlichen Vermögen zu regeln und einen Verzicht auf weitergehende Pflichtteilsansprüche zu erklären.

In durchschnittlichen Vermögens- und Einkommensverhältnissen, die in ländlichen Regionen in der Regel aus einem Wohnhaus und Ersparnissen in unterschiedlicher Höhe bestehen, wird die Übertragung des selbstgenutzten Wohnhauses oder eines Teiles davon regelmäßig verbunden mit der persönlichen Versorgung in alten und kranken Tagen. Die Ausgestaltung dieses sogenannten Altenteils verlangt vom Notar in der Beratung und rechtlichen Gestaltung Sensibilität für die familiären und persönlichen Verhältnisse, die Harmonie und mögliche Konfliktmöglichkeiten in der Familie sowie eine Abwägung der zumutbaren und zu erbringenden Leistungen der jüngeren Generation gegenüber den möglicherweise weitergehenden Ansprüchen der ihr Vermögen übertragenden Eltern. Oft wird der Notar gefragt, welche Leistungen er für angemessen hält, was ihn in die Rolle eines Schiedsrichters drängt, der er auf Grund seiner Amtspflichten nicht entsprechen kann.

Inhalt der Regelungen ist bei Übertragung des Wohnhauses ein Wohnungsrecht an den von der älteren Generation benötigten Wohnräumen, je nach örtlicher Gegebenheit in Familiengemeinschaft mit dem Übernehmer oder in einer abgeschlossenen Wohnung. Die Versorgung im täglichen Leben wird geregelt durch eine Verpflichtung zur Lieferung von Kost und die persönliche Betreuung und Versorgung. Nur wenn wirtschaftliche Einheiten, z.B. ein Gewerbebetrieb oder landwirtschaftlicher Betrieb,

übertragen werden, wird eine zusätzliche Rentenzahlung vereinbart. Diese Regelungen gewähren der älteren Generation ein kostenloses Wohnungsrecht und eine weitgehende häusliche Pflege im übergebenen Haus und beugen damit dem nicht gewünschten Wechsel in ein Alten- und Pflegeheim vor. Diese Leistungen sind im Grundbuch absicherbar. Je nach Gestaltung des Einzelfalles empfiehlt der Notar in Fällen dieser Art ergänzend den Abschluss bindender erbrechtlicher Regelungen in Form des Erbvertrages oder auch mittelbare Verfügungsbeschränkungen für die nicht übertragene Eigentumswohnung durch Begründung bedingter Übertragungsansprüche als Gegenwert für die eingegangenen Verpflichtungen zur Betreuung und Versorgung der älteren Generation.

- c) Während die pflichtteilsrechtlichen Ansprüche durch einen Pflichtteilsverzicht oder Zeitablauf von zehn Jahren, möglicherweise in Zukunft durch eine Reform des Pflichtteilsrechts⁶⁸ durch Reduzierung der Höhe des Anspruchs im Laufe der Jahre oder eine Stundungsmöglichkeit gelöst werden können, ist die Einbeziehung der sozialrechtlichen Ansprüche der Übergeber in die Vertragsgestaltung für den Notar oft schwierig zu vermitteln. Da naturgemäß in den von dem Notar zu beurkundenden privatrechtlichen Verträgen die öffentlich-rechtlichen Ansprüche aus dem Sozialrecht nicht zum Nachteil des Trägers sozialer Leistungen geändert werden können, bedarf es hierzu einer umfassenden Kenntnis des Sozialrechts und Aufklärung über die vorhandenen und möglichen Ansprüche durch den Notar. Durch einen Übertragsvertrag sollen sozialrechtliche Ansprüche nicht gefährdet werden, weil hierauf in vielen Fällen die ältere Generation zur Versorgung in alten und kranken Tagen angewiesen ist. Die zu begründenden Versorgungsleistungen in der Familie müssen deshalb inhaltlich subsidiär, also nachrangig nach den kraft Gesetzes gegebenen sozialrechtlichen Ansprüchen geregelt werden.

Oft besteht bei den Vertragsbeteiligten die Vorstellung, sie könnten durch die Übertragung von Vermögenswerten zu Lebzeiten eine spätere Heranziehung des übertragenen Vermögens für die Bestreitung der Lebenshaltungskosten im Alter, wenn diese durch Träger der Sozialleistungen mit Rückgriffsberechtigung geleistet werden, vermeiden. Wenn die Einkünfte aus der eigenen Altersversorgung nicht mehr ausreichen, muss das eigene Vermögen zur Bestreitung der Kosten des täglichen Lebens eingesetzt werden. Unentgeltlich weggegebene Vermögenswerte können im Falle der Verarmung des Schenkers zehn Jahre nach der Weggabe zur Finanzierung des angemessenen Unterhaltes des Schenkers zurückgefordert werden (§ 528 BGB),

⁶⁸ Vergl. hierzu Röthel, Interview in NJW Audio-CD 1/07 und im Zusammenhang mit der Reform des Erbrechts Hüttemann/Rawert in Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ), 16.02.2007, Seite 34.

was die Rechtsposition des Übernehmers nach Abschluss des Übertragungsvertrages gefährden kann.

Diese Rechtslage erweitert in der Praxis die Notwendigkeit zur Beratung über die Rechtslage durch den Notar auf die unterhaltsrechtlichen Verpflichtungen der Kinder gegenüber ihren Eltern. Eine Kenntnis und Regelung ihrer möglichen Verpflichtungen auf Grund der kraft Gesetzes bestehenden Unterhaltspflicht machen oft Geschwister des Übernehmers zur Bedingung ihres Pflichtteilsverzichts gegenüber ihren Eltern. Soweit die Einkünfte und das Vermögen der Übergeber nicht reichen, ihren eigenen angemessenen Lebensunterhalt zu bestreiten, bestehen die gesetzlichen Unterhaltsverpflichtungen der Kinder, die der Staat als Träger der Sozialhilfe auf sich überleitet, wenn er für den Unterhalt in Vorleistung treten muss. Diese mögliche Inanspruchnahme droht vor allem in den Fällen, in denen die Unterbringung in einem Alten- oder Pflegeheim mit entsprechend erheblichem Aufwand nicht mehr aus eigenen Mitteln der älteren Generation finanziert werden kann. Gerade in ländlichen Regionen drängen häufig Kinder auf Übertragung des Vermögens, um diese Inanspruchnahme zu vermeiden. Die sich hieraus ergebenden familiären Meinungsverschiedenheiten werden häufig an den Notar herangetragen, der zwischen den verschiedenen Interessen der alten Generation, des Übernehmers und der Kinder untereinander vermitteln muss. Der Notar steht in diesen Fällen auch in der Verantwortung als Träger eines öffentlichen Amtes, das ihm Zurückhaltung bei der Vertragsgestaltung auferlegt, wenn mit den Regelungen staatliche Rückgriffsmöglichkeiten umgangen werden sollen. Die Redlichkeit seiner Amtsführung gilt gegenüber allen Beteiligten, nicht nur gegenüber den an der Beurkundung Beteiligten, sondern auch gegenüber staatlichen Interessen an einem Rückgriff auf Vermögenswerte, die zur Bestreitung der Lebenshaltungskosten im Alter bestimmt sind. Der Notar benötigt bei der Vorbereitung und Beurkundung in diesen Fällen neben umfassender Rechtskenntnis Sensibilität für den Beratungsbedarf und die Emotionen der Beteiligten, Geduld und viel Zeit, vor allem aber die Autorität des öffentlichen Amtes und dem hierauf gegründeten Vertrauen der Beteiligten in seine Neutralität. Wegen der grundsätzlich unterschiedlichen Interessen der Beteiligten könnte diese Aufgabe nicht von einem dem Interesse des Mandanten verpflichteten Rechtsanwalt übernommen werden, während andererseits die Beteiligten die Regelung innerhalb der Familie und ohne externe Beratung, vor allem aber ohne den damit verbundenen hohen zusätzlichen Kostenaufwand erledigen möchten.

- d) Vertragsgestaltungen dieser Art entfallen, wenn die Wohnverhältnisse ein Zusammenleben mehrerer Generationen unter einem Dach ausschließen. Der im

städtischen Bereich tätige Notar muss in diesen Fällen Gestaltungen zur Nutzung des vorhandenen Vermögens einschließlich der selbst genutzten Eigentumswohnung für die Finanzierung der zusätzlichen Lebenshaltungskosten im Alter vorschlagen, z. B. durch den Abschluss eines Kaufvertrages, verbunden mit einem Wohnungsrecht für den Verkäufer und Zahlung des Kaufpreises in Raten. Die Anforderungen an die Notare, an die persönlichen Verhältnisse der Betroffenen angepasste Verträge vorzuschlagen, werden in Zukunft wachsen, da die Zahl der Haushalte ohne Kinder zunimmt und Haushalte mit mehreren Kindern und mehreren Generationen unter einem Dach eher für ländliche Regionen typisch bleiben.

4. Übergabeverträge landwirtschaftlicher Betriebe

- a) Die speziellen Vorschriften zum Verkauf landwirtschaftliche Grundstücke werden ergänzt durch Regelungen des Sondererbrechts der Landwirtschaft. Für den in ländlichen Bereichen tätigen Notar ist die Gestaltung von Verträgen zur Übergabe landwirtschaftlicher Betriebe an die nächste Generation eine Spezialität und oft schwierige berufliche Aufgabe.

Das in Deutschland geltende Landwirtschaftserbrecht ist aus historischen Gründen uneinheitlich und besteht aus einer Gemengelage bundes- und landesrechtlicher Vorschriften. Bundeseinheitlich gelten die Vorschriften über das Landgut (§§ 2049, 2312 BGB und §§ 13 ff. GrdstVG betreffend die Zuweisung landwirtschaftlicher Betriebe an Miterben). Durch diese Vorschriften soll im öffentlichen Interesse die Erhaltung leistungsfähiger Höfe in bäuerlichen Familien sichergestellt werden, und zwar sowohl im Interesse der Sicherstellung der Versorgung mit Nahrungsmitteln als auch insbesondere zur Erhaltung der Landschaft und Umwelt für Zwecke der Erholung, zur Gewährleistung sauberer Luft und Versorgung mit sauberem Wasser. Dies rechtfertigt eine Verringerung des Wertansatzes bei der Bemessung erbrechtlicher und pflichtteilsmäßiger Rechte auf den kapitalisierten Ertragswert zum Nachteil der weichenden Erben, um die finanzielle Belastung des Hofesnachfolgers zu begrenzen. Dieses öffentlich-rechtliche Interesse ist trotz der Ungleichbehandlung zur Bewertung sonstigen Vermögens bei der Berechnung erbrechtlicher Ansprüche verfassungsrechtlich zulässig.⁶⁹

⁶⁹ BVerfG in NJW 1985, 71 für den Fall des Zugewinnausgleichs bei einer Ehescheidung und BVerfGE 91, 346 betreffend die Zuweisung des landwirtschaftlichen Betriebes an einen Miterben zum Ertragswert. Reformbedürftig ist die Besteuerung der Übertragung landwirtschaftlicher Betriebe bei Schenkungen und im Erbfall, nachdem das Bundesverfassungsgericht durch Beschluss vom 07.11.2006 -1BvL 10/02- die derzeitige Ausgestaltung des Bewertungsverfahrens aufgehoben und den Gesetzgeber angewiesen hat, bis zum 31.12.2008 ein verfassungsgemäßes Bewertungs- und Besteuerungsverfahren zu regeln.

b) Daneben gibt es Bundesrecht in Teilen Deutschlands in Form der Höfeordnung⁷⁰. Es handelt sich um ein regionales Sondererbrecht für solche landwirtschaftlichen Betriebe, die im Hofvermerk des Grundbuchs als Hof ausgewiesen oder die trotz Fehlen einer solchen Eintragung Hof im Sinne des § 1 der Höfeordnung sind. Für landwirtschaftliche Betriebe, die diese Voraussetzung z. B. in Folge Löschung des Hofvermerks auf Antrag des Eigentümers nicht erfüllen, gelten die vorstehenden Vorschriften gemäß a). Zur Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung des Hofes ist die Feststellung der Wirtschaftsfähigkeit des Hofeserben (§ 6 HöfeO) als Voraussetzung für die Übertragung des Hofes unter Lebenden oder von Todes wegen erforderlich, was durch ein Hoffolgezeugnis⁷¹ des Landwirtschaftsgerichts bescheinigt wird. Die Höfeordnung sieht in erster Linie eine Rechtsnachfolge auf ein Kind mit einem zeitlich befristeten Recht der Verwaltung und Nutznießung des überlebenden Ehegatten am Hof (§ 14 HöfeO) vor, das durch ein Altenteil nach Wegfall dieser Berechtigung ersetzt wird. Die Abfindung der von der Hofesnachfolge ausgeschlossenen Erben erfolgt zu sehr geringen Beträgen weit unterhalb des Verkehrswertes und in der Regel auch unterhalb des kapitalisierten Ertragswertes. Zum Ausgleich hierfür hat der Gesetzgeber eine zusätzliche Abfindungsregelung, beschränkt auf 20 Jahre, für den Fall der teilweisen oder insgesamt erfolgenden Veräußerung oder Aufgabe des landwirtschaftlichen Betriebes durch den Hofeserben geregelt (§ 13 HöfeO).

Daneben gibt es in einigen Bundesländern gesonderte landesrechtliche Anerbengesetze, die eine geringere praktische Bedeutung als die Höfeordnung in Nordwestdeutschland haben.

c) Für den Notar in ländlichen Regionen bedeutet diese Sonderregelung des Hoferbrechts eine Spezialisierung auf ein sehr kompliziertes Sonderrecht. Die Feststellung, ob ein Hof die Voraussetzungen der Höfeordnung erfüllt, ist in Grenzfällen sehr schwierig und verlangt neben der Kenntnis der gesetzlichen Vorschriften und der umfangreichen Rechtsprechung auch und vor allem Kenntnisse der wirtschaftlichen Vorgänge in der Landwirtschaft. Durch zahlenmäßige Veränderung von Viehbeständen kann die Zuordnung eines Hofes zur HöfeO ohne Eintragung im Grundbuch und in der Höferolle verändert werden: Bei Erhöhung des Wirtschaftswertes wächst der Hof kraft Gesetzes in die Hofeseigenschaft, er kann sie im Falle der Veräußerung der Hofesstelle oder durch Aufgabe der Bewirtschaftung verlieren. Dies ist oft den Vertragsbeteiligten nicht bewusst, so dass der Notar die tatsächlichen Verhältnisse hinterfragen muss. Die

⁷⁰ Nordwestdeutsche Höfeordnung gilt in Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein.

⁷¹ Erbschein, bezogen auf den eingetragenen Hof.

Berufung zum Erben oder die Übertragung des Hofes auf einen Rechtsnachfolger sind zudem nur wirksam, wenn der Nachfolger wirtschaftsfähig ist, nämlich nach seiner körperlichen und geistigen Fähigkeit, nach seinen Kenntnissen und seiner Persönlichkeit in der Lage ist, den von ihm zu übernehmenden Hof selbstständig ordnungsmäßig zu bewirtschaften (§ 6 Abs. 7 HöfeO). Hierüber muss sich der Notar durch Befragung der Beteiligten informieren, andernfalls die Genehmigung des Vertrages durch das Landwirtschaftsgericht⁷² nicht erfolgen kann. Vor allem die testamentarische Berufung eines Hofeserben ist von der Unsicherheit geprägt, dass die Hofeseigenschaft oder die Wirtschaftsfähigkeit des Hofeserben irrtümlich unterstellt werden oder nachträglich entfallen mit der Folge einer Unwirksamkeit der getroffenen Anordnungen.

- d) Überwiegend werden landwirtschaftliche Betriebe zu Lebzeiten des Bauern auf den Hofesnachfolger übertragen. In diesen Verträgen muss die Versorgung der älteren Generation durch ein Wohnungsrecht, eine Regelung der Betreuung und Versorgung in alten und kranken Tagen und in der Regel wegen der geringen landwirtschaftlichen Altersrente auch durch ein bares Altenteil geregelt werden. Dies verlangt eine Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Hofes durch den Notar. Oft sind die Vorstellungen der älteren Generation finanziell vom Hofesübernehmer nicht zu leisten mit der Folge, dass die nach der HöfeO erforderliche Genehmigung durch das Landwirtschaftsgericht verweigert wird. Der Notar muss sich zu diesem Zweck über die Leistungsfähigkeit des Hofes informieren und eine allen Beteiligten gerecht werdende Lösung vermitteln.

Mit der Übergabe des Hofes an einen Hofeserbenberechtigten Abkömmling gilt zugunsten der anderen Abkömmlinge der Übertragungsvertrag als Erbfall (§ 17 Abs. 2 HöfeO). Damit wird in der Praxis eine Beteiligung der sog. weichenden Erben am Übergabevertrag erforderlich. Dies ist stets geboten, wenn Dritten, insbesondere Geschwistern des Hofesübernehmers, ein Wohnungsrecht oder ein sonstiges dingliches Recht eingeräumt werden soll, da dieses ohne ihre Beteiligung in der Regel nicht wirksam bestellt werden kann. Hierüber hat der Notar zu belehren.⁷³

Die Berechnung der gesetzlichen Abfindungsansprüche der weichenden Erben erfolgte bisher unter Bewertung des Hofes nach dem Eineinhalbfachen des steuerlichen Einheitswertes (§ 12 Abs. 1 S. 2 HöfeO). Da Einheitswerte auf der Basis des Jahres 1964 festgestellt werden und der Gesetzgeber die vorgesehene Anpassung nicht mehr

⁷² Ebenfalls Teil der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und bei Amtsgerichten schwerpunktmäßig konzentriert.

⁷³ BGH in NJW 1993, 2617.

durchführt, hat der Bundesgerichtshof (BGH) eine Korrektur durch Ermittlung des auf den Abfindungstichtag berechtigten Hofeswertes im Wege der Rechtsfortbildung entschieden⁷⁴. Diese von der Rechtsprechung verlangte Anpassung ist in der Praxis nicht durchführbar mit der Folge, dass der Notar regelmäßig gebeten wird, einen angemessenen Abfindungsbetrag vorzuschlagen. Die Praxis belegt das sehr weitgehende Vertrauen der Beteiligten in die Objektivität des Notars, der auch in solchen Fällen unter Beachtung seiner Neutralitätspflicht eine Vereinbarung zwischen den Beteiligten vermitteln muss. Dies macht oft lange Vorbesprechungen bei Hofübergabeverträgen vor der Beurkundung erforderlich, trägt aber in der Praxis zu einer fairen Regelung, zum sozialen Ausgleich und zur Vermeidung von gerichtlichen Auseinandersetzungen entscheidend bei. Auch eine solche Aufgabe kann der Notar nur unter Betonung und Respektierung seiner Funktion als Träger eines öffentlichen Amtes wahrnehmen.

- e) Üblich sind bei Hofübergabeverträgen auch Regelungen zu den zukünftigen Ausgleichsansprüchen der weichenden Erben für den Fall der Veräußerung des Hofes insgesamt oder von Teilen des Hofes. Insoweit sind Vereinbarungen von der jeweiligen örtlichen Situation und den wirtschaftlichen Aussichten abhängig. Dies betrifft sowohl Regelungen für den Fall, dass Flächen des Hofes durch baurechtliche Planungen höher bewertet werden (z.B. als Bauland) als auch die Fälle des Abbaus von Bodenschätzen oder der teilweisen Umschichtung des Betriebsvermögens im Rahmen der Änderung der Bewirtschaftung. Diese in der HöfeO teilweise geregelten Fragen sind sämtlich durch den Notar mit den Vertragsbeteiligten des Übergabevertrages zu klären und bei der Beurkundung zu regeln, vor allem wenn mangels Anwendbarkeit der HöfeO nur die Vorschriften über das Landgut (§§ 2049, 2312 BGB) zu berücksichtigen sind.

Den insoweit hohen Anforderungen an die Qualifikation des Notars und dem in der Regel erforderlichen Zeitaufwand hat der Gesetzgeber nur unzureichend Rechnung getragen, indem er die Notariatsgebühren aus sozialen Gründen auf einen weitgehend nicht angemessenen Betrag festgeschrieben hat, indem nur ein geringer Bruchteil des wirklichen Hofeswertes Maßstab für die Gebührenberechnung ist.⁷⁵

⁷⁴ BGH, Entscheidung vom 17.11.2000 in AgrarR 2001, 52.

⁷⁵ § 19 Abs. 4 KostO begrenzt den Wert auf das Vierfache des letzten Einheitswertes.

IV. Gesellschaftsrechtliche Gestaltungen

1. Gründung von Gesellschaften

a) Schwerpunkt notarieller Mitwirkung im Gesellschaftsrecht ist die Funktion des Notars im Rahmen der Gründung einer Gesellschaft. Die bevorzugte Unternehmensform in Deutschland ist heute die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH).⁷⁶ Der Gesellschaftsvertrag bedarf der notariellen Beurkundung (§ 2 GmbHG), sie entsteht erst mit der Eintragung in das Handelsregister. Entsprechendes gilt für die Aktiengesellschaft (AG), die zahlenmäßig wesentlich geringer verbreitet ist⁷⁷, und deren Gründung eher auf wirtschaftlich stärker entwickelte Bereiche konzentriert ist, so dass der im ländlichen Umfeld tätige Notar nur selten mit Rechtsfragen der AG beschäftigt ist.

Der Abschluss von Gesellschaftsverträgen der Personenhandelsgesellschaft bedarf keiner notariellen Beurkundung, wengleich häufig die Gründungsgesellschafter die Beratung des Notars und die Formulierung des Vertrages durch ihn auf Grund seiner Unabhängigkeit und Neutralität bevorzugen, statt den Entwurf dem Steuerberater oder Rechtsanwalt zu überlassen. Der Notar gilt aus Sicht der Betroffenen wegen seiner Stellung als Inhaber eines öffentlichen Amtes als Garant für eine ausgewogene Vertragsgestaltung, die von ihm berechneten Kosten liegen deutlich unterhalb der in vergleichbaren Fällen von Rechtsanwälten oder Steuerberatern in Rechnung gesetzten Vergütungen.

b) Vorwiegend der in ländlichen Regionen tätige Notar ist mit der Gründung und Betreuung von Genossenschaften betraut. Dies sind Gesellschaften von nicht geschlossener Mitgliederzahl, welche die Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder mittels eines gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes bezwecken.⁷⁸ Sie bestehen deshalb vorwiegend als Kreditgenossenschaften oder Warengenossenschaften und sind im Genossenschaftsregister, das in der Regel parallel zum Handelsregister geführt wird, registriert. Die Gründung bedarf nicht der notariellen Beurkundung.

⁷⁶ Ende des Jahres 2003 bestanden in Deutschland rund 935.000 GmbH's mit einem nominellen Stammkapital von über 175 Mrd. Euro lt. Hansen GmbHR 2004, 39.

⁷⁷ Im April 2003 waren erstmals mehr als 15.000 Aktiengesellschaften im Register eingetragen.

⁷⁸ Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (Genossenschaftsgesetz –GenG).

Vor allem in den ostdeutschen Bundesländern werden landwirtschaftliche Betriebe seit der Wiedervereinigung als Handelsgesellschaften betrieben, während in den alten Bundesländern die Kooperationen landwirtschaftlicher Betriebe in Form von Gesellschaften bürgerlichen Rechts zunehmen. Deren Vertragsgestaltung ist eine vor allem den auf dem Land tätigen Notaren obliegende Spezialaufgabe, die wie bei Grundstücksübertragungen und Nachfolgegestaltungen besondere Kenntnisse des Rechtes der Landwirtschaft erfordert.

Eine inzwischen weitgehend abgeschlossene besondere Aufgabe der in ländlichen Regionen tätigen Notare war die Umwandlung der landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften in der Rechtsform vor der Wiedervereinigung Deutschlands in handelsrechtliche Kommanditgesellschaften. Die erfolgreiche Abwicklung der Umstrukturierung der Landwirtschaft in den ostdeutschen Bundesländern war möglich durch die umgehende Einrichtung flächendeckender Notarstellen nach der Wiedervereinigung und ihre Besetzung durch qualifizierte Notare.

- c) Die gesetzlichen Vorschriften über die Aufbringung des Kapitals einer Kapitalgesellschaft im Unterschied zur Personengesellschaft aus dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes auferlegen dem Notar eine umfangreiche Beratungs- und Belehrungspflicht über die damit verbundenen Obliegenheiten und die persönliche Haftung der Gründungsgesellschafter und Geschäftsführer. Unter dem Eindruck der Gründung von Zweigniederlassungen der ohne nennenswertes Kapital zu errichtenden englischen Private Limited Liability Company (Ltd.) erwägt nicht nur der deutsche Gesetzgeber, das bei Gründung einer GmbH aufzubringende Mindestkapital drastisch zu senken.⁷⁹ Dabei werden die guten Erfahrungen der Vergangenheit mit der Heraufsetzung des Mindestkapitals im Interesse des Gläubigerschutzes, aber auch aus betriebswirtschaftlichen Gründen, vergessen, um eine scheinbar attraktive Gesellschaftsform zu schaffen. Aus Sicht der notariellen Beratung müsste die Herabsetzung des Mindestkapitals mit einer Verschärfung der persönlichen Haftung der Gesellschafter und Geschäftsführer verbunden sein, wenn sie entgegen kaufmännischer Regeln das Unternehmen ohne Zuführung ausreichenden Kapitals betreiben. Die konsequente Umsetzung dieser persönlichen Haftung würde vielen Gründern einer Kapitalgesellschaft die Rechtsform der Personengesellschaft wieder nahe bringen.

⁷⁹ Gem. MoMiG auf 10.000,00 €, in den Niederlanden für die besloten vennootschap (b.v.) statt 18.000,00 € nunmehr ein Mindestkapital von einigen Eurocents gemäß Gesetzentwurf des Justizministeriums.

2. Veräußerung von Geschäftsanteilen an Gesellschaften mit beschränkter Haftung

Während die Übertragung von gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen oder Teilen davon an Personengesellschaften ohne notarielle Beurkundung des Übertragungsvertrages wirksam ist und lediglich die Anmeldung der Veränderung der Gesellschafterstellung zum Handelsregister der notariellen Beglaubigung bedarf, ist die Wirksamkeit einer Vereinbarung über die Veräußerung eines Geschäftsanteils an einer GmbH und der Vollzug durch die Abtretung davon abhängig, dass der Vertrag in notarieller Urkunde geschlossen wird (§ 15 Abs. 3 und Abs. 4 GmbHG). Dieses Formerfordernis ist typisch für die deutsche Rechtslage und wird von der Mehrzahl ausländischer Rechtsordnungen nicht vorgeschrieben. Es beruht darauf, dass Geschäftsanteile an einer GmbH ihre Selbstständigkeit behalten (§ 15 Abs. 2 GmbHG) und nicht etwa durch Vereinigung in der Hand eines Gesellschafters verschmelzen. Anders als bei einer Kommanditgesellschaft, in welcher der Kommanditist nur mit einer einheitlichen Kommanditeinlage als Haftsumme im Handelsregister eingetragen ist, behält der Gesellschafter einer GmbH, der mehrere Geschäftsanteile erwirbt, diese als selbstständige Rechte. Diese ergeben sich nicht aus dem Handelsregister, weil der Gesellschafter einer GmbH dort nicht ausgewiesen wird. Lediglich in einer Beiakte des Registergerichtes kann die aktuelle Liste der Gesellschafter eingesehen werden. Deshalb muss im Veräußerungsvertrag der Geschäftsanteil hinreichend und unter Angabe des Nennbetrages bezeichnet werden. Dies erfordert oft eine sorgfältige Recherche des Notars über die Entwicklung der Geschäftsanteile seit Gründung der Gesellschaft, insbesondere der zwischenzeitlich erfolgten Teilungen, Aufstockungen und Zusammenlegung von Geschäftsanteilen. Die Abtretung eines nicht präzise bezeichneten oder nicht vorhandenen Geschäftsanteils ist nichtig.⁸⁰ Da ein gutgläubiger Erwerb nicht vorhandener Geschäftsanteile heute ausgeschlossen ist, auch wenn der Erwerb in der beim Handelsregister hinterlegten Liste der Gesellschafter als wirksam dargestellt ist, besteht insoweit eine oft lange Zeit nachwirkende Haftung des Notars für die nicht sorgfältige Feststellung der Gesellschafterrechte.⁸¹

3. Anmeldungen zum Handelsregister

- a) Die Formulierung der Gesellschaftsverträge und Satzungen steht im sachlichen und zeitlichen Zusammenhang mit der Tätigkeit des Notars bei der Beurkundung der Anmeldungen zum Register. Die Eintragungen in das Handelsregister,

⁸⁰ Winter in Scholz/Winter, Kommentar zum GmbHG § 15 Rnr. 40.

⁸¹ Im Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts (MoMiG) wird vorgeschlagen, einen gutgläubigen Erwerb entweder nach Fristablauf oder, was seitens des Notariats befürwortet wird, auf der Grundlage notarieller Bescheinigung über die bestehenden Geschäftsanteile zu ermöglichen.

Partnerschaftsregister, Genossenschaftsregister und Vereinsregister bedürfen der Beglaubigung der Unterschriften durch den Notar; in der Regel entwirft der Notar auch den Text der Anmeldung, weil die Formulierung der korrekten Anmeldung wegen der zu beachtenden Formalien oft zeitaufwendig und mit Fehlern behaftet ist. Wenn der Notar in solchen Fällen nicht beurkundungsbedürftige Gesellschaftsverträge formuliert, ist er dennoch in seiner Eigenschaft als Träger eines öffentlichen Amtes beauftragt mit der Folge, dass er nicht berechtigt ist, die insoweit erbrachten Leistungen anders als nach den notariellen Kostenvorschriften (KostO) abzurechnen. Der sachliche Zusammenhang ordnet auch die anschließend privatschriftlich unterzeichnete Urkunde der notariellen Amtstätigkeit zu.

- b) Da die Gründung einer Personengesellschaft ohne besonderen Formzwang möglich ist, wird der Notar erst beauftragt, wenn die Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet wird. Anzumelden sind der Gesellschaftszweck und die Vertretungsmacht der Gesellschafter, bei der Kommanditgesellschaft auch die von den Kommanditisten übernommenen Kommanditeinlagen, bis zu deren Höhe sie persönlich haften. Erst wenn der Notar die anzumeldenden Tatsachen abfragt, ergibt sich häufig die Notwendigkeit, die Gesellschafter über die mit der Gründung der Gesellschaft übernommene persönliche Haftung und die Voraussetzungen für die Beschränkung der Haftung im Einzelnen zu belehren. Insbesondere bei geschäftlich noch nicht erfahrenen Gesellschaftern einer neu gegründeten Gesellschaft entwickelt sich in der Praxis hieraus oft ein eingehendes Beratungsgespräch zur Gestaltung der gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse, denen die Gründungsgesellschafter mit Blick auf die Gründungsidee noch nicht die erforderliche Aufmerksamkeit zugewandt hatten. Der Zwang zur gemeinsamen Anmeldung durch alle Gründungsgesellschafter führt diese deshalb oft zu einem ersten eingehenden Gespräch über die Verfassung ihrer Gesellschaft bei dem Notar als dem neutralen Berater zusammen. Die Belehrung durch den Notar über die Bedeutung der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister hat deshalb in der Praxis zugleich die Funktion, Rechtsfragen zu klären und so künftige Streitige Auseinandersetzungen zu vermeiden. Dies ist eine zusätzliche Aufgabe des Notars im Rahmen der Unternehmensgründung und Wirtschaftsförderung neben den hierzu berufenen staatlichen und privaten Organisationen.
- c) Eine weitere hoheitliche Aufgabe des Notars ergibt sich aus § 6 GmbHG; ein neu bestellter Geschäftsführer muss versichern, dass seiner Bestellung keine Verurteilungen wegen einer Straftat oder Gewerbeuntersagung entgegenstehen. Der Notar ist zur Belehrung gemäß § 8 Abs. 3 Satz 2 i. V. m. § 39 Abs. 3 GmbHG zuständig

und ist damit in die hoheitliche Kontrolle der Prüfung der persönlichen Voraussetzungen für die Ausübung des Amtes als Geschäftsführer eingebunden.

D. Fazit, Zusammenfassung

I.

1. In der Bundesrepublik Deutschland wird der Notar als unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes für die Beurkundung von Rechtsvorgängen und zur Erfüllung anderer Aufgaben auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege durch die Justizverwaltung der Bundesländer bestellt. Ihm sind hoheitliche Aufgaben übertragen, er unterliegt einer Vielzahl von Beschränkungen in seiner Amtsführung, die sich aus dem Amtscharakter ergeben. Er ist öffentlich – rechtlich, nicht auf Grund privatrechtlicher Rechtsbeziehungen mit seinen Auftraggebern, tätig, seine Amtsstellung ist derjenigen eines Richters vergleichbar ausgestaltet, jedoch ist er kein staatlicher Beamter, sondern persönlich und beruflich unabhängig mit der Verpflichtung, für die eigenen wirtschaftlichen Verhältnisse einzustehen.
2. Notarstellen werden auf Grund staatlicher Organisationsgewalt nach den Bedürfnissen eines geordneten Rechtsverkehrs eingerichtet. Dem Notar wird ein Amtssitz zugewiesen, er darf seine Urkundstätigkeit nur in seinem Amtsbereich ausüben. Seine Ortsnähe gewährleistet, dass gerade in ländlichen Gebieten mit geringer Bevölkerung Notare für das rechtssuchende Publikum zur Verfügung stehen. Ein ausreichendes Einkommen als Voraussetzung für die persönliche Unabhängigkeit gewährleistet in den Teilen Deutschlands, in denen Notare zur vollberuflichen Tätigkeit bestellt sind, eine Unterstützung durch die von den Notaren getragenen Notarkasse, während in den Teilen Deutschlands, in denen Rechtsanwälte nebenberuflich zu Notaren bestellt sind, die ausreichende Existenzgrundlage durch die zusätzlichen Einkünfte aus der Tätigkeit als Rechtsanwalt gegeben ist.

Die Konzentration staatlicher Leistungen durch die Reduzierung von Gerichtsstellen und Verwaltungsbehörden in ländlichen Regionen ist nur möglich, weil den Bürgern dort der Zugang zu den Registern und Einrichtungen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit ortsnah über die Notar zur Verfügung steht. Die Information und Abwicklung des Geschäftsverkehrs

erfolgt zunehmend in der elektronischen Kommunikation zwischen den Notaren und den registerführenden Gerichten.

3. Der Notar übt sein Amt persönlich und eigenverantwortlich aus, seine Haftung für Fehler kann er vertraglich nicht einschränken. Er hat sein Amt unabhängig und unparteilich auszuüben, er ist zur redlichen und neutralen Amtsführung verpflichtet. Ihm obliegen umfangreiche Pflichten zur Aufklärung des Sachverhaltes, Erforschung des Willens der Urkundsbeteiligten und Belehrung über die Rechtsfolgen der beabsichtigten Rechtsgeschäfte. Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars werden geschützt durch zahlreiche Einschränkungen, in welchen Fällen er von einer Amtstätigkeit ausgeschlossen ist und dass es ihm verboten ist, Darlehen oder Grundstücksgeschäfte zu vermitteln oder sich hieran zu beteiligen.
4. Notare sind nicht auf bestimmte Rechtsgebiete spezialisiert sondern zur Amtstätigkeit verpflichtet, es sei denn, es liegt ein gesetzlich geregelter Versagungsgrund vor. Notare müssen Volljuristen sein und werden nach dem Prinzip der Bestenauslese bestellt. Wegen der Beschränkung ihrer Amtstätigkeit allein auf hoheitliche Funktionen ist ihre Zahl mit rund 9.000 Berufsträgern gering. Sie stehen auf Grund ihrer Aufgabenstellung und Anzahl nicht in einem Konkurrenzverhältnis zu anderen rechtsberatenden Berufen, z. B. zu Rechtsanwälten oder Steuerberatern.

II.

1. Örtliche Gegebenheiten des Amtssitzes eines Notars prägen seine Amtstätigkeit mit der Folge, dass die beruflichen Anforderungen in ländlichen Regionen sich von derjenigen in städtischen Bereichen unterscheiden. Örtliche Gegebenheiten und unterschiedliche soziale Strukturen bedingen Schwerpunkte bei Rechtsgebieten, die der Notar zu bearbeiten hat und wirken sich auch auf sein persönliches Ansehen und den Umfang der Inanspruchnahme durch das rechtssuchende Publikum aus. Ein auf dem Lande tätiger Notar wird oft sehr weitgehend in die inhaltliche Gestaltung von zu beurkundenden Vorgängen einbezogen, indem die Beteiligten seine Meinung dazu einholen, ob ihre Vereinbarungen ausgewogen und fair sind. Sie erwarten von ihm oft Vorschläge zu Fragen, die sie nicht bedacht oder noch nicht abschließend verhandelt haben in Bereichen, in denen in städtischen Strukturen der Rat eines Rechtsanwalts oder Steuerberaters in Anspruch genommen worden wäre. Dies hängt mit dem besonderen Vertrauen in die Neutralität und Redlichkeit des Notars, die seine gesellschaftliche Stellung in ländlichen Regionen prägt, zusammen.

2. Der Notar ist umfassend zuständig für die Beurkundung von Grundstücksgeschäften und die Stellung von Anträgen zum Grundbuch. Seine Amtspflicht erstreckt sich auf die Einholung von Genehmigungen, so dass der in ländlichen Regionen tätige Notar die Besonderheiten des landwirtschaftlichen Grundstücksverkehrs kennen und beachten muss. Die Berücksichtigung von Prämienrechten und Rechtsfragen aus Pachtverträgen über landwirtschaftliche Grundstücks sowie die Besonderheiten des Genehmigungserfordernisses nach dem Grundstücksverkehrsgesetz erfordern spezielle Rechtskenntnisse. Der in städtischen Bereichen tätige Notar bearbeitet oft rechtliche Probleme auf Grund der Belastung des Bodens mit beseitigungspflichtigen Schadstoffen und den damit im Zusammenhang stehenden öffentlich – rechtlichen Vorschriften des Bundesbodenschutzgesetzes zu beachten. Andererseits hat der im ländlichen Bereich tätige Notar vielfältige Dienstbarkeiten und Nutzungsrechte zur Absicherung der Infrastruktur zu regeln. Rechtlich schwierige Vertragsgestaltungen sind Bauträgerverträge, nämlich Verträge eines Unternehmers, der in Ausübung seiner gewerblichen Tätigkeit Grundstücke mit darauf zu errichtenden Gebäuden oder Eigentumswohnungen an Verbraucher veräußert; solche Verträge setzen sich aus kaufrechtlichen, werkvertraglichen und dienstleistungsrechtlichen Elementen zusammen und erfordern eine ausgewogene und sorgfältige Vertragsgestaltung. Solche Verträge sind typisch für städtische Regionen.

3. Im Familienrecht ist es zunehmend schwierig, die ehe- und güterrechtlichen Verhältnisse der Beteiligten festzustellen, weil insbesondere in städtischen Regionen viele Ehen von Partnern mit unterschiedlicher Staatsangehörigkeit geschlossen werden. Die Feststellung des Güterstandes durch den Notar ist Grundlage für dessen Eintragung im Grundbuch. Da in Deutschland selten Eheverträge geschlossen werden, obwohl diese vor und nach der Eheschließung ohne Genehmigungserfordernis in notarieller Urkunde vereinbart werden können, haben Notare eine umfangreiche Beratungsfunktion und Verpflichtung zur Aufklärung.

Eine Besonderheit notarieller Amtstätigkeit vorwiegend in ländlichen Regionen ist die Beurkundung von Übertragsverträgen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge unter Absicherung der älteren Generation durch ein umfassendes Altenteil. Die Gestaltung dieser Verträge erfordert eine umfangreiche Beratung über die gesetzlichen Unterhaltsverpflichtungen der Kinder gegenüber ihren Eltern und über sozialrechtliche Vorschriften, die bei den vertraglichen Gestaltungen berücksichtigt werden müssen. Ein Sonderrechtsgebiet ist insoweit die Übergabe landwirtschaftlicher Betriebe und die

Berücksichtigung der speziellen Rechtsvorschriften der Höfeordnung und des landwirtschaftlichen Erbrechts. Vertragsgestaltungen hierzu verlangen von dem Notar Verständnis für die sozialen und wirtschaftlichen Vorgaben des landwirtschaftlichen Betriebes und Sensibilität für die zu regelnden familiären Fragen.

4. Im Gesellschaftsrecht prägen die Schwerpunkte wirtschaftlicher Tätigkeit auch die Amtstätigkeit der Notare. Der auf dem Land tätige Notar beurkundet vorwiegend die Gründung von Kapitalgesellschaften mit geringer Kapitalausstattung, während der im städtischen Bereich tätige Notar mit dem Recht der Aktiengesellschaft, Umwandlungen von Gesellschaften und typischen Rechtsfragen größerer Kapitalgesellschaften beschäftigt ist. Die Abtretung von Geschäftsanteilen an Gesellschaften mit beschränkter Haftung bedarf der notariellen Beurkundung, weil wegen der Selbstständigkeit von Geschäftsanteilen eine sorgfältige Feststellung und Bezeichnung der Rechtsverhältnisse ohne notarielle Beurkundung und die damit verbundene Aufklärungs- und Belehrungspflicht nicht möglich ist. Im Rechtsverkehr mit den Handelsregistern sind Eintragungen ausschließlich auf Grund notarieller Urkunden zulässig, die nunmehr ausschließlich elektronisch und nicht mehr in Schriftform möglich sind.

III.

Die oft lange Amtszeit eines Notars an einem Ort begründet eine umfassende Kenntnis der persönlichen, familiären und wirtschaftlichen Verhältnisse seiner Mandanten. Hieraus ergibt sich wegen der engeren sozialen Bindung in ländlichen Regionen ein hohes Ansehen, das der Notar auch gesellschaftlich genießt. Er wird deshalb oft weitgehender, als ein im städtischen Umfeld tätiger Notar, als alleiniger Rechtsberater von mehreren Beteiligten in Anspruch genommen und über seine Zuständigkeit hinaus um Vermittlung und Beurteilung der getroffenen Vereinbarungen gebeten. Dies stellt hohe Anforderungen an die Neutralität und Redlichkeit des Notars.

Insbesondere Verbraucher, die nur geringe Rechtskenntnisse haben oder auf Grund ihrer geringen finanziellen Leistungsfähigkeit den Rat eines Rechtsanwalts nicht einholen wollen oder können, benötigen den Schutz durch die unabhängige und unparteiliche Amtstätigkeit des Notars. Der Erwerb eines Hauses oder einer Wohnung ist für diese Bevölkerungskreise mit einem Finanzierungsaufwand verbunden, der ihre gesamten Ersparnisse aufzehrt und das zukünftige Einkommen hoch belastet. In diesen Fällen bedeutet die notarielle Amtstätigkeit Rechtssicherheit und durch die Neutralität und Unparteilichkeit des Notars Schutz vor unausgewogenen Vertragsgestaltungen. Aber auch in den seltenen Fällen, dass die Beteiligten durch Rechtsanwälte oder Steuerberater bei den Vertragsverhandlungen

vertreten sind, sorgt die vom Gesetzgeber durch Formerfordernisse erzwungene notarielle Amtstätigkeit für die Beurkundung fairer, eindeutiger und rechtlich richtiger Verträge und deren Abwicklung. Grundlage hierfür ist die Qualifizierung der Amtstätigkeit des Notars als hoheitliche Aufgabe und die strikte Beachtung der aufgezeigten, hieraus sich ergebenden Amtspflichten.