

German Working Papers in Law and Economics

Volume 2001

Paper 7

Das Notariat im Spannungsfeld von
überliefertem Rechtsstatus und
wirtschaftlicher Entwicklung Eine
rechtsökonomische Untersuchung

Claus Ott
Faculty of Law, University of Hamburg

Abstract

SIMPOSIO NOTARIADO 2000
Economia y Notariado
Madrid, 24 y 25 de Noviembre de 2000

**Das Notariat im Spannungsfeld von überliefertem Rechtsstatus
und wirtschaftlicher Entwicklung**
Eine rechtsökonomische Untersuchung

Prof. Dr. Claus Ott, Universität Hamburg

A. Entwicklungstendenzen und Herausforderungen

1. Der Notar: vom notarius publicus zum Dienstleistungsunternehmen?

Das Notariat, wie es sich im Einflußbereich des römischen Rechts über Jahrhunderte hinweg entwickelt und bewährt hat, ist eine der tragenden Institutionen des Privatrechtsverkehrs. Die Notare üben wichtige Aufgaben im Bereich der vorsorgenden Rechtspflege aus. Ihre Domäne ist, wie es der Präsident des Bundesgerichtshofs, Walter Odersky, 1993 bei der feierlichen Eröffnung des Deutschen Notarinstituts ausgedrückt hat¹, die individualisierende Gerechtigkeit. „Der Notar hilft den Beteiligten mit seinen Rechtskenntnissen und seiner beruflichen Erfahrung“, so hat Odersky gesagt, „ihre Rechtsverhältnisse so zu regeln, wie es gerade ihren individuellen Interessen und den Besonderheiten der ihnen zugrunde liegenden Umstände betrifft“². Aber der Beitrag des Notars zur Regelung der privaten Rechtsverhältnisse erschöpft sich nicht in dieser Funktion, vielmehr ist seine Hauptaufgabe unverändert die Beurkundung von Rechtsvorgängen (§ 1 BNotO), und zwar die Beurkundung zu öffentlichem Glauben. Im öffentlichen Glauben notarieller Urkunden manifestiert sich die besondere Erwartung, die der Gesetzgeber in den Berufsstand der Notare setzt, Vertrauenstatbestände im rechtsgeschäftlichen Verkehr zu schaffen. Der Schutz des Vertrauens im Rechtsverkehr gehört zu den wichtigsten Aufgaben des Privatrechts³. Die Schaffung und Weiterentwicklung von Vertrauenstatbeständen insbesondere bei Vertragshandlungen bildet einen Schwerpunkt der richterlichen Rechtsfortbildung und einen wesentlichen Beitrag der Rechtsprechung zur Effizienz des Vertragsrechts. Vertrauen – genauer gesagt: rechtlich geschütztes Vertrauen – ist wirtschaftlich gesehen ein Instrument, das dazu dient, Probleme der Informationsbeschaffung u.a. im Stadium der Vertragsvorbereitung in effizienter Weise zu lösen, und das heißt, in einer Weise, bei der die Kosten der Informationsbeschaffung und der Informationsverarbeitung so niedrig wie möglich gehalten werden. Der Ausspruch von Lenin: „Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser“, erweist sich aus ökonomischer Sicht als falsch, denn Kontrolle führt zum Aufwand von Informationskosten, während Vertrauen die Einsparung derartiger Kosten zur Folge hat⁴.

¹ Walter Odersky, Gerichte und Notariat, veröffentlicht in DNotZ 1994, 7 ff.

² AaO. S. 9

³ Vgl. Canaris, Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1981.

⁴ S. dazu näher Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 3. Aufl., 2000, S. 461 ff.

Die Beurkundung als Kernbereich der notariellen Aufgaben ist im Rechtsverkehr unverändert von großer Bedeutung. Dies betrifft die klassischen Bereiche der notariellen Tätigkeiten, insbesondere im Grundstücksverkehr, bei der Gründung von Gesellschaften und Veränderungen ihrer Satzungen und bei letztwilligen Verfügungen. Daneben tritt aber die Streitverhütende und streitschlichtende Tätigkeit der Notare, außerhalb der Beurkundungstätigkeit, zur Entlastung der staatlichen Rechtspflege immer mehr hervor⁵. Aus Äußerungen von Notaren und ihren berufsständischen Vertretungen werden zudem Bemühungen deutlich, auch neue Tätigkeitsfelder zu erschließen. Dies betrifft etwa die außergerichtliche Streitschlichtung (Schiedsgerichtsbarkeit, Mediation) und die Sicherung digitaler Signaturen im Bereich des e-commerce⁶.

