



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



Notar Dr. Gerd-Jürgen RICHTER, Landau

Rechtsgestaltende Funktion des Notars

Inhalt

I.	Einleitung	3
II.	Rechtsgestaltung - Rechtsgeschäft	3
	1. Zur Begriffsbildung	3
	2. Rechtsgeschäftslehre und Rechtsgestaltung	4
III.	Funktionale Bedingungen notarieller Rechtsgestaltung	6
	1. Öffentliches Amt - funktionales Tätigkeitsfeld	6
	2. Rechtsbesorgungsmarkt und Regulierung	8
IV.	Bisherige Linien rechtsgestaltender Funktion	11
	1. Rechtsgeschäft und Rechtspflege	11
	2. Rechtsgestaltung im Individualrecht	12
	a) Schuldrecht - vorweggenommene Erbfolge	12
	b) Gesellschaftsrecht - die Nachfolge in den Gesellschaftsanteil	14
	c) Erbrecht - Typisierung von Testamenten	16
	d) Familienrecht - Ehevertrag	17
	3. Rechtsgestaltung im Verbraucherschutzrecht	19
	4. Bedingungen bisheriger notarieller Rechtsgestaltung	20
	a) Vertragsfreiheit - Vertragsgerechtigkeit	20
	b) Vertragsgerechtigkeit durch notarielle Beurkundung	22
	c) Formzwang	24
V.	Notarielle Rechtsgestaltung in einem europäischen Rechtsbesorgungsmarkt	25
	1. Verbraucherrecht als Speerspitze europäischer Zivilrechtsetzung	25
	2. Zunehmende Komplexität der Konfliktlösung	29
	3. Der Nutzen notarieller Rechtsgestaltung für den Rechtsbesorgungsmarkt	31

4. Zur Notwendigkeit eines europäischen Beurkundungsverfahrensrechts	34
VI. Thesen	37

I. Einleitung

Der europäische Richtliniengeber hat in der sog. Time-Sharing-Richtlinie¹ nicht nur den obligatorischen Vertragsinhalt abschließend normiert, sondern ein zwingendes Rücktrittsrecht des Käufers. Vertragsrecht ist damit endgültig geregelt, Vertragsautonomie endgültig ausgeschaltet, der Vertragsbindungswille aufgeschoben.

Vertragsgestaltende Tätigkeit findet diesen Normenbestand vor und führt zu der Frage nach dem Bestehen und den Chancen der rechtsgestaltenden Funktion des Notars unter den Bedingungen zunehmender Eingriffe des europäischen Gesetzgebers in das nationale Vertragsrecht.

Ausgehend vom Begriff "Rechtsgestaltung" (unter II), unter Berücksichtigung eines funktionsbezogenen Notarbildes, welches die ausschließlich tätigkeitsbezogene Legitimation traditioneller Berufe durch den Europäischen Gerichtshof aufnimmt (unter III), sollen die bisher sichtbaren Linien rechtsgestaltender notarieller Funktion skizziert und beispielhaft verdeutlicht werden (unter IV).

Vor diesem Hintergrund sind die veränderten Bedingungen notarieller Rechtsgestaltung im europäischen Rechtsbesorgungsmarkt aufzubereiten und die Tauglichkeit des rechtlichen Rahmens für eine eigenständige notarielle Rechtsgestaltung zu erörtern (unter V); Thesen fassen das Ergebnis zusammen.

II. Rechtsgestaltung - Rechtsgeschäft

1. Zur Begriffsbildung

Rechtsgestaltung ist die Verwirklichung der Rechtsidee². Das positive Recht setzt Rechtsgestaltung voraus, ist deren Ergebnis. Recht gewinnt allerdings nicht nur Gestalt durch den Gesetzgeber, sondern durch die Rechtswirklichkeit als Motor der Fortentwicklung des Rechtes, soweit als dies unter der Geltung des positiven Rechtes möglich ist. Gestalter sind sowohl die Dezisionsjuristen im Rahmen richterlicher Rechtsfortbildung als auch die präventiv tätigen Juristen - insbesondere die Notare - in ihrer ständigen

¹ Richtlinie 94/97 EG, ABLEG Nr. L 280/83 vom 29.10.1994

² Radbruch, Rechtsphilosophie, 8. Aufl., Stuttgart 1973, S. 180, 183 ff.

Konfrontation mit rechtstatsächlichen Fragestellungen, welche durch Häufigkeit oder Besonderheit grundlegende Bedeutung erlangen.

Rechtsgestaltung ist abzugrenzen vom Begriff der "Rechts-Anwendung", welcher sich auf die Auslegung des positiven Rechtes nach Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Zweck beschränkt³. Während Rechtsanwendung das Handhaben der anerkannten juristischen Methoden bedeutet⁴, bedarf Rechtsgestaltung weitergehend eines Raumes für Problemlösungen, die das positive Recht verändern oder ergänzen.

2. Rechtsgeschäftslehre und Rechtsgestaltung

Rechtsgestaltung durch den Notar bezieht sich in erster Linie auf Rechtsgeschäfte⁵. Diese, als willentliche Herbeiführung von Rechtsfolgen, sind Ausdruck des Prinzips der Selbstbestimmung des Menschen. Das Bürgerliche Gesetzbuch setzt daher Vertragsfreiheit und Testierfreiheit als wesentliche Merkmale privatautonomem Handeln voraus⁶, das freilich nur im Rahmen der Schranken der verfassungsmäßigen Ordnung gewährleistet ist. Diese gebietet, sozialem und wirtschaftlichem Ungleichgewicht entgegenzuwirken, um Selbstbestimmung für den anderen Teil nicht zu einer schrankenlosen Fremdbestimmung werden zu lassen⁷.

Rechtsgeschäftliche Abschlussfreiheit und Freiheit inhaltlicher Gestaltung sind im Bürgerlichen Gesetzbuch durch eine Vielzahl zwingender Normen begrenzt, jedoch nicht einer allgemeinen richterlichen Inhaltskontrolle unterworfen⁸. § 242 BGB eröffnet lediglich eine inhaltliche Billigkeitskontrolle, welche freilich nicht die Befugnis gibt, die durch rechtsgeschäftliches Handeln im Einzelfall entstandenen Rechtsfolgen im Rahmen der richterlichen Nachsorge durch vermeintlich "billigere" oder "angemessenere" zu er-

³ Savigny, System des heutigen römischen Rechts I, 1840 S. 212 ff.

⁴ Langenfeld, Vertragsgestaltung, 2. Aufl. 1997, S. 7 ff.

⁵ § 20 Abs. 1 BNotO nennt als notarielle Aufgabe an erster Stelle die Beurkundungszuständigkeit, in deren Zentrum die Beurkundung von Willenserklärungen, §§ 6 ff. BeurkG, steht. Neben diesen Zeugnisurkunden stehen weitere Urkundsformen, die Beglaubigungstätigkeit und die weitere notarielle Rechtsbetreuung im Bereich der vorsorgenden Gerichtsbarkeit, Seybold/Schippel/Reithmann, Bundesnotarordnung, 7. Aufl. 2000, Vor §§ 20 bis 25 Rdnr. 2 ff.

⁶ Palandt-Heinrichs, 60. Aufl. 2000, Überbl. v. § 104 Rdnr. 1.

⁷ BVerfG, NJW 1990 S. 1449 ff., 1470; NJW 1994 S. 36 ff. 38.

⁸ Gegen eine Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge Lieb, Schutzbedürftigkeit oder Eigenverantwortlichkeit? DNotZ 1989 S. 274 ff., 284.

setzen. Die Rechtsprechung setzt der Rechtsausübung lediglich dort eine Schranke, wo sie zu untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit offensichtlich unvereinbaren Ergebnissen führt⁹.

Das im Jahr 1977 in Kraft getretene Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen¹⁰ bedeutete - trotz der ausdrücklichen Anordnung der Inhaltskontrolle - zunächst keine Abkehr von dem Gedanken der Privatautonomie, denn es knüpfte nicht an die Beseitigung der im Vertragsrecht unvermeidlichen Ungleichgewichtslagen an¹¹, sondern an das "Stellen" vorformulierter Vertragsbedingungen und damit an den möglichen Missbrauch wirtschaftlicher Überlegenheit des Verwenders¹², welche privatautonome Gestaltung in standardisierten Verträgen des modernen Massengeschäfts ausschließt.

Erst der durch Umsetzung der EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen¹³ in das AGB aufgenommene Gedanke des Verbraucherschutzes, § 24 a AGBG, löst sich von diesem Modell, indem er die strukturelle Unterlegenheit des Verbrauchers¹⁴ bei Abbedingung oder Ergänzung gesetzlicher Regelungen unterstellt, unabhängig davon, ob vorformulierte Vertragsbedingungen von dem anderen Vertragsteil tatsächlich gestellt worden sind oder ob konkret eine Unterlegenheit des Verbrauchers besteht. EU-Recht hat hier erstmals grundlegende Voraussetzungen des rechtsgeschäftlichen Verständnisses des Bürgerlichen Gesetzbuches in Frage gestellt¹⁵.

III. Funktionale Bedingungen notarieller Rechtsgestaltung

⁹ BGH NJW 1985 S. 2579 ff., 2580; NJW 1987 S. 1069 f., 1070.

¹⁰ BGBI 1976 I S. 3317.

¹¹ Lieb, Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen? Überlegungen zum Anwendungsbereich der sogenannten Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge, AcP 178 S. 196 ff., 204.

¹² BGHZ 22 S. 90 ff., 94.

¹³ ABIEG Nr. L 95 v. 21.5.1993, S. 29.

¹⁴ Reich, Europäisches Verbraucherrecht, 3. Aufl. 1996, S. 326.

¹⁵ Die zeitlich früheren Richtlinien zu den Haustürgeschäften (1985), zum Verbraucherkredit (1986) und zu den Pauschalreisen (1990), vergl. FN 76), haben bei gleichem Ansatz nur Sondergebiete betroffen.

1. Öffentliches Amt - funktionales Tätigkeitsfeld

Notarielle Rechtsgestaltung vollzieht sich innerhalb des durch das Berufsrecht festgelegten Rahmens. Dessen entscheidendes nationales Charakteristikum ist der Begriff "öffentliches Amt"¹⁶, also eines institutionalisierten Aufgabenbereiches staatlicher Natur¹⁷, der als Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse insgesamt der staatlichen Verwaltung zuzurechnen ist.

Die Übertragung dieser staatlichen Rechtspflegeaufgaben auf den Notar erfolgt zur unabhängigen Ausübung gegenüber Staatsgewalt und Klienten, was den Notar dem Richter annähert und von dem weisungsgebunden Beamten unterscheidet¹⁸.

Der dem Notar zugewiesene Aufgabenbereich nennt in § 1 BNotO allgemein die Beurkundung von Rechtsvorgängen und dann andere Aufgaben auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege, welche durch ihre Zuweisung unter den Begriff des öffentlichen Amtes hoheitliche Qualifikation erlangen: Die Übertragung des öffentlichen Amtes auf den Notar beweist seine ausschließliche und vollständig hoheitliche Tätigkeit und damit den hoheitlichen Charakter aller von ihm übernommenen Aufgaben; sie schließt die Annahme eines freien Berufes und jede Gewerblichkeit aus¹⁹.

Die nationale Sicht des Schlusses vom öffentlichen Amt auf ein insgesamt hoheitlich geprägtes Berufsbild entspricht nicht dem Rechtsprechungsansatz des Europäischen Gerichtshofes. Dieser - konfrontiert mit unterschiedlichsten traditionellen Berufsbildern in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union - sah sich im Hinblick auf den Ausnahmetatbestand der öffentlichen Gewalt in Artikel 45 EGV (Amsterdam) zu einer tätigkeitsbezogenen Prüfung gezwungen: Öffentliche Gewalt wird nicht deshalb ausgeübt, weil dies der nationale Gesetzgeber im Einzelfall so qualifiziert, sondern nur, wenn dies funktional und konkret tätigkeitsbezogen anzuerkennen ist²⁰.

¹⁶ § 1 BNotO.

¹⁷ Seybold/Schippel/Schippel a.a.O. FN 5) § 1 Rdnr. 7, Arndt/Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung, 4. Aufl. 2000, § 1 Rdnr. 6.

¹⁸ Seybold/Schippel/Schippel a.a.O. FN 5) § 1 Rdnr. 16 ff.; Pfeiffer, Der Notar in unserem Rechtsstaat, DNotZ 1981 S. 5 ff., 7.

¹⁹ Arndt/Lerch/Sandkühler a.a.O. FN 17) § 2 Rdnr. 6.

²⁰ Grundlegend EuGH RS 2/74 vom 21.06.1974 (Reyners) = NJW 1975 S. 513 ff.; Fischer, Die Rechtsstellung des deutschen Notars im Recht der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, DNotZ 1989 S. 467 ff. 479 f.; zum funktionalen Ansatz Richter, EG-Recht und deutsches Notariat - Versuch

Die rechtsgestaltende Funktion des Notars kann daher künftig nur unter Zugrundelegung des europäischen berufsrechtlichen Ansatzes beobachtet werden. Funktionsprägend aus tätigkeitsbezogener Sicht ist nicht das im nationalen Recht verankerte öffentliche Amt, sondern diejenigen Spezifika, welche die notarielle Tätigkeit bei konkreter Leistungserbringung kennzeichnen. Das Amtsverständnis allein begründet hingegen keinen besonderen Charakter der notariellen Gestaltung. Diese kann nur als eine im Rechtsbesorgungsmarkt wahrnehmbare Leistung beobachtet und beschrieben werden. Kriterien sind die angebotsorientierte Sicht des Rechtsdienstleisters, die ergebnisorientierte Sicht der an dem Rechtsgeschäft Beteiligten und das Marktregulierungsinteresse der Rechtsgemeinschaft.

Aus angebotsorientierter Sicht des Notars als Rechtsdienstleister, quasi als Extrakt aus dem Amtsbegriff, ist die notarielle Tätigkeit gekennzeichnet durch

- Unabhängigkeit gegenüber der Staatsgewalt und den Klienten,
- Unparteilichkeit bei der Aufgabenwahrnehmung.

Unabhängigkeit und Unparteilichkeit unterscheiden jegliche notarielle Rechtsgestaltung grundlegend von allen sonstigen Rechtsdienstleistungsangeboten des Rechtsbesorgungsmarktes, da nur der Notar durch strengste berufsrechtliche Regelung²¹ auf beide Elemente²² für jegliche Leistungserbringung verpflichtet ist. Rechtsgestaltung durch den Notar hat nicht einer Partei zum Obsiegen zu verhelfen, sondern Vertragsgerechtigkeit durchzusetzen.

Aus ergebnisorientierter Sicht der Beteiligten ist auf das Produkt notarieller Rechtsgestaltung abzustellen: die öffentliche Urkunde, welche im Markt nur von dem Notar, nicht aber von sonstigen Rechtsdienstleistern errichtet werden kann. Ihre Nützlichkeit ergibt sich aus

einer Standortbestimmung vor der Verwirklichung des Binnenmarktes -, MittBayNot 1990 S. 1 ff. 4; Heinz, Europa - Chance oder Bedrohung für unser Notariat, AnwBl 2000 S. 562 ff. 569.

²¹ § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO, §§ 3, 6, 17 BeurkG.

²² Hingegen ist des Grundpflicht des Rechtsanwalts, keine widerstreitenden Interessen zu vertreten, § 43 a Abs. 4 BRAO, des Steuerberaters zur Hilfeleistung in Steuersachen für den Auftraggeber, § 3 Steuerberatungsgesetz; lediglich der Wirtschaftsprüfer ist neben der parteilichen Steuerberatung bei der Erstellung von Prüfberichten und Gutachten zur Unparteilichkeit verpflichtet, § 17 Abs. 1 WPO.

- der sofortigen Vollstreckbarkeit, § 749 Abs. 1 Nr. 5 ZPO,
- der erhöhten Beweiskraft insbesondere hinsichtlich der Begleitumstände Zeit und Ort, §§ 415, 418 ZPO²³,
- Rechtswirksamkeit bei angeordnetem Formzwang²⁴, insbesondere bei Immobilienverträgen, Eheverträgen, Erbverträgen, Gesellschaftsverträgen juristischer Personen, Anteilsübertragungen, Statusveränderung juristischer Personen und Hauptversammlungsprotokollen von Aktiengesellschaften.

Die besondere Qualität notarieller Tätigkeit im Rechtsbesorgungsmarkt wird aus der Sicht des Verbrauchers von Rechtsdienstleistungen ergänzt durch zwei wesentliche Tätigkeitsmerkmale, die außerhalb der funktionstragenden Unabhängigkeit und Unparteilichkeit stehen und daher in Konkurrenz zur anderen Rechtsdienstleistern wahrgenommen werden, nämlich

- die Vollzugsbetreuung bei registergebundener Urkundstätigkeit²⁵ und
- die Spezialisierung als fachliche Voraussetzung für die Rechtsgestaltung.

2. Rechtsbesorgungsmarkt und Regulierung

Das Funktionieren des Rechtsbesorgungsmarktes wird vordergründig bestimmt durch Angebot und Nachfrage; zugleich ist der Markt höchst reguliert; er lässt weder ein "freies" Angebot noch eine ebensolche Nachfrage zu. Grund der Regulierung ist, dass sich "Recht" aus der Sicht des Nachfragers zwar als Ware, aus der Sicht der Rechtsgemeinschaft aber als Ordnung des Zusammenlebens darstellt, welche sich manifestiert in der Trias von Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit²⁶.

²³ Nur der Beweis der unrichtigen Beurkundung ist zulässig, § 415 Abs. 2 ZPO.

²⁴ Das Bürgerliche Gesetzbuch ordnet bei Verstoß gegen eine gesetzlich vorgeschriebene Form grundsätzlich Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes an, § 125 BGB; eine Heilung ist nur bei ausdrücklicher Anordnung in der speziellen Formvorschrift möglich.

²⁵ Zwar sieht § 53 BeurkG nur eingeschränkte Vollzugspflichten vor, welche allerdings in der Praxis durch eine umfassende Vollzugstätigkeit, gestützt auf § 24 BNotO, überlagert wird, Seybold/Schippel/Reithmann a.a.O. FN 5) § 15 Rdnr. 27 ff.

²⁶ Radbruch a.a.O. FN 2, S. 164.

Die Nachfrage durch den Verbraucher nach Rechtsdienstleistungen ist daher streng gebunden an die Ordnung des positiven Rechtes, welche die nachgefragte Rechtsdienstleistung kanalisiert und inhaltlich bestimmt. Schlagwortartig sind zwei Bereiche zu unterscheiden: der konsensuale Bereich der Rechtsgeschäfte und der kontradiktorische Bereich der Gerichtsbarkeit.

Auch auf der Angebotsseite greifen schärfste Regulierungen ein und bestimmen diejenigen Bedingungen, unter denen Rechtsdienstleistungen erbracht werden dürfen. Entscheidend geprägt ist das Angebot der unterschiedlichen Rechtsdienstleister durch ihre Berufsordnung, welche ihnen eine bestimmte Funktion im Rechtsbesorgungsmarkt zuweist. Sie haben entweder Parteiinteressen zu vertreten (Rechtsanwalt, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer außerhalb der Prüftätigkeit) oder dürfen ausschließlich unparteiisch agieren (Notar, Wirtschaftsprüfer im Rahmen der Prüftätigkeit).

Das Dienstleistungsangebot zur Vorbereitung gerichtlicher Entscheidung - der kontradiktorische Bereich - erfordert zwingend die Wahrnehmung von Parteiinteressen, während der konsensuale Bereich einer unparteilichen Vermittlung dessen, was Recht ist, prinzipiell offen steht.

Marktregulierung bei Rechtsgeschäften hat das Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Gerechtigkeit zu ordnen. Da die parteiliche Vertretung den vertraglichen Interessen der vertretenen Partei und damit deren Freiheit dient, ist Vertragsgerechtigkeit nur bei vertraglicher Parität und parteilicher Vertretung auch des anderen Vertragsteiles zu erwarten. Für alle Fälle der Disparität muss Vertragsgerechtigkeit durch Regulierung hergestellt werden. Neben zwingenden gesetzlichen Bestimmungen, welche vertragliche Freiheit entscheidend einschränken, sind Anforderungen an die Form des Rechtsgeschäftes das mildere Mittel, wobei es auf den Bezug zwischen Form und rechtsgeschäftlichem Inhalt ankommt: Form als der gesetzlichen Vorregelung adäquate Vorsorge hat sicherzustellen, dass der tatsächliche Wille beider Vertragsparteien im Vertrag niedergelegt und von den Vertragsteilen in seiner rechtlichen Tragweite erkannt wird, muss also "innere" Form sein.

Bedingung für die Einsetzung der inneren Form als Alternative zu einer zwingenden gesetzlichen Vorregelung des konsensualen Bereiches ist lediglich die institutionelle Sicherung der Unparteilichkeit des Anbieters und die angemessene Berücksichtigung des unter diesem Verfahren entstandenen Dienstleistungsproduktes im Markt. Aus der Sicht der Rechtsgemeinschaft sprechen daher gute Gründe für das notarielle Dienstleistungsangebot, denn die unparteiische Rechtsgestaltung für den Markt nimmt die streitentscheidende richterliche Funktion auf der Ebene des freiwilligen Konsenses unter Beteiligung des unparteiischen Notars vorweg. Sie wirkt richtersentlastend²⁷.

Der Ruf nach Deregulierung des Rechtsbesorgungsmarktes²⁸ zielt eindimensional auf eine gleichförmige Angebotsmöglichkeit aller Rechtsdienstleistungen durch alle Rechtsdienstleister ab. Motiv ist die wirtschaftliche Entfaltung dieses Marktes wobei übersehen wird, dass die Deregulierung der Marktangebotsstrukturen eine Neuregulierung der Marktbedingungen²⁹ durch den Gesetzgeber erforderlich macht, zu Lasten der freiheitlichen und individuellen Ausgestaltung der Privatrechtsverhältnisse des Einzelnen bei Inanspruchnahme der Ware "Recht". Die Deregulierung der Anbieter bewirkt zunehmende Regulierung der Marktteilnehmer. Folgt man diesem rechtspolitisch fragwürdigen Ansatz nicht, so hat das unabhängige und unparteiliche Gestaltungsangebot des Notars einen festen Platz im Rechtsbesorgungsmarkt. Sein Tätigkeitsfeld ist, weil auf die Verwirklichung von Vertragsgerechtigkeit verpflichtet, auch unter funktionaler Betrachtung begründbar.

IV. Bisherige Linien rechtsgestaltender Funktion

1. Rechtsgeschäft und Rechtspflege

²⁷ Zur Rechtspflegeentlastung allgemein Wagner, Entlastung der Rechtspflege durch notarielle Tätigkeit - Bestandsaufnahme und Perspektiven, DNotZ 1998 Sonderheft S. 34 ff. sowie die Vorschläge der Bundesnotarkammer zur Entlastung der Rechtspflege durch Notare im Bericht über die Tätigkeit der Bundesnotarkammer im Jahre 1997, DNotZ 1998 S. 514 ff., 525 f., 530 f.

²⁸ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Eine Binnenmarktstrategie für den Dienstleistungssektor, Mitteilung der Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament vom 29.12.2000, Ziffer 3. (2) schlägt die Abtragung von unnötigen und häufig widersprüchlichen Rechtsvorschriften für den grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr Schicht für Schicht vor.

²⁹ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Die Strategie für den europäischen Binnenmarkt, Mitteilung an das Europäische Parlament und den Rat vom 11.01.2001 S. 6 schlägt ein Grünbuch über Zugang zum Recht und Rechtsmittel für Verbraucher vor.

Die deutsche Bundesnotarordnung sieht davon ab, das notarielle Aufgabenfeld inhaltlich zu umschreiben. Der Bereich der Rechtsgeschäfte wird nur über die ausschließliche Beurkundungszuständigkeit des Notars angesprochen, welche sich nicht auf Willenserklärungen beschränkt; auch tatsächliche Vorgänge und sonstige Erklärungen werden vom Begriff der Beurkundung umfasst³⁰.

Rechtsbetreuung durch den Notar wird von der Bundesnotarordnung begrenzt auf den Bereich der vorsorgenden Rechtspflege, welche umschrieben wird als ein Bündel von Aufgaben, die nicht notwendig von der öffentlichen Hand übernommen werden müssen, jedoch als staatliche, der Justiz zugerechnete Aufgaben angesehen werden³¹, wobei es um die Klarstellung und Sicherung privater Rechtsverhältnisse geht.

Die im deutschen Sachrecht normierten ausschließlichen Beurkundungszuständigkeiten des Notars im Immobilienrecht, Gesellschaftsrecht, Erb- und Familienrecht, haben zu rechtsgeschäftlichen Tätigkeitsschwerpunkten geführt, bei denen sich die rechtsgestaltende Funktion des Notars eindrucksvoll nachweisen läßt. Die sonstigen notariellen Rechtspflegeaufgaben werden daher ausgeblendet.

Folgender Fall soll die nachfolgenden Beispiele rechtsgestaltender Funktion begleiten:

Kaufmann K. produziert Heizungssteuerungssysteme und will künftig deren Einbau beim Endverbraucher anbieten. Nach dem Tod seiner Frau hat er sich zu einer Zweitehe entschlossen.

Sein lediger Sohn S., der nach Schulabschluss bereits seit Jahren im Unternehmen mitarbeitet, soll an der bisherigen Einzelfirma angemessen beteiligt werden und die Geschäfte künftig führen.

Seine verheiratete, gut ausgebildete Tochter T. soll vom Betriebsvermögen nichts erhalten, aber erbrechtlich mit ihrem Bruder durch die Übertragung von Immobilien aus dem Privatvermögen gleichgestellt werden.

³⁰ Seybold/Schippel/Reithmann a.a.O. FN 5) § 20 Rdnr. 4 ff.

³¹ Seybold/Schippel/Reithmann a.a.O. FN 5) § 24 Rdnr. 9.

K. wünscht Beratung

- zur lebzeitigen Übertragung von Privatvermögen auf T.
- zur Gründung einer Gesellschaft mit S.
- zu einer testamentarischen Absicherung der Kinder
- zu einer ehevertraglichen Regelung seiner Zweitehe und
- zur Ausgestaltung des Liefer- und Einbauvertrages der Steuerungssysteme.

2. Rechtsgestaltung im Individualrecht**a) Schuldrecht - vorweggenommene Erbfolge**

Das deutsche Schuldrecht regelt entgeltliche Rechtsgeschäfte im Kaufrecht, unentgeltliche Rechtsgeschäfte im Recht der Schenkung. Als eigener Typ nicht normiert ist aus unserem Fall die Übertragung von Grundbesitz des K. auf T., da dieser Übertragung die Schenkungsabrede, also die subjektive Einigung über die Unentgeltlichkeit fehlt, obwohl objektiv von der Tochter keine Gegenleistung erbracht wird. Motiv des Kaufmanns ist in erster Linie nicht eine Freigiebigkeit gegenüber seiner Tochter, sondern ein ordnendes Eingreifen unter Lebenden mit dem Ziel, das Betriebsvermögen ohne Ansprüche der Tochter im Wege der Generationenfolge in die Hand des Sohnes zu überführen.

Neben diesem vordringlichen Ziel ist ein ganzes Bündel weiterer Motive denkbar, etwa eine weitere lebzeitige Absicherung des Kaufmannes dahin, dass die Tochter eine Versorgungsverpflichtung übernimmt, für den Fall des Scheiterns der Zweitehe des Kaufmanns oder des Vorversterbens der Ehefrau.³²

Die rechtliche Einordnung des Rechtsgeschäftes ist für die Beteiligten von größter Bedeutung, denn bei Annahme einer Schenkung besteht ein gesetzliches Rückforderungsrecht wegen Notbedarfs des Schenkers, sowie ein Widerrufsrecht, wenn sich der Beschenkte des groben Undanks schuldig gemacht hat³³. Auch die Abgrenzung zu einer "Ausstattung" aus dem Elternvermögen gemäß § 1624 BGB, deren Rechtsgrund nach der

³² Beispiele von Zwecken der vorweggenommenen Erbfolge bei Langenfeld a.a.O. FN 4) S. 129.

³³ Beim Vorliegen eines teils unentgeltlichen teils entgeltlichen Rechtsgeschäftes (gemischte Schenkung) werde beide Vertragsteile grundsätzlich getrennt behandelt; Rückforderungsrecht und Widerruf erstrecken sich grundsätzlich nur auf den unentgeltlichen Teil, es sei denn der Schenkungscharakter des Geschäftes überwiegt, Palandt-Putzo a.a.O. FN 6) § 516 Rdnr. 15 ff.

gesetzlichen Regelung ausdrücklich keine Schenkung, sondern eine causa sui generis ist, kann erhebliche Rechtsfolgen haben, da sie zu einer gesetzlich angeordneten Ausgleichspflicht bei Eintritt der gesetzlichen Erbfolge zwischen Abkömmlingen führt, § 2050 Abs. 1 BGB³⁴, und bei Geltendmachung eines Pflichtteilergänzungsanspruchs des nicht zur Erbfolge gelangenden Pflichtteilsberechtigten unberücksichtigt bleibt³⁵.

Unser Fall scheint, betreffend die Beteiligung des Sohnes an der bisherigen Einzelfirma, im Hinblick auf seine intensive Mitarbeit auf das Vorliegen einer Ausstattung hinauszulaufen und damit auf eine Gleichstellung mit der studierthabenden Schwester. Die Übertragung der Immobilie wäre dann wohl - ohne Kenntnis des geschilderten Motivbündels - als Schenkung zugunsten der Tochter anzusehen. Es könnten allerdings auch zwei Schenkungen vorliegen, sofern die Beteiligung des Sohnes ihrem Wert nach eine Ausstattung ausschließt.

Letztlich dürften in der Mehrzahl der Fälle Mischungen von Schenkung, Ausstattung und lebzeitiger Vermögensverteilung zum Zwecke der Streitvermeidung vorliegen, auf die die Rechtsfolgen der im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelten Vertragstypen nicht oder nur teilweise passen.

Die notarielle Vertragsgestaltung hat den gesetzlich nicht geregelten Vertragstyp "vorweggenommene Erbfolge"³⁶ in einer großen Vielfalt ausgestaltet, um dem Willen der Rechtsuchenden entsprechende Kautelen anzubieten. Gestaltungsschwerpunkte sind

- die lebzeitige Versorgungssicherung, etwa durch Nutzungsvorbehalte und Versorgungsvereinbarungen;
- die lebzeitige Störfallvorsorge durch Rückübertragungs- oder Widerrufsvorbehalte, generell oder tatbestandlich eingegrenzt;
- auf den Todesfall hin die Streitvermeidung unter den Erben und die Absicherung erbrechtlicher Verfügungen, insbesondere im Hinblick auf das Pflichtteilsrecht.

Die Unvollständigkeit gesetzlicher Regelung, welche keinen weiteren inhaltlich abgegrenzten Vertragstyp zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Rechtsgeschäft anbie-

³⁴ Eine Anrechnung auf Pflichtteil findet hingegen nur statt, bei ausdrücklicher Anordnung der Anrechnung, Palandt-Edenhofer a.a.O. FN 6) § 2315 Rdnr. 1.

³⁵ Münchener Kommentar/Frank, Band 9, 3. Aufl. 1997, § 2325 Rdnr. 13.

³⁶ Mayer, Die Rückforderung der vorweggenommenen Erbfolge, DNotZ 1996 S. 604 ff., 609 f.

tet³⁷, war Auslöser notarieller Rechtsgestaltung. Kein einheitliches vertragliches Leitbild, sondern ein offener Typus³⁸ ist entstanden, bestimmt von einem Motivbündel und damit geleitet von Subjektivität.

b) Gesellschaftsrecht - die Nachfolge in den Gesellschaftsanteil

Das bisher einzelkaufmännisch geführte Unternehmen des K. wird mit der Beteiligung des Sohnes zur Gesellschaft; Kapitalgesellschaften oder Personengesellschaften stehen als Rechtsform zur Verfügung, darunter auch die GmbH & Co. KG,³⁹ bei der alle Gesellschafter nur beschränkt haften und die trotzdem steuerlich als Personengesellschaft gilt⁴⁰. Die Wahl der Rechtsform ist entscheidend beeinflusst von steuerlichen Gesichtspunkten aber auch von langfristigen zivilrechtlichen Überlegungen, wie der Kapitalbeschaffung und der Unternehmensfortführung oder den Möglichkeiten der Einflussnahme des Mehrheitsgesellschafters K. auf die Geschäftsführung.

Insbesondere im Recht der Personengesellschaft hat die Kautelarjurisprudenz eine Vielzahl von Rechtentwicklungen bzw. Anpassungen an die sich verändernde Rechtswirklichkeit durchgesetzt, betreffend die Übertragung von Gesellschaftsanteilen, die Ausgestaltung des Mehrheitsprinzips oder die Einräumung von Nutzungsrechten an dem Gewinnstammrecht⁴¹.

Das eindrucksvollste Beispiel notarieller Rechtsgestaltung im Gesellschaftsrecht ist die Lösung der Nachfolgeprobleme beim Tod eines Gesellschafters einer Personengesellschaft,

³⁷ Die gemischte Schenkung ist im Hinblick auf ihre getrennte rechtliche Behandlung hinsichtlich des entgeltlichen und unentgeltlichen Teiles nicht als eigener Vertragstyp anzusehen, vergl. oben FN 33).

³⁸ Spiegelberger, Vermögensnachfolge, 1994 Rdnr. 12 ff. Weitere wichtige Beispiele notarieller Rechtsgestaltung im Schuldrecht sind die ehebedingte Zuwendung, hierzu Morhard, "Unbenannte Zuwendungen" zwischen Ehegatten - Rechtsfolgen und Grenzen der Vertragsgestaltung, NJW 1987 S. 1734 ff.; Grziwotz, Die zweite Spur - ein (neuer) Weg zur Gerechtigkeit zwischen Ehegatten, DNotZ 2000 S. 486 ff., 491 f., sowie die Sicherung schuldrechtlicher Ansprüche durch Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch, hierzu beispielsweise Amann, Keine Vormerkung eigenständiger Übereignungspflichten des Erben oder des jeweiligen Eigentümers, DNotZ 1995 S. 252 ff.

³⁹ Von Hartmann, Einflüsse und Aufgaben der Kautelarjurisprudenz im Recht der Personengesellschaft, DNotZ 1989, Sonderheft S. 63 ff., 72 als "Paradebeispiel" für den Erfindungsreichtum der Kautelarjurisprudenz bezeichnet.

⁴⁰ Reithmann, Der Beitrag des Notars zur Rechtsentwicklung, DNotZ 1977, Sonderheft S. 5 ff., 20.

⁴¹ Hartmann a.a.O. FN 39) S. 72 ff.

enthielt doch der jüngst aufgehobene § 131 Nr. 4 HGB für diesen Fall die Anordnung der Auflösung der Gesellschaft und damit verheerende zivil- und steuerrechtliche Konsequenzen.

Das mildere, nunmehr geltende Recht, § 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB, geht von einem Ausscheiden des verstorbenen Gesellschafters bei Fortbestand der Gesellschaft aus, läßt damit aber weiterhin die Vererblichkeit des Gesellschaftsanteiles des Verstorbenen unregelt.

Die Rechtsnachfolge in den Gesellschaftsanteil kann bestimmt werden durch Gesellschaftsrecht oder Erbrecht; bei inkongruenter Rechtslage geht im Zweifel die gesellschaftsrechtliche Regelung vor⁴²; eine etwa bestehende erbrechtliche Bindung kann unterlaufen werden.

Die nunmehr geltende Fassung des § 131 HGB macht die kautelarjuristisch entwickelte Fortsetzungsklausel, also den Fortbestand der Gesellschaft ohne die Erben des Verstorbenen nur noch für den Fall der Zweipersonengesellschaft notwendig⁴³. Hingegen bedarf eine aktive Nachfolgeregelung auch unter dem geltenden Recht der gesellschaftsvertraglichen Regelung dahin, dass eine unmittelbare Vererblichkeit - Nachfolgeklausel - oder eine rechtsgeschäftliche Aufnahme des Nachfolgers in die Gesellschaft - Eintrittsklausel - vereinbart wird. Der Komplexität der Lebenssachverhalte entsprechend haben beide Klauseln unterschiedliche Ausprägungen erfahren, die Nachfolgeklausel von der einfachen Vererblichstellung des Anteils bis zu einer detaillierten Regelung der Anzahl, der Person oder Qualifikation des Nachfolgers⁴⁴.

Der beispielhaft aufgezeigte Gestaltungsbedarf bei Gesellschaftsverträgen ist geprägt durch die Notwendigkeit einer einzelfallbezogenen Regelung und damit durch das subjektive Element, da zwingende und detaillierte gesetzliche Regelungen fehlen. Gestaltungsanstoß ist im übrigen die ohne vertragliche Vereinbarung geltende Auflösung der Gesellschaft bei Tod eines Gesellschafters, die zu Recht keine Akzeptanz in der Rechtspraxis gefunden hat.

⁴² Klein in Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechtes, Band 2 1991, § 44 Rdnr. 2.

⁴³ Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 30. Aufl. 2000, § 131 Rdnr. 19.

⁴⁴ Klein a.a.O. FN 42) § 44 Rdnr. 26.

c) Erbrecht - Typisierung von Testamenten

Die gesetzliche Erbfolge bei Ableben von K., also die erbengemeinschaftliche Übernahme des Vermögens von beiden Kindern zu gleichen Teilen⁴⁵, wird dessen Zuordnungswunsch nicht gerecht. Die verfassungsrechtlich garantierte Testierfreiheit berechtigt K. zu beliebigen Verfügungen über seinen Nachlass. Bestimmend für ein Testament sind zunächst das Vorhandensein von Betriebs- und Privatvermögen sowie eine etwa vorgehende gesellschaftsvertragliche Nachfolgeregelung und das Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge. Das Betriebsvermögen ist Teil der künftigen Erwerbsgrundlage von S. und steuerverhaftet bei Betriebsaufgabe; das Privatvermögen ist grundsätzlich nicht steuerverhaftet⁴⁶ und werthaltig, unabhängig von kurzfristigen Marktveränderungen.

Die testamentarische Anknüpfung an die unterschiedliche Art des Vermögens wird mit Wiederverheiratung des K. um eine personale Anknüpfung erweitert werden müssen: neben den beiden Vermögensarten werden die regelmäßig divergierenden Interessen zwischen den erstehelichen Kindern und der zweiten Ehefrau auszugleichen sein, die eine durchaus komplexe und absolut einzelfallbezogene Gestaltung erwarten läßt. Auszugehen ist dabei immer vom Regelungsziel des Erblassers, dessen Verwirklichung im Rahmen des gesetzlichen Instrumentariums des Erbrechtes gesucht werden muss. Bei mehreren Zielen geht es um deren Harmonisierung oder der Berücksichtigung einer Rangfolge, ggf. unter vertraglicher Beteiligung der Erben, § 1941 BGB.

Die Kautelarjurisprudenz hat die typischen Regelungsziele aufgearbeitet und bietet Lösungsmodelle an, die auch besondere Zielvorstellungen des Erblassers mit einschließen, z. B. die Einflussnahme des Erblassers über seinen Tod hinaus oder die getrennte Zuwendung von Nutzung und Substanz des Nachlasses.

Als Typen letztwilliger Verfügungen im Privatbereich seien beispielsweise genannt: das Testament des geschiedenen Ehegatten, die Verfügung von Eltern mit behinderten Kindern sowie die Verfügung von Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Regelungstypen aus dem Unternehmensbereich sind etwa die Zuwendung von Nutzungsrech-

⁴⁵ Nach Verheiratung ohne Ehevertrag sinkt die Quote auf je ein Viertel, die Ehefrau erbt zu ein Halb, §§ 1931 Abs. 1, 1371 Abs. 1 BGB.

⁴⁶ Ausgenommen bei spekulativem Einsatz im Sinne von § 23 EStG.

ten an Unternehmensbeteiligungen oder die Bestimmung des Unternehmensnachfolgers durch Dritte⁴⁷.

Diese Beispiele zeigen die entschiedene Offenheit des Erbrechtes für die Rechtsgestaltung. Ausgehend von Typenbildung werden die mit der Verfügung bezweckten Ziele definiert und durch erb-rechtliche Kautelen rechtlich gesichert.

d) Familienrecht - Ehevertrag

Mit der von K. beabsichtigten Heirat entsteht das gesetzliche Ehegattenerbrecht; bei Scheidung der Ehe ist ein Anspruch der Ehefrau auf den während der Ehe erzielten Zugewinn gegeben. Beide Ansprüche, sowie etwaige weitere finanziell wirksame Scheidungsfolgen, stehen damit in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der von K. beabsichtigten Vorwegnahme der Erbfolge zugunsten T., der Gesellschaftsbeteiligung von S. und der Verfügung von Todes wegen. Jegliche vertragliche Gestaltung hat nunmehr sowohl das Pflichtteilsrecht der Ehefrau von Todes wegen als auch den lebzeitigen Anspruch auf Zugewinnausgleich bei Scheidung zu beachten.

Neben den Wahlgüterständen Gütergemeinschaft und Gütertrennung⁴⁸ ist das Eherecht offen für Modifizierungen des gesetzlichen Güterstandes im weitesten Umfang⁴⁹ mit den Grenzen der allgemeinen Gültigkeitsregeln des Vertragsrechtes, § 134 BGB (Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot) und § 138 BGB (Verstoß gegen die guten Sitten). Die eherechtliche Vertragsfreiheit unterliegt nicht der richterlichen Inhaltskontrolle hinsichtlich ihrer Angemessenheit⁵⁰, wohl aber einer aus der Billigkeitsregel des § 242 BGB hergeleiteten Ausübungskontrolle betreffend Vollzug und Durchsetzbarkeit für bestimmte Zeiträume oder Sachverhalte⁵¹, etwa bei Eintritt einer nachträglichen und unvorhergesehenen Entwicklung, oder bei anfänglich fehlender Rücksichtnahme auf die Interessen eines Vertragsteiles.

⁴⁷ Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. Aufl. 2000, Rdnr. 1276 ff.

⁴⁸ §§ 1414 ff. BGB.

⁴⁹ Langenfeld, Möglichkeiten und Grenzen notarieller Vertragsgestaltung bei Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen, DNotZ 1985 Sonderheft S. 167 ff., 170. Ausgenommen ist die Verweisung auf nicht mehr geltendes oder ausländisches Recht gemäß § 1409 BGB.

⁵⁰ Gerber, Diskussionsbeitrag, DNotZ 1998, Sonderheft S. 298.

⁵¹ Grziwotz, Vertragsobjekt Ehe und Partnerschaft, DNotZ 1998, Sonderheft S. 228 ff./260.

Modifikationen des gesetzlichen Güterstandes, der von der Vermögenstrennung der Ehegatten ausgeht, betreffen den "Halb-Teilungsgrundsatz"⁵² bei Tod oder bei einem Scheitern der Ehe. Die hälftige Verteilung des ehelichen Zugewinns kann für den diesen Zugewinn erwirtschaftenden Ehegatten kaum tragbare, für den anderen Ehegatten ungerechtfertigt begünstigende Folgen haben: Scheitert die zweite Ehe von K. und erwirtschaftet dieser während der Ehezeit, nach vorehelichem Aufbau seines Betriebes, hohe Gewinne, ist der Halbteilungsgrundsatz zugunsten der die Scheidung betreibenden Ehefrau nicht zu rechtfertigen.

Typische Anknüpfungspunkte für die Modifikation sind das Scheitern der Ehe und die Herausnahme von Vermögensbestandteilen aus dem Halbteilungsgrundsatz, also die Bildung mehrerer Vermögensmassen und damit die Beschränkung des Zugewinnausgleichs auf bestimmte Teile des während der Ehe erwirtschafteten Zugewinns⁵³. Eine Vielzahl von Stufungen sind möglich und vertraglich verbindbar mit der dem deutschen Recht bekannten gemeinsamen vertraglichen Verfügung der Ehegatten von Todes wegen (Ehe- und Erbvertrag)⁵⁴.

Auch der gesetzlich angeordnete Ausgleich sämtlicher Anwartschaften oder Aussichten der Ehegatten auf eine Versorgung wegen Alters, Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit ist ehevertraglichen Vereinbarungen zugänglich, welche vom vollständigen Ausschluss über eine Vielzahl von Formen des teilweisen Ausschlusses bis hin zu anderen Arten des Ausgleiches gehen.

Insgesamt läßt sich für Eheverträge der Befund aus dem Erbrecht übertragen: Die gesetzlich gewährte Vertragsfreiheit hat, vor dem Hintergrund der Bildung von Typisierungen, zu einer starken Ausdifferenzierung von Kautelen geführt, die individuellste Gestaltungen ermöglichen. Diese sind in allen vier mit Beispielen belegten Rechtsgebieten, unter engerem oder weiterem gesetzlichen Rahmen, möglich und fordern die notarielle Rechtsgestaltung heraus. Gestaltung bedeutet dabei nicht nur die Fortentwicklung und Konkretisierung der Regelungsgehalte in jedem einzelnen der Rechtsgebiete, sondern die zusammenschauende Wirkung aller von K. angestrebten Vereinbarungen: der etwa im Ehever-

⁵² Grziwotz, Vertragsobjekt Ehe und Partnerschaft, DNotZ 1998, Sonderheft S. 228 ff./260.

⁵³ Münchner Kommentar/Kanzleiter, Band 7, 4. Aufl. 2000, Vor § 1408 Rdnr. 17.

⁵⁴ Nieder, a.a.O. FN 47) Rdnr. 1098.

trag erklärte Pflichtteilsverzicht der Ehefrau des K. führt zu testamentarischen Freiheiten, die eine vorweggenommene Erbfolge erübrigen können.

3. Rechtsgestaltung im Verbraucherschutzrecht

Der Liefer- und Einbauvertrag über die von K. hergestellten Steuerungssysteme ist Verbrauchervertrag im Sinne des § 24 a AGBG. Die Vertragsgestaltung hat als rechtliche Grundlagen Kaufrecht betreffend die Lieferung und Werkvertragsrecht hinsichtlich des Einbaus zu beachten; Überschneidungen beider gesetzlich geregelter Vertragstypen, etwa die Gewährleistung wegen Sachmängeln, sind mit Vorrang des Werkvertragsrechtes zu lösen⁵⁵.

Jede vom Gesetz abweichende vertragliche Regelung im Verbrauchervertrag ist der Inhaltskontrolle unterworfen, § 8 AGBG. Die Vertragskonzeption bedeutet eine - äußerst komplexe - Anwendung der drei vorgefundenen Rechtsgrundlagen Kaufrecht, Werkvertragsrecht und Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf den konkreten Tatbestand; nicht Rechtsgestaltung sondern Rechtsanwendung ist, im Unterschied zu den vorangegangenen Beispielen, gefragt.

Der Inhaltskontrolle unterworfen ist auch der notariell beurkundete Verbrauchervertrag, selbst wenn dessen Inhalt vom Notar und nicht vom Unternehmer entworfen worden ist, unabhängig davon, ob die jeweilige Vertragsklausel nur einmal verwendet werden soll. Lediglich das Vorliegen einer Individualabrede, auf deren Inhalt der Verbraucher Einfluss nehmen konnte, die also typischerweise gerade nicht vorformuliert ist, führt zum Ausschluss der Anwendung des Gesetzes zum Schutz vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen⁵⁶.

Außerhalb des Verbrauchervertrages knüpft § 1 AGBG nach wie vor daran an, wer Allgemeine Geschäftsbedingungen stellt. Die Verwendung von dem am Vertrag unbeteiligten Notar vorgeschlagenen und von ihm mehrfach angewandten Kautelen eröffnet den Weg der Inhaltskontrolle nicht, es sei denn, sie sind im Auftrag eines Vertragsteiles entstanden oder ein Vertragsteil bedient sich der Klausel "gleichsam mittelbar"⁵⁷.

⁵⁵ Palandt-Sprau a.a.O. FN 6) § 651 Rdnr. 4.

⁵⁶ § 24 a Nr. 2 AGBG.

⁵⁷ Palandt-Heinrichs, a.a.O. FN 6) § 1 AGBG Rdnr. 8.

Verbraucherverträge tangieren das notarielle Tätigkeitsfeld in erster Linie im Bereich des schlüsselfertigen Vorratsbaues in seinen verschiedenen Ausprägungen. Dem Verlust an Gestaltungsmöglichkeiten im Verbrauchervertrag steht zunehmender Gestaltungsbedarf im Vorfeld der Projektentwicklung gegenüber, bedingt durch wachsende Verrechtlichung des Bodenverkehrs⁵⁸ und der Anwendung des Wohnungseigentumsgesetzes auf baulich immer anspruchsvollere Wohnanlagen⁵⁹.

4. Bedingungen bisheriger notarieller Rechtsgestaltung

a) Vertragsfreiheit - Vertragsgerechtigkeit

Die in den Beispielen gezeigte notarielle Gestaltung von Rechtsverhältnissen setzt eine Rechtsgeschäftslehre voraus, die dem Rechtssubjekt Abschlussfreiheit und Inhaltsfreiheit im Vertragsrecht gewährleistet. Das grundsätzlich dispositive Vertragsrecht und die im Schuldrecht bestehende Typenfreiheit, welche die Ausgestaltung atypischer und Mischrechtsverhältnisse ermöglicht, haben Gestaltungen eröffnet, die wiederkehrende Entwicklungen in der Rechtswirklichkeit aufnehmen und den Interessen der Vertragsteile gemäß lösen. Der notarielle Gestaltungsspielraum ist von den Grenzen der Privatautonomie her zu bestimmen.

Das liberale Vertragsdenken des Bürgerlichen Gesetzbuches, ausgehend von der Annahme, dass das Verfahren des Vertragsmechanismus und nicht dessen schwer definierbare "Richtigkeit" den Vertrag legitimieren, hat die Frage nach der Vertragsgerechtigkeit aus heutiger Sicht nicht ausreichend beantwortet⁶⁰. Der vertragliche Interessenausgleich ist nur zu erwarten bei grundsätzlicher Parität der Vertragspartner⁶¹. Es bedarf daher einer Basis, von der aus von der Vertragsfreiheit Gebrauch gemacht werden kann.

Die als Grundlage zu unbestimmten Schranken der §§ 138, 242 BGB haben durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes eine Konkretisierung erfahren, welche

⁵⁸ Typisches Beispiel ist die Erweiterung der Genehmigungspflichten durch § 22 BauGB betreffend die Begründung von Wohnungseigentum und die Gefahrenabwehrpflichten aufgrund von § 4 Bundes-Bodenschutzgesetz.

⁵⁹ Vergl. Röhl, Das Eingangsflurproblem bei der Unterteilung von Eigentumswohnungen, DNotZ 1998 S. 345 ff.

⁶⁰ Münchner Kommentar/Kramer Band 1, 3. Aufl. München 1993, vor § 145 Rdnr. 2 ff.

⁶¹ Limmer, Vertragsgerechtigkeit notarieller Urkunden und europäischer Verbraucherschutz, in Notar und Rechtsgestaltung Jubiläums-Festschrift des Rheinischen Notariats 1998, S. 15 ff., 27.

die Berücksichtigung der in der Verfassung gewährten Grundrechte bei der Anwendung der Generalklauseln einfordert. Hat "einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, dass er vertragliche Regelungen faktisch einseitig setzen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung"⁶². Mit dieser Rechtsprechung verpflichtet das Verfassungsgericht die Zivilrechtsordnung bei typisierbaren Fallgestaltungen, die eine strukturelle Unterlegenheit⁶³ des einen Vertragsteiles erkennen lassen und den anderen Vertragsteil ungewöhnlich belasten, auf eine immanente Grenze der Privatautonomie, die einen korrigierenden Eingriff der Rechtsprechung zulässt, unter Beachtung der Umstände, "auf welche Weise der Vertrag zustande gekommen ist"⁶⁴.

Vertragsgerechtigkeit als immanente Grenze der Privatautonomie ist daher die Anforderung, an der sich notarielle Rechtsgestaltung und damit das notarielle Verfahren überhaupt messen lassen muss. Zuvor ist allerdings nach den Gründen vertraglicher Disparität zu fragen.

Fremdbestimmendes Übergewicht eines Vertragsteiles kann beruhen auf

- faktischer Überlegenheit, dem der andere Vertragspartner trotz Erkennens der Ungleichgewichtslage nicht entgehen kann oder
- situativer Unterlegenheit eines Vertragsteiles, der die fremdbestimmende Interessendurchsetzung seines Vertragspartners nicht erkennt.

Die erste Alternative betrifft objektive Umstände, welche, auch wenn sie von dem unterlegenen Vertragsteil erkannt werden, zu keiner die Disparität aufhebenden Vertragsgestaltung führen werden. Der zweite Fall spricht eine Disparität aus subjektiven Gründen an, etwa wegen Fehlens notwendiger Information, intellektueller Unterlegenheit oder Unterlegenheit in der konkreten Verhandlungssituation⁶⁵.

b) Vertragsgerechtigkeit durch notarielle Beurkundung

⁶² BVerfG a.a.O. FN 7) S. 1470,

⁶³ BVerfG a.a.O. FN 7) S. 38.

⁶⁴ BVerfG a.a.O. FN 7) S. 39.

⁶⁵ Limmer, a.a.O. FN 61) S. 28, unterteilt weiter in vier Bereiche der Unterlegenheit.

Das Ergebnis notarieller Vertragsgestaltung ist regelmäßig⁶⁶ eine öffentliche Urkunde welche in strengstem Verfahren erstellt wird. Sowohl die Sicherung der Unparteilichkeit des Notars, § 3 BeurkG, als auch Prüfungs- und Belehrungspflichten im Verfahren selbst, §§ 17 ff. BeurkG, schützen die Urkundsbeteiligten. Zentrale Verfahrensvorschrift ist § 17 Abs. 1 BeurkG, welche dem Notar aufgibt, durch Belehrung zu sichern, dass der urkundlich niedergelegte Vertrag

- dem wahren Willen der Beteiligten entspricht,
- sachgerecht ist,
- dem Recht entspricht und klar abgefasst ist und
- unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt⁶⁷.

Allen Anforderungen gemein ist das Element der Vorsorge, die vor der vertraglichen Bindung durch Abschluss der Urkunde zu leisten ist. Sachverhalt und vertragsrelevanter Wille sind eindeutig und rechtlich richtig vom Notar zu ermitteln, damit späteres Konfliktpotential vermieden wird. Die nach Willensermittlung einsetzende Beratung hin auf einen sachgerechten Vertrag bedenkt eine ausreichende Störfallvorsorge und die zum Vertragsvollzug in den Registern erforderlichen Abwicklungsmechanismen.

Entscheidend der Durchsetzung von Vertragsgerechtigkeit dient die notarielle Pflicht, zu vermeiden, dass unerfahrene oder ungewandte Beteiligte benachteiligt werden, § 17 Abs. 2 S. 2 BeurkG. Legt man das notarielle Vorsorgemodell als Schablone über die beiden Vertragsgerechtigkeit beeinträchtigenden Gründe von Disparität, wird die Leistung und Grenze dieses Verfahrens deutlich: Faktischer Überlegenheit kann nicht begegnet werden aber situative Unterlegenheit wird vermieden.

Hat der unerfahrene oder ungewandte Beteiligte die faktische Überlegenheit des anderen Vertragsteiles durch notarielle Belehrung, etwa zur Einseitigkeit der von dem anderen Vertragsteil gestellten Vertragsklauseln, erkannt, so ist das notarielle Instrumentarium erschöpft und eine weitergehende Inhaltskontrolle durch den Notar ausgeschlossen, aus-

⁶⁶ Die Entwurffertigung einer Privaturkunde durch den Notar ist ebenfalls Amtstätigkeit, auf die die Grundsätze der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit Anwendung finden, Seybold/Schippel/Reithmann a.a.O. FN 5) § 24 Rdnr. 2

⁶⁷ Jerschke, Die Wirklichkeit als Muster - der richtige Weg zum gerechten Vertrag, DNotZ Sonderheft 1989 S. 21 ff., 23.

genommen bei Verletzung der die Vertragsfreiheit generell begrenzenden Regeln der §§ 134, 138 BGB.

Ist ein Beteiligter situativ unterlegen und erkennt er durch notarielle Belehrung die Tragweite einer von dem anderen Vertragsteil eingeforderten Klausel, entsteht eine offene Vertragssituation, welche Disparität ausschließt.

Das Verfahren der notariellen Beurkundung filtert die Vertragsinhalte hin zur Vertragsgerechtigkeit auch dort, wo die Vertragsteile selbst auf die inhaltliche Ausgestaltung wenig Einfluss nehmen, vielmehr dem notariellen Gestaltungsvorschlag beidseitig vertrauen. Die Verpflichtung zur Unparteilichkeit verbietet es dem Notar, einseitig begünstigende oder unausgewogene Klauseln vorzuschlagen und in den Vertrag einzuführen⁶⁸.

Fremdbestimmendes Übergewicht durch faktische Überlegenheit eines Vertragsteiles manifestiert sich in wirtschaftlicher Macht, die für eine Vielzahl von standardisierten Verträgen die vertragliche Freiheit des Stärkeren durchsetzt. Die dem begegnenden zwingenden Bestimmungen des Gesetzes zum Schutz vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen stellen keine Schwächung der Gestaltungsfunktion des Notars dar: Da das notarielle Verfahren die faktische Disparität nicht beseitigt, wirken Allgemeine Geschäftsbedingungen gleichsam als materiellrechtlicher Schutzschild, welcher notarielles Verfahrensrecht ergänzt und eine Basis bietet, von der aus Vertragsgerechtigkeit im Einzelfall auch bei faktischer Überlegenheit eines Vertragsteiles gewährleistet werden kann. Der richterlichen Inhaltskontrolle ist in diesen Fällen eine notarielle Inhaltskontrolle⁶⁹ vorgeschaltet, die wegen ihrer präventiven Wirkung vorzugswürdig ist.

Das notarielle Vorsorgemodell, abgesichert durch einen Bestand von AGBs außerhalb des Individualvertrages, deckt damit diejenigen Forderungen ab, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes an den gerechten Vertrag zu stellen sind. Die Vorsorge hin zu einem gerechten Vertrag durch notarielle Gestaltung ist dabei weniger individualrechtsbeschränkend als die Nachsorge des AGB-Rechtes: Sie engt die möglichen Vertragsspielräume nicht ein, da sie zwingende aber individuell unpassende gesetzliche Regelungen nicht berücksichtigen muss. Sie ist auch rechtssicherer, denn der "rich-

⁶⁸ Seybold/Schippel/Schippel a.a.O. FN 5) § 14 Rdnr. 35 f.

⁶⁹ Heinrichs, Umsetzung der EG-Richtlinien über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen durch Auslegung, NJW 1995 S. 153 ff., 158.

tige" notarielle Vertrag ist der nachträglichen Klage auf Verletzung der Vorschriften des AGB-Gesetzes bei Vertragsabschluß vorzuziehen; diese garantiert nur im Rahmen der allgemeinen Prozessrisiken die Rechtsdurchsetzung.

c) Vertragsgerechtigkeit durch Formzwang

Das Vorsorgemodell der Rechtsgestaltung durch notarielle Beurkundung wird nur bei Inanspruchnahme durch den Rechtsverkehr wirksam. Als Verfahren erschwert es die Abschlussfreiheit⁷⁰ der Vertragsparteien, nicht aber die inhaltliche Gestaltungsfreiheit. Aus Sicht des Einzelnen wird primär die Einschränkung der Abschlussfreiheit und ihrer Kosten gesehen; Vertragsgerechtigkeit ist keine Kategorie der Vertragsparteien, sondern der Rechtsgemeinschaft. Nur sie begreift die Form als eine innere Schranke der Privatautonomie⁷¹ und erkennt den Nutzen der objektiven Zielrichtungen der Formfunktionen⁷².

Die notarielle Beurkundung ist die stärkste gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte und als einzige Form durch ihren Vorsorgecharakter auf das Ziel der Vertragsgerechtigkeit verpflichtet⁷³. Das deutsche Zivilrecht kennt die notarielle Beurkundung daher nicht nur generell als Formangebot sondern speziell als Formgebot, wo die Formfunktionen deren Inanspruchnahme indizieren. Formzwang unterliegen die vorstehenden Beispiele betreffend die vorgenommene Erbfolge durch Übertragung von Grundbesitz, in Erbrecht dort, wo vertragsmäßig bindende Verfügungen gewollt sind (Erbvertrag) nicht jedoch bei Testamenten und im Personengesellschaftsrecht; bei Verbraucherverträgen soweit sie sich auf Grundbesitz beziehen.

V. Notarielle Rechtsgestaltung in einem europäischen Rechtsbesorgungsmarkt

1. Verbraucherrecht als Speerspitze europäischer Zivilrechtsetzung

Die Nachzeichnung der bisherigen Linien notariellen Rechtsgestaltung hat die nationale Entwicklung aufgezeigt, mit Beispielen, die im Individualvertrag von der europäischen Rechtsentwicklung (noch) nicht beeinflusst sind. Lediglich der Systembruch, des durch europäische Richtlinie in das deutsche AGBG eingeführten Verbrauchervertrages wurde

⁷⁰ Häsemeyer, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, Frankfurt 1971 S. 231.

⁷¹ Häsemeyer a.a.O. FN 70 S. 168.

⁷² Sie können im öffentlichen Interesse (z. B. bei statusbegründenden Rechtsgeschäften des Familienrechtes wie etwa der Adoption) und/oder im Privatinteresse liegen, Häsemeyer a.a.O. FN 70 S. 168 ff.

⁷³ Richter a.a.O FN 20) S. 3.

aufgezeigt⁷⁴. Konkret bedeutet dies, dass K. seine Steuerungssysteme beispielsweise nicht unter Gewährleistungsausschluss zum Selbstkostenpreis in das Haus seiner Tochter T. und ihres Ehemannes einbauen kann. Gegebenenfalls wird erfolgreich der Gewährleistungsanspruch gegen K. durchgesetzt, obwohl der nur einzelfallbezogen formulierte Gewährleistungsausschluss aus gutem Grund von K. gefordert worden ist⁷⁵.

Mit den zum Verbraucherrecht vorhandenen Richtlinien⁷⁶ ist bereits heute ein eigenständiges europäisches Verbraucherrecht entstanden, das die gewachsenen Schuldrechte der Mitgliedsstaaten erheblich verändert. Neu und einschneidend sind

- die personale Anknüpfung von Rechtsfolgen an den Verbraucherbegriff,
- die gesetzliche Normierung eines detaillierten, zwingenden Vertragsinhaltes,
- eine ausufernde Schriftform, verstanden als Verbraucherinformation und
- die Einschränkung des Vertragsbindungswillens durch Widerrufs- oder Rücktrittsrechte.

Begreift man diese dem deutschen Recht bisher fremden Anknüpfungen als Modell für ein neues europäisches Schuldrecht⁷⁷, so bleibt für notarielle Gestaltung künftig wenig Raum; die ab-

⁷⁴ (oben Ziffer II. 2)

⁷⁵ Nach § 11 Nr. 10 AGBG ist ein Gewährleistungsausschluss bei neu hergestellten Sachen unwirksam, es sei denn, er ist einzelvertraglich vereinbart. Da hier ein Verbrauchervertrag im Sinne der EG-Richtlinie 93/13 und damit des § 24 a AGBG vorliegt, sind die vorformulierten Vertragsbedingungen auf dann anzuwenden, wenn sie nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind.

⁷⁶ Eine Zusammenstellung der Richtlinien zum Verbraucherrecht gibt Reich, a.a.O. FN 14) S. 541 ff; die wichtigsten Richtlinien zum Vertragsrecht sind:

- Richtlinie 85/577/EWG vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen,
- Richtlinie 87/102 EWG vom 22.12.1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit,
- Richtlinie 90/314 EWG vom 13.06.1990 über Pauschalreisen,
- Richtlinie 93/13 EG vom 05.04.1993 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen,
- Richtlinie 94/97 EG vom 26.10.1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien,
- Richtlinie 97/7 EG vom 20.05.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen mit Fernabsatz
- Richtlinie 1999/44 EG vom 07.07.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter,
- Richtlinie 2000/35 EG vom 29.06.2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr.

schließenden Regelungen unterwerfen beide Vertragspartner derart rigoros, dass einzel-fallbezogene Gestaltungen ausgeschlossen sind. Im einzelnen:

Der Verbraucherbegriff des Gemeinschaftsrechtes gibt die dem deutschen Schuldrecht bisher bekannten sachbezogenen Differenzierungen⁷⁸ auf zu Gunsten einer generell personalen Anknüpfung, mit der die "andere Seite" des Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs, also die in dem gemeinsamen Markt entstandenen größeren aber auch gefahrvolleren Möglichkeiten des Einzelnen, abgedeckt werden soll⁷⁹. Neben der besonderen "positiven" Anknüpfung des deutschen Schuldrechtes an Handelsgeschäfte, läßt die "negative" Anknüpfung an Verbrauchergeschäfte die Bedeutung der "normalen" Rechtsgeschäfte schwinden. Das Vertragsrecht wird aufgespalten wegen der höchst unterschiedlichen Rechtsfolgen, welche sich aus dem Vorliegen oder Nichtvorliegen der personalen Einknüpfung ergeben, insbesondere hinsichtlich der freien Widerruflichkeit⁸⁰ eines ansonsten mit Abschluss wirksamen Vertrages.

Noch fragwürdiger als die personale Anknüpfung - der Verbraucherbegriff ist höchst umstritten und widersprüchlich⁸¹ - ist die zwingende inhaltliche Ausgestaltung der Verbraucherverträge. Vorausgesetzt wird, dass komplexe Sachverhalte, wie etwa das Time-Sharing, inhaltlich fassbar und mit Gültigkeitsanspruch regelbar seien. Wie wenig dies

⁷⁷ Hondius, Consumer Guarantees: Towards a European Sale of Goods Act, 1996, sah bereits 1996 in den Verbraucher-Richtlinien den Kern eines europäischen Kaufrechtes; derselbe, Consumer Law and Private Law: the Case for Integration, in Schriftenreihe der Europäischen Rechtsakademie Trier, Band 25 199, S. 19 ff., 22 f., Remien, Denationalisierung des Privatrechtes in der Europäischen Union? - Legislative und gerichtliche Wege, ZfRV 1995 S. 116 ff., 122 diskutiert Modelle zu einem europäischen Obligationenrecht oder Wirtschaftsgesetzbuch. Einen systematischen europäischen Ansatz sieht auch Hoffmann, Analyse der europäischen Rechtsetzungstechniken im Bereich des Vertragsrechts aus Sicht der Europäischen Kommission, in Schriftenreihe der Europäischen Rechtsakademie Trier, Band 25 1999, S. 39 ff., 48.

⁷⁸ Etwa die Anordnung bestimmter Rechtsfolgen bei Vorliegen eines Handelsgeschäftes, §§ 343 ff. HGB, welche die Kaufmanns-Eigenschaft im Sinne des Handelsgesetzbuches voraussetzen.

⁷⁹ Vgl. Reich a.a.O. FN 14) S. 64 f.; Hoffmann a.a.O. FN 77) S. 42 f.

⁸⁰ Ein Widerrufs- oder Rücktrittsrecht kennen die Richtlinien betreffend Haustürgeschäfte, Pauschalreise, Time-Sharing und Fernabsatz, bei deren Umsetzung in das deutsche Recht ein Widerrufsrecht für Verbraucher in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen wurde, § 361 a BGB. Damit hat das Verbraucherprivatrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch erstmals eine feste Struktur erhalten, wobei auch der Verbraucher- und Unternehmerbegriff in den §§ 13 und 14 BGB definiert wurden, hierzu Bülow/Artz, Fernabsatzverträge und Strukturen eines Verbraucherprivatrechtes im BGB, NJW 2000, S. 2049 ff.

⁸¹ Reich, a.a.O. FN 14) S. 64 f.; Hoffmann a.a.O. FN 77) S. 42 f.; Hommelhoff, Zivilrecht unter dem Einfluss europäischer Rechtsangleichung, AcP 192 S. 71 ff., 86 f., 93 f.

gelingt, belegen Formulierungen wie z.B. die geforderte "Schätzung des Betrages, den der Erwerber für die Nutzung einer gemeinsamen Einrichtung oder Dienstleistung zu zahlen hat"⁸², wobei diese Schätzung offenbar nicht einmal angemessen sein muss, wie die in Anhang d 2 zu Artikel 4 der Richtlinie ausdrücklich angeordnete "angemessene Schätzung" der Frist für die Fertigstellung der Immobilie zeigt.

Die im Verbraucherschutzrecht bevorzugte Schriftform ist zur Sicherung des Beweises des Vertragsinhaltes der Zulassung von formlosen Verträgen vorzuziehen. Erhebliche Zweifel bestehen jedoch an der Verwirklichung des Zieles der Verbraucherinformation durch Schriftform⁸³. Das Informationsparadigma des Verbraucherschutzrechtes⁸⁴ mag vor falschen oder täuschenden Informationen schützen und klare, verständliche Vertragsklauseln einfordern; die Wahrnehmung des Informationsgehaltes des Vertragstextes garantiert die schriftliche Information ebenso wenig wie das Erkennen der Bedeutung der Information und ihrer möglichen Rechtsfolgen, etwa bei Vertragsstörungen.

Schließlich enthalten die meisten Richtlinien Widerrufs- oder Rücktrittsrechte, deren rechtspolitischer Zweck ursprünglich die Ausschaltung eines Überraschungsmomentes beim Vertragsabschluß war⁸⁵. Anknüpfend an diesen Gedanken ist die Einräumung einer generellen Überlegungsfrist⁸⁶ als wünschenswert angesehen worden, unabhängig von den Modalitäten des Zustandekommens des Vertrages. Preis ist eine erheblichen Rechtsunsicherheit⁸⁷, etwa bei zwischenzeitlichen Vorleistungen des Verbrauchers, welche dann im

⁸² Anhang i zu Artikel 4 der Richtlinie, a.a.O. FN 76); zu Recht äußert daher Martinek, dass neue Teilzeit-Wohnrechtgesetz - missratener Verbraucherschutz bei Time-Sharing-Verträgen-, NJW 1997 S. 1393 ff., 1396, erhebliche Bedenken an Form und Inhalt der gesetzlichen Regelungen zum Time-Sharing; zu Recht vertritt Hofmeister, Rechtssicherheit im Verbraucherschutz - Form im nationalen und europäischen Recht - , DNotZ Sonderheft 1993, S. 32 ff., 43, die These, dass der "repressive" Verbraucherschutz bei komplexen Rechtsverhältnissen einem "präventiven" Verbraucherschutz durch Form und fachmännische Beratung unterlegen ist.

⁸³ Wolfsteiner, Rechtssicherheit im Verbraucherschutz - Form im nationalen und europäischen Recht - , DNotZ Sonderheft 1993, S. 21 ff., 24.

⁸⁴ Reich, a.a.O. FN 14) S. 304 ff.

⁸⁵ Typisches Beispiel ist das Rücktrittsrecht in Art. 5 der Richtlinie vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, vgl. FN 76).

⁸⁶ Reich, a.a.O. FN 14, S. 357; Limmer a.a.O. FN 61) S. 31.

⁸⁷ Drobnič, Neue rechtliche Konzepte für den europäischen Verbraucherschutz, in Neues europäisches Vertragsrecht und Verbraucherschutz 1999, S. 201 ff., S. 205 spricht von den Rücktrittsrechten als "Unsicherheits- und Störfaktor".

Klagewege nach Ausübung des Rücktrittsrechtes geltend gemacht werden müssen oder bei verbundenen Geschäften, wie Kreditvertrag und Bauträgervertrag.

Eine zusätzliche Staffelung⁸⁸ der Rücktrittsrechte, die an die Nichteinhaltung bestimmter Mindestangaben im Vertrag geknüpft ist, verkompliziert die Rechtslage weiter. Fehlt etwa in einem Time-Sharing-Vertrag die oben zitierte Schätzung des Betrages, den der Erwerber für gemeinsame Einrichtungen oder Dienstleistungen zu zahlen hat, so verlängert sich das Rücktrittsrecht von zehn Tagen auf drei Monate, wobei völlig offen bleibt, ob dies der Verbraucher anfänglich weiß oder vor Fristende mit einiger Wahrscheinlichkeit erkennt. Warum überhaupt die Rücktrittsfrist verlängert wird, wo doch die Schätzung nicht einmal "angemessen" sein muss, bleibt ohne jede gesetzliche Begründung.

Der Gebrauch der Rücktrittsrechte in der Rechtswirklichkeit wurde bis heute nicht empirisch untersucht. Es verwundert, dass der europäische Richtlinienggeber auf ein Instrument setzt, dessen Wirksamkeit nicht nachgewiesen ist, obwohl eine rechtstatsächliche Studie aufgrund des langjährigen Bestehens des Widerrufsrechtes, etwa bei Haustürgeschäften, möglich wäre.

Der Einschränkung notarieller Gestaltung durch das Verbraucherschutzrecht dürfte künftig ein neuer Gestaltungsbedarf in Anwendung dieses Rechtes folgen:

Zunächst beim "Altern" der neuen Vertragstypen. Im Verbraucherschutzrecht werden eng abgegrenzte Vertragsverhältnisse normiert, welche aus einer bei dem Richtlinienerlass gegebenen Problemlage⁸⁹ entwickelt sind. Verändert sich der wirtschaftliche Hintergrund, muss die Vertragspraxis entweder die Anwendbarkeit der Richtlinie verneinen oder die Anpassung einzelner Klauseln vorschlagen. Welche Möglichkeiten angesichts des zwingenden Richtlinieninhaltes hier künftig bestehen, wird in ersten Linie von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes abhängen.

Gestaltung ist weiter gefragt bei der Kombination von Verbraucherschutzvertrag und sonstigem Vertrag soweit nicht gesetzliche Regelungen die Rechtsfolgen bei Ausübung

⁸⁸ s. FN 80); eine zeitliche Staffelung enthält etwa Art. 5 der Time-Sharing-Richtlinie, wo unterschiedliche Rücktrittsfristen an die Nichteinhaltung einzelner, im Anhang zur Richtlinie enthaltener Mindestangaben gekoppelt sind. Hierzu im einzelnen Martinek in Grabitz/Hilf Band 2 A 13 Rdnr. 172 ff.

⁸⁹ s. Hoffmann a.a.O. FN 77) S. 48.

des Widerrufsrechts auf das verbundene Rechtsgeschäft regeln⁹⁰. Hat etwa der Time-Sharing-Verkäufer im Zusammenhang mit dem Verbrauchervertrag weitere Leistungen übernommen, wie z. B. den Ankauf einer Immobilie des Verbrauchers, müssen die Folgen der Ausübung des Verbraucherrücktrittsrechtes auf den weiteren Vertrag gestaltet werden.

2. Zunehmende Komplexität der Konfliktlösung

Der Standardisierung durch das Verbraucherschutzrecht diametral entgegengesetzt ist der Befund zunehmender Komplexität der Konfliktlösung⁹¹ fassbar als Streitvermeidung, außergerichtliche Streitentscheidung und die Sonderform der Streitschlichtung durch Mediation.

Vertragsrecht als Instrument der Streitvermeidung hat das Steuerrecht mit einzubeziehen, welches teilweise die Triebfeder für wirtschaftliche Dispositionen geworden ist⁹², aber auch die zivilrechtlich gewünschte Gestaltung einschränkt oder gar unmöglich macht. So wird K. den Umfang der Übertragung auf T. im Weg der vorweggenommenen Erbfolge von der Höhe einer etwa anfallenden Erbschaftssteuer abhängig machen und vor der Rechtsformwahl der zu gründenden Gesellschaft mit S. einen Steuerbelastungsvergleich anstellen. Die notarielle Gestaltung wird daher zunehmend die steuerrechtlichen Folgen zu integrieren oder nicht überbrückbare Wertungswidersprüche zwischen zivil- und steuerrechtlicher Vertragsfolge aufzudecken haben.

Zunehmende Komplexität im Vertragsrecht ist nicht auf das Verfahren bis zum Vertragsabschluß beschränkt; sie setzt sich fort in der Vertragsabwicklung, insbesondere bei registergebundenen Rechtsgeschäften betreffend Immobilien und Gesellschaften⁹³. Ur-

⁹⁰ § 9 Verbraucherkreditgesetz löst die Verbindung von Kaufvertrag und Verbraucherkreditvertrag dahingehend, dass der Widerruf des Kreditvertrages die Bindung an den Kaufvertrag aufhebt. Zu den durch das Richtlinienrecht entstehenden Probleme für die Beurkundungspraxis Kaufhold, Verbraucherschutz durch europäisches Vertragsrecht - materielle und institutionelle Bezüge zur notariellen Praxis, DNotZ 1998 S. 254 ff.

⁹¹ Wagner, a.a.O. FN 25) S. 89 ff; Richter, Bericht vom Belgischen Notariatskongress 1999, ZNOTP 2000, Seite 156 f.

⁹² Etwa bei den Bauherrenmodellen, bei denen vorformulierte Vertragsbündel dem Erwerber die steuerlichen Vorteile eines Bauherren sicheren wollten, ohne ihn dessen Risiken tragen zu lassen, vgl. Schmidt/Drenseck, EStG 19. Aufl. 2000, § 21 Rdnr. 110 f.

⁹³ Als aktuelle Beispiele seien die Euroumstellung von Kapitalgesellschaften und das neue Firmenrecht nach der Reform des Handelsgesetzbuches genannt.

kundsabwicklung bedarf daher eines Vollzugsmanagements, das alle von dritter Seite zu erbringenden vertragsrelevanten Erklärungen mit einbindet und die Rechtsuchenden von eigenen Abwicklungshandlungen entlastet. Rechtsgestaltung bedeutet hier die Einbeziehung des Vollzugs und etwaiger Vollzugshindernisse⁹⁴ als Wegweiser zu einer sicheren Vertragsabwicklung.

Streitschlichtung wird angesichts des Drucks zur Justizentlastung⁹⁵ zu neuen notariellen Rechtsgestaltungen im vertragsnahen Umfeld führen. Insbesondere die Mediation thematisiert klassische notarielle Funktionen in einem neuen Gewand: Die dem angelsächsischen Rechtskreis fehlende Rolle des institutionell abgesicherten unparteiischen Mittlers wird als "Mediator" erfunden samt seinem Verfahren, welches dem notariellen Beurkundungsverfahren im Grundsatz entspricht⁹⁶ und in dem Ziel der Einigung durch Vertrag mündet.

Eine weitere Facette der Konfliktlösung hat § 15 a EGZPO eröffnet, indem er den Bundesländern die Möglichkeit gibt, eine obligatorische außergerichtliche Streitschlichtung in bestimmten Zivilsachen einzurichten, welche die Durchführung von Güteverfahren als Prozessvoraussetzung anordnet. Der bayerische Gesetzgeber hat in dem Bayerischen Schlichtungsgesetz vom 25.04.2000 neben interessierten Anwälten alle Notare des jeweiligen Landgerichtsbezirks zu Gütestellen bestimmt⁹⁷.

Auch die dem Notar ausdrücklich offenstehende⁹⁸ außergerichtliche Streitentscheidung, kann zu neuen notariellen Rechtsgestaltungen beitragen, denn sie ist getragen vom Gedanken der Schlichtung⁹⁹, dem in dem Statut des Schlichtungs- und Schiedsgerichtshofes deutscher Notare Vorrang eingeräumt wurde.

⁹⁴ Beispiel: die Art der Kennzeichnung einer noch nicht vermessenen Teilfläche in einer Kaufvertragsurkunde kann über deren Vollzugsfähigkeit entscheiden, vgl. BGH, DNotZ 2000 S. 121 ff.

⁹⁵ Wagner a.a.O. FN 25), S. 36.

⁹⁶ Wagner a.a.O. FN 25), S. 101 m.w.N.

⁹⁷ Art. 5 Abs. 1 Bayerisches Schlichtungsgesetz; andere Bundesländer haben die obligatorische Streitschlichtung dem Notariat nicht übertragen, hierzu Schwarzmann "Mediation und Streitschlichtung" als Thema des 51. Deutschen Anwaltstages in Berlin, MittBayNot 2000 S. 64 ff., 65.

⁹⁸ § 8 Abs. 4 BNotO.

⁹⁹ Wolfsteiner, Der Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof deutscher Notare (SGH), Notar 1999 S. 115 ff., 116; Wegmann, Der Schlichtungsgedanke im Statut des SGH, Notar 1999 S. 122 ff., passim.

Der elektronische Vertragsabschluß als neues Medium¹⁰⁰ muss von den Notaren derart aufgenommen und eingesetzt werden, dass er das notarielle Verfahren und die Urkunde als Abschluss desselben, nicht qualitativ verändert, da ansonsten die Besonderheiten notarieller Gestaltung verloren gehen. Risiken liegen hier weniger in der Technik der Beurkundung und der Art der Dokumentation des Ergebnisses, als in der Sicherung des Vertragswillens der Beteiligten¹⁰¹ und der Kontrolle durch den Notar, ob Hinweise oder Belehrungen von den Parteien tatsächlich verstanden worden sind.

3. Der Nutzen notarieller Rechtsgestaltung für den Rechtsbesorgungsmarkt

Standardisierung und Komplexität - diese Gegenpole zeichnen sich für den europäischen Rechtsbesorgungsmarkt als bestimmend ab. Standardisierung dort, wo der europäische Rechtsetzer mit Verordnungen oder Richtlinien die gewachsenen Zivilrechtsstrukturen hinwegfegt; Komplexität in den Nischen der Individualverträge, vor allem im Erb- und Familienrecht und - möglicherweise mit Einschränkungen - im Gesellschafts- und Immobilienrecht, sowie in den vertragsnahen Bereichen der Streitschlichtung und außergerichtlichen Streitentscheidung. Der Nutzen für den Markt wird künftig darüber entscheiden, ob notarielle Gestaltung nachgefragt wird vom Einzelnen und von der den rechtlichen Rahmen setzenden Rechtsgemeinschaft.

Notarielle Gestaltung bedeutet Vorsorge vor Vertragsabschluß durch Beratung und Belehrung; die Berücksichtigung des Subjektiven ist deren Kern. Notarielle Gestaltung ist mit Kosten verbunden und zeigt sich nachprüfbar nur dort dem formschwächeren Vertrag überlegen, wo die fehlende Vorsorge zum Streit über das Vertragsverhältnis führt. Auf die Wahrnehmung des notariellen Gestaltungsangebotes im Vertragsrecht durch die Parteien kommt es nicht an, soweit sie durch Formgebote zur notariellen Beurkundung angehalten werden.

Ohne Formgebote ist notarielle Gestaltung davon abhängig, dass die aus ergebnisorientierter Sicht der Beteiligten bestehenden Vorteile der öffentlichen Urkunde erkannt werden. Hingegen ist die unabhängige und unparteiliche Rechtsgestaltung durch den Notar, also dessen Angebot an den Markt, als solche kein Argument zur Inanspruchnahme der

¹⁰⁰ Erber-Faller, Perspektiven des elektronischen Rechtsverkehrs, MittBayNot 1995, S. 182 ff, 187 f; Kindl, Elektronischer Rechtsverkehr und digitale Signatur, MittBayNot 1999 S. 29 ff.

¹⁰¹ Wolfsteiner a.a.O. FN 99) S. 32.

notariellen Dienstleistung für den Verbraucher; er dürfte eher denjenigen Berater in Vertragsangelegenheiten suchen, der ausschließlich seinen Interessen zur Durchsetzung verhilft. Lediglich die geringeren Kosten bei Inanspruchnahme nur eines Rechtsdienstleisters mögen die Entscheidung für die Einschaltung eines Notars anstatt zweier Rechtsanwälte beeinflussen. Trotz divergierender Schutzzwecke und Tätigkeiten¹⁰² sei hier auf die Parallele zu dem Beruf des Wirtschaftsprüfers hingewiesen. Dessen im öffentlichen Interesse ausgeübte Prüfungstätigkeit ist gesetzlich zwingend angeordnet, ausgenommen kleine Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften, § 316 HGB, und wird bei Freiwilligkeit nur aus einzelfallbezogenen Nützlichkeitsabwägungen in Anspruch genommen.

Aus Sicht der Rechtsgemeinschaft, also unter der Prämisse einer notwendigen und verhältnismäßigen Regulierung des Marktes, bedarf das besondere Ergebnis notarieller Gestaltung - die öffentliche Urkunde - mit ihren Rechtswirkungen sofortige Vollstreckbarkeit und erhöhte Beweiskraft einer Rechtfertigung, welche aus der Art des Marktangebotes¹⁰³ folgt: Nur wegen der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars und seinem darauf aufbauenden Verfahren, das situative Unterlegenheit durch Beratung und Belehrung ausgleicht, rechtfertigt sich der besondere Charakter der öffentlichen Urkunde und ihrer europaweiten Anerkennung als Vollstreckungsgrundlage nach Art. 50 EuGVÜ¹⁰⁴. Es ist damit Aufgabe der Rechtsgemeinschaft, im Rahmen der Regulierung des europaweiten Rechtsbesorgungsmarktes zu entscheiden, welcher Stellenwert dem notariellen Rechtsdienstangebot zukommt, wobei Formzwang oder Formfolgen als Anreiz für die Inanspruchnahme durch die Marktteilnehmer in Frage stehen.

Im europäischen Rahmen kann die Forderung nach Formzwang durch notarielle Beurkundung schwerlich erhoben werden, da ein Notariat lateinischer Prägung nicht in allen EU-Staaten existent ist; es ist jedoch möglich, an die notarielle Beurkundung Formfolgen zu knüpfen, welche das starre bisherige Richtlinienensystem mit seiner Ausschaltung jeglicher individueller Vertragsfreiheit aufbrechen. Dies setzt voraus, dass der europäische Richtliniengeber im Vertragsrecht, auch im Verbraucherschutzrecht, auf zwingende Vertragsinhalte zugunsten vorvertraglicher Prävention durch notarielle Beurkundung ver-

¹⁰² siehe FN 22)

¹⁰³ siehe oben III. 1

¹⁰⁴ Hellge, Europäische Perspektiven für nationale Notariate, Österreichische Notariatszeitung 2000, S. 1 ff., 3.

zichtet, wobei die faktische Überlegenheit eines Vertragsteils durch die schützenden Regeln des AGB-Rechtes vermieden wird.

Ein Verbraucherrecht, welches sich dieser Möglichkeiten nicht bedient und ausschließlich auf zwingendes Recht, schriftliche Information und Rücktrittsrechte setzt, läßt künftig eine Verarmung der Rechtskultur befürchten¹⁰⁵. Aufgrund ihres auf Prävention angelegten Verfahrens, bei Gewährung des nötigen Raumes für rechtliche Gestaltung, könnte die notarielle Beurkundung als Formangebot insbesondere die stereotypen und Rechtsunsicherheit schaffenden¹⁰⁶ Rücktrittsrechte ersetzen. Dabei ist nach der Art der in den Verbraucherschutz einbezogenen Sachverhalte zu unterscheiden; niemand wird ernsthaft die Beurkundung des Haustürgeschäftes fordern. Gegenstand der notariellen Beurkundung können vor allem Sachverhalte sein, welche schwierige und vollzugsintensive Rechtsverhältnisse regeln (z. B. Time-Sharing) oder langfristige Bindungen erwarten lassen (z. B. Verbraucherkredit). Im übrigen sollten notariell beurkundete Verträge, auch soweit sie Richtlinienrecht nur berühren, etwa das Vorliegen eines Fernabsatzsachverhaltes im Rahmen des notariell beurkundeten Vorgangs, von der ansonsten geltenden Vertragssteuerung des Richtlinienrechtes ausgenommen werden.

Die Forderung nach Öffnung des europäischen Verbraucherrechtes für Rechtsgestaltung durch notarielle Beurkundung gewinnt Aktualität vor dem Hintergrund der mehr und mehr erkannten Notwendigkeit, das uneinheitliche Richtlinienrecht samt der höchst unterschiedlichen Fristen und Bedingungen für die Ausübung von Widerrufs- oder Rücktrittsrechten, zu reformieren und in einem einheitlichen Verbraucherrecht neu zu kodifizieren¹⁰⁷. Wegen dem jüngst verstärkten Nachdenken über ein eigenständiges europäisches Vertragsrecht¹⁰⁸ geht es, über den verbraucherrechtlichen Ansatz hinaus, generell darum, dem Formangebot durch notarielle Beurkundung Modellcharakter für ein europäisches Vertragsrecht zu geben. Es wird daher darauf ankommen, den europäischen Richt-

¹⁰⁵ Die Überlegenheit der notariellen Beurkundung gegenüber den Vertragssteuerungsmechanismen Information und Rücktrittsrecht betont Drobnič, a.a.O. FN 87), S. 205.

¹⁰⁶ Drobnič, a.a.O. FN 87) S. 205.

¹⁰⁷ Limmer a.a.O. FN 61) S. 32; Drobnič a.a.O. FN 87) S. 207.

¹⁰⁸ Anhörung im Rechtsausschuss des Europäischen Parlamentes vom 21.11.2000, Annäherung des Zivil- und Handelsrechtes der EU-Mitgliedsstaaten, Berichtersatter Klaus-Heiner Lehne; eine wissenschaftliche Diskussion über ein "Marktprivatrecht" hat längst begonnen, Hommelhoff a.a.O. FN 81 S. 105; Zimmermann, Konturen eines europäischen Vertragsrechtes, JZ 1995 S. 477 ff. passim; Micklitz, Ein einheitliches Kaufrecht für Verbraucher in der EG? EuZw 1997 S. 229 f. passim; Drobnič in Festschrift für Ernst Steindorf 1990, Ein Vertragsrecht für Europa S. 1140 ff. passim.

liniengeber davon zu überzeugen, dass anstelle von zwingender Vertragssteuerung die notarielle Beurkundung des Vertrages tritt, mit dem Vorteil einer Prävention, welche das sichere Verstehen des Vertragsinhaltes gewährleistet und - gestützt durch Allgemeine Geschäftsbedingungen - in Vertragsgerechtigkeit mündet.

4. Zur Notwendigkeit eines europäischen Beurkundungsverfahrensrechtes

Nützlich ist dem Rechtsbesorgungsmarkt die notarielle Vorsorge nur, sofern europaweit die notarielle Beurkundung tatsächlich Vertragsgerechtigkeit gewährleistet. Dazu muss sichergestellt sein, dass der Notar unabhängig und unparteilich agiert, also eine Interessenverflechtung mit anderen Teilnehmern des Rechtsbesorgungsmarktes entweder ausgeschlossen oder so beschränkt wird, dass sie die konkrete Fallbearbeitung nicht beeinträchtigt. Weiter muss das notarielle Verfahren europaweit auf die Herstellung von Vertragsgerechtigkeit durch vorsorgende Beratung und Belehrung verpflichtet werden¹⁰⁹. Ohne die einheitliche Gewährleistung elementarer Verfahrensgrundsätze, welche dem europäischen Richtliniengeber als sicheres Instrument zur Herstellung der Vertragsgerechtigkeit erscheinen, wird es keine europäische Anerkennung für das Beurkundungsverfahren geben; die rechtsgestaltende Funktion des Notars wird mit der Europäisierung weiterer Rechtsgebiete des Zivilrechtes schwinden.

Das notarielle Produkt im Markt, die nationale öffentliche Urkunde, muss daher insofern europäische Urkunde werden, als ihre Entstehung zu sichern ist durch ein europäisches Beurkundungsverfahrensrecht. Neben institutionellen Bestandteilen, der Wahrung notarieller Unabhängigkeit und Unparteilichkeit, sind diejenigen Elemente des Beurkundungsverfahrens zu regeln, welche der Durchsetzung von Vertragsgerechtigkeit dienen: Vorsorgende Beratung und Belehrung.

Im Hinblick auf die Strukturen und die Aufgabenvielfalt der unterschiedlichen Notariate in Europa kann es nicht darum gehen, mit dem Vorschlag eines europäischen Beurkundungsverfahrensrechtes eine Vollharmonisierung des Notariates zu fordern. Ziel kann nur sein, ein einheitliches Beurkundungsverfahren für jegliche Verträge in der Europäischen Union als Mindeststandard, also in Rechtsform der Richtlinie, zu installieren, mit den erwarteten Auswirkungen, welche dieses Formangebot bei weiterer Europäisierung des

¹⁰⁹ in der Landessprache des Rechtsuchenden, was durch Übersetzung des Vertragstextes zu sichern ist.

Vertragsrechtes auf künftige Gesetzgebungsverfahren haben wird - und mit einem europafreundlichen Angebot an den Rechtsverkehr als "neues" europäisches Beurkundungsverfahren.

Zu einer Vollharmonisierung des Beurkundungsverfahrens, nicht nur bezogen auf das für den gemeinsamen Markt wesentliche Vertragsrecht, würde der Europäischen Union die Kompetenz fehlen¹¹⁰. Allerdings wird bei der Frage der Kompetenzeröffnung für ein europäisches Vertragsrecht Art. 95 EGV (Amsterdam) mittlerweile mit aussichtsreicher Begründung angeboten¹¹¹. Die immer enger werdende europäische Verflechtung erfordert in immer größerem Umfang die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten¹¹², da die punktuelle Legislation im Bereich des Vertragsrechtes das Funktionieren des Binnenmarktes nicht mehr garantieren kann.

Zum Vertragsrecht gehören jegliche Formfragen¹¹³ und damit auch jene berufsrechtlichen Strukturen (Unabhängigkeit und Unparteilichkeit) die untrennbar mit den Zielen¹¹⁴, der die Formanordnung dient, verbunden sind.

Das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 EGV (Amsterdam) steht einem europäischen Vertragsrecht nicht entgegen, da eine einheitliche Vertragsrechtsordnung als Binnenmarktziel unter diejenigen Ausnahmen fällt, die "auf der Ebene der Mitgliedsstaaten nicht ausreichend erreicht werden können", Art. 5 EGV (Amsterdam)¹¹⁵.

¹¹⁰ Im Hinblick auf Art. 45 EGV (Amsterdam) steht die Ausübung öffentlicher Gewalt durch den Notar einer grundsätzlichen Regelung des Beurkundungsverfahrens entgegen. Möglich sein dürfte allerdings die auf Vertragsrecht beschränkte Regelung, sofern sie nicht die Frage der sofortigen Vollstreckbarkeit notarieller Urkunden tangiert.

¹¹¹ Basedow, *Un droit commun des contrats pour le marché commun*, *Revue International De Droit Comparé* 1998 S. 7 ff., 22 sieht für ein Europäisches Vertragsrecht in Art. 95 EGV (Amsterdam) eine eindeutige Kompetenzeröffnung; vergl. auch Schwarze/Herrfeld, *EU-Kommentar*, 2000, Art. 95 EGV Rdnr. 12, 22 f.; von der Groeben/Bardenhewer/Pipkorn, *Kommentar zum EU-Vertrag*, Band 2, 5. Aufl. 1999, Art. 100 a Rdnr. 27.

¹¹² Richter, *Der Notar im Recht der europäischen Gemeinschaften*, *MittBayNot Sonderheft* 1990 S. 20 ff., 25; Hommelhoff, a.a.O. FN 81) S. 73.

¹¹³ Häsemeyer, a.a.O. FN 70) S. 267 f.

¹¹⁴ Häsemeyer, a.a.O. FN 70) S. 168 f.

¹¹⁵ Basedow, a.a.O. FN 111) S. 17 ff.; Müller-Graf, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht*, *NJW* 1993 S. 13 ff., 17 betont die Bedeutungslosigkeit des Subsidiaritätsprinzips bei binnenmarktrechtlichen Rechtsangelegenheiten; Seidel in *Mindestharmonisierung im Binnenmarkt*, 1996, Stellungnahme S. 68 ff.; 79 weist darauf hin, dass die Gestaltungshoheiten der Europäischen Gemeinschaft betreffend den Binnenmarkt "nicht minimal, sondern funktionsadäquat" seien; gegen eine

Die europäischen Notariate haben mit dem Code Européen de Déontologie Notariale¹¹⁶, der mittlerweile von fast allen Notariatsorganisationen ratifiziert worden ist, einen Anfang gewagt¹¹⁷. Die dort enthaltenen Regeln könnten, ergänzt um präzise Mindeststandards für das Beurkundungsverfahren, zum Inhalt einer Richtlinie gemacht werden, welche Basis für die Berücksichtigung der notariellen Beurkundung bei künftigen legislativen Maßnahmen des europäischen Gesetzgebers wäre.

Bedenken gegen eine Harmonisierung auf möglicherweise niedrigerem Niveau, als den Verfahrensordnungen zur Beurkundung in einzelnen Ländern, ist entgegen zu halten, dass strengere Regeln als der Richtlinienstandard erlaubt wären. Was Schippel¹¹⁸ für die Déontologie Notariale festgestellt hat, würde auch für eine Richtlinie über das europäische Beurkundungsverfahren gelten: "Sie schärft bei allen Mitgliedern den Blick für die bestmögliche Verfassung des Notariats und kann vielleicht sogar mit größerer Wahrscheinlichkeit als dem Sog nach unten die Überzeugung wecken, dass das Notariat in Europa seine Aufgabe nur dann erfüllen und damit seinen Bestand nur dann gewährleisten kann, wenn es seine Berufspflichten auf sehr hohem Standard selbst harmonisiert."

Nischendasein oder breite aktive Gestaltung des Vertragsrechtes durch den Notar - diese Alternativen werden auf europäischer Ebene entschieden. Chancen für künftige Rechtsgestaltung im Wege notarieller Prävention wird es nur geben mit einem europäischen Notarverfahrensrecht, das Vertragsgerechtigkeit absolut gewährleistet. Vorstellbar wird dann eine Novelle der Richtlinie zum Time-Sharing, die anordnet, dass bei notarieller Beurkundung des Vertrages, unter Einhaltung essentieller Vertragsbestandteile, welche für diesen Vertragstyp AGB-Charakter haben, Widerrufs- oder Rücktrittsrechte entfallen, Rechtssicherheit und vertragliche Bindung bei Vertragsabschluß eintreten, weitere Dispositionen der Beteiligten nach Vertragsabschluß daher nicht gefährdet und Streitigkeiten über den Vertrag vermieden werden.

Einheitslösung Stürmer, Die notarielle Urkunde im europäischen Rechtsverkehr, DNotZ 1995, S. 343 ff., 356.

¹¹⁶ Europäischer Codex des notariellen Standesrechtes vom 03./04.02.1995, DNotZ 1995 S. 329 ff.

¹¹⁷ Schippel, Der europäische Codex des notariellen Standesrechtes, DNotZ 1995 S. 334 ff. 342.

¹¹⁸ Schippel, a.a.O. FN 117) S. 343.

VI. Thesen

1. Notarielle Rechtsgestaltung bezieht sich auf Rechtsgeschäfte. Sie setzt Vertragsfreiheit als Gestaltungsraum voraus.
2. Unabhängigkeit und Unparteilichkeit sind die funktionalen Merkmale notarieller Rechtsgestaltung im Rechtsbesorgungsmarkt. Sie rechtfertigen Vertragsvorsorge als eine spezifische Rechtsdienstleistung des Notars.
3. Im deutschen Sachrecht läßt sich die rechtsgestaltende Funktion des Notars eindrucksvoll nachweisen im Schuldrecht, Gesellschaftsrecht, Erbrecht und Familienrecht.
4. Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit schließen sich nicht aus, sofern Disparität als faktische Überlegenheit oder situative Unterlegenheit eines Vertragsteiles vermieden werden. Vertragliche Vorsorge durch den Notar beseitigt situative Unterlegenheit.
5. Gesetzliche Schranken der Vertragsfreiheit, welche an das "Stellen" von Vertragsbedingungen durch einen Vertragsteil anknüpfen und damit zu einer richterlichen Inhaltskontrolle führen, vermeiden faktische Unterlegenheit eines Vertragsteiles.
6. Notarielle Beurkundung, als zur Vertragsgerechtigkeit führende Vorsorge durch "innere" auf den Vertragsinhalt bezogene Form, erübrigt die Einschränkung von Vertragsfreiheit durch zwingende gesetzliche Vertragssteuerung und ermöglicht subjektive Gestaltungen. Formfolge sollte das Recht der Vertragsteile sein, den Vertragsinhalt frei zu gestalten und die Vertragsbindung mit Rechtsgeschäftsabschluss herbeizuführen.
7. Das notarielle Verfahren zur Herstellung von Vertragsgerechtigkeit legitimiert die rechtsgestaltende Funktion des Notars im Vertragsrecht. Die Europäisierung der Vertragsrechtsordnungen der Mitgliedstaaten erfordert ein europäisches Beurkundungsverfahren zur Sicherung der rechtsgestaltenden Funktion des Notars.