Dies alles sind Schritte, die über den Bereich der öffentlichen Aufgaben des Notars im Sinne originärer Staatsaufgaben hinausführen in Richtung auf die Entwicklung hin zu einem Dienstleistungsunternehmen. Welche Rückwirkungen dies auf den rechtlichen Status der Notare hat, wird noch näher zu untersuchen sein. Rückwirkungen auf den Status der Notare gehen aber auch von Veränderungen in der Wirtschaft aus. Der Bereich der „Legal Services“ wird von strukturellen Veränderungen der Wirtschaftsordnung unmittelbar erfaßt, wie die Veränderungen im Berufsbild und im Berufsrecht der Rechtsanwälte zeigen. Die Globalisierung der Wirtschaft hat zu Markttransaktionen geführt, die über nationale Rechtsordnungen hinausgehen. Marktteilnehmer, insbesondere auf den Kapitalmärkten, sind vielfach global players. Auch Unternehmenskorporationen haben sich über die Grenzen des nationalen Rechts hinaus entwickelt; nicht nur corporate finance, auch corporate governance werfen demzufolge Probleme auf, die unterschiedliche Rechtsordnungen betreffen und deren Lösung infolgedessen voraussetzt, daß juristischer Sachverstand aus allen beteiligten Rechtsordnungen zusammengeführt wird. Schließlich sind auch die Vertragsformen zu nennen, die langfristige und z.T. grenzüberschreitende Kooperationsbeziehungen regeln (Netzwerkverträge, relationale und symbiotische - „hybride“ - Verträge⁷. Die sich aus diesen Entwicklungen ergebenden Anforderungen an Beratungskompetenz haben den Bereich der Anwaltsdienstleistungen revolutioniert und zur Bildung von weltumspannenden Anwaltssozietäten geführt, large and multinational law firms.

Die Anforderungen an die Bereitstellung von Problemlösungskompetenzen „unter einem Dach“ haben sich aber nicht nur in der Herausbildung von multinational law firms niedergeschlagen, sondern haben auch den Druck auf die Bildung von multiprofessionellen Sozietäten verstärkt. Dies betrifft Sozietäten von Anwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern. Diese Entwicklung hat nun auch die Notare erfaßt, allerdings nur die Anwaltsnotare. Hier geht der Streit um Möglichkeiten und Grenzen der Einbeziehung von Anwaltsnotaren in multiprofessionellen Sozietäten.

Vor dem Hintergrund dieser Entwicklungen stellt sich die Frage nach dem Status und den Perspektiven des Notariats in scharfem Licht. Je mehr sich die Notare den veränderten Anforderungen der Wirtschaft stellen und ihren Anwaltskollegen auf dem Weg zu einem modernen Dienstleistungsunternehmen folgen, desto mehr entfernen sie sich von den Grundlagen ihres besonderen Status als Träger eines öffentlichen Amtes. Verweigern sie sich dagegen dieser Umstrukturierung zu einem Dienstleistungsunternehmen mit einer

⁵ Schippel, BNotO, 7. Aufl., 2000, § 1 RdNr. 5; Wagner, Entlastung der Rechtspflege durch notarielle Tätigkeit, DNotZ 1998, Sonderheft, S. 34*, 44*. S.dazu die Zusammenstellung der entsprechenden Funktionen bei Wagner, aaO., S. 44* ff, 58* ff.

⁶ S.den Bericht zur 80.Vereinterversammlung der Bundesnotarlammer vom 28.4.2000; BnotK Intern 2/2000, S. 3 ff. (Beilage zu DnotI Report 10/2000).

⁷ S. dazu näher Schäfer/Ott, Lehrbuch, S. 591, 595.

umfassenden Beratungskompetenz, so riskieren sie, in Zukunft zunehmend Marktanteile an konkurrierende Dienstleistungsunternehmen zu verlieren. Dies kann auch Verluste an Marktanteilen im Bereich der genuin notariellen Aufgaben der Beurkundung und der Beglaubigung betreffen, soweit Anwaltsnotare in konkurrierenden Dienstleistungsunternehmen mitwirken oder soweit Beurkundungen von ausländischen Notaren bzw. wirksam auch von anderen Personen vorgenommen werden können.

2. Veränderungen des Berufsrechts der Notare

a) Sozietäten. Der Entwicklung zum Dienstleistungsunternehmen sind vonvorneherein Grenzen gesetzt, weil der Notar kraft Gesetzes unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes ist (§ 1 BNotO). Der Notar als natürliche Person ist Träger des öffentlichen Amtes. Daraus folgt, daß die notarielle Amtsausübung nicht sozietätsfähig ist⁸. Dies bedeutet aber nur, daß das Amt anders als das Anwaltsmandat nicht von einer Sozietät gemeinschaftlich als eine jedes einzelne Mitglied betreffende Aufgabe wahrgenommen werden kann. Notare, die zur hauptberuflichen Amtsausübung bestellt sind – die sog. Nur-Notare – dürfen sich jedoch mit anderen Notaren zur gemeinsamen Berufsausübung verbinden oder mit ihnen gemeinsame Geschäftsräume haben (§ 9 I BNotO). Für Anwaltsnotare sind die Grenzen weiter gezogen: sie dürfen sich nach neuem Recht miteinander, mit anderen Rechtsanwältinnen sowie mit Patentanwälten, Steuerberatern, Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfern und vereidigten Buchprüfern zur gemeinsamen Berufsausübung verbinden oder mit ihnen gemeinsame Geschäftsräume haben (§ 9 II BNotO). Das Bundesverfassungsgericht hat in der „Wirtschaftsprüfer“-Entscheidung vom 8.4.1998⁹ ein Sozietätsverbot zwischen Anwaltsnotar und Wirtschaftsprüfer für verfassungswidrig erklärt. Das Bundesverfassungsgericht begründet dies aber nicht mit grundsätzlichen Erwägungen über das Berufsbild der Anwaltsnotare, sondern stellt darauf ab, daß es dem Anwaltsnotar kraft Gesetzes erlaubt ist, selbst Steuerberater zu sein und sich mit Steuerberatern zur gemeinsamen Berufsausübung zusammenzuschließen. Die Unterschiede zwischen einem Steuerberater und einem Wirtschaftsprüfer seien aber, so das BVerfG, nicht von solchem Gewicht, daß sie eine Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten¹⁰. Letztlich ist die Zulassung der Sozietät von Anwaltsnotar und Wirtschaftsprüfer eine Konsequenz des Gleichbehandlungsgebots (Art. 3 I GG). Auch in der Sache vermag das Bundesverfassungsgericht keine spezifischen Rechte oder Pflichten der Wirtschaftsprüfer zu erkennen, die auf die Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit des mit ihm verbundenen Anwaltsnotars Einfluß nehmen¹¹ oder Gefahren dafür besorgen lassen¹². Der Gesetzgeber hat der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts noch im selben Jahr Rechnung getragen und den Anwaltsnotaren das Tor zur multiprofessionellen Sozietät weit geöffnet¹³. Dies folgt der Entwicklung des Berufsrechts der Anwälte, wo die Sozietätsmöglichkeiten von Anwälten durch Gesetzgebung¹⁴ hinsichtlich multiprofessioneller Sozietäten und durch Rechtsprechung hinsichtlich der Zulassung überörtlicher Sozietäten¹⁵ erweitert worden ist. Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber zwar grundsätzlich die Kompetenzen zugebilligt, Gefährdungen für die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Notare auch durch

⁸ Bohrer, Berufsrecht der Notare, 1991, RdNr. 312.

⁹ NJW 1998, 2269.

¹⁰ S. 2271.

¹¹ S. 2271 unter II 1 c (1).

¹² S. 2272.

¹³ Schippel, § 9 BNotO RdNr. 12.

¹⁴ § 59a BRAO, eingef. d.G.v.2.9.1994 (BGBl. I, S. 2278, teilw.geänd.d.Art 2 G.v.9.3.2000 (BGBl. I, S. 182).

¹⁵ BGH v.18.9.1989; BGHZ108, 290=NJW 1989, 2890

Einschränkungen der Berufsausübungsfreiheit vorzubeugen¹⁶. Man wird aber ausschließen können, daß der Gesetzgeber den jetzt erreichten Stand der Zulassung multiprofessioneller Sozietäten für Anwaltsnotare wieder einschränkt.

Die Konsequenz ist freilich, daß sich das Berufsbild des Anwaltsnotars von dem des Nur-Notars noch weiter entfernt. Den Nur-Notaren sind Sozietäten mit anderen Professionen verwehrt (vgl. § 9 I BNotO). Auch Sozietäten von Nur-Notaren hat der Gesetzgeber nicht einfach freigegeben, sondern die Landesregierungen ermächtigt, diese von einer Genehmigung abhängig zu machen. Dadurch soll verhindert werden, daß selbständige Notarstellen an eine Sozietät gebunden und nach Wegfall eines Notars aus der Sozietät praktisch nicht gegen den Willen der Sozietät neu besetzt werden können¹⁷.

Diese berufsrechtlichen Entwicklungen begünstigen die Entstehung von Dienstleistungsunternehmen mit umfassender Beratungskompetenz im Sinne multiprofessioneller Sozietäten nur in Bezug auf die Beteiligung von Anwaltsnotaren, eingeschränkt allerdings durch die Mitwirkungsverbote, denen der Anwaltsnotar unterworfen ist, eingeschränkt (§§ 3 I Nr. 7 iVm. Nr.4 BeurkG, 16 BNotO). In ein- und derselben Angelegenheit kann nicht beraten und beurkundet werden, wenn der Notar für eine der an der Beurkundung beteiligten Personen außerhalb seiner Amtstätigkeit und einseitig tätig war (§ 16 I Nr. 7 BNotO)¹⁸.

b) Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit nach dem Recht der EU. Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, die zu den Grundfreiheiten des Europarechts gehören (Art. 43, 49 EGVertrag), haben bislang nicht zu einer Veränderung des Berufsrechts der Notare geführt. Diese Grundfreiheiten verbieten nationale Regelungen, die es Bürgern eines anderen Mitgliedsstaates erschweren, sich beruflich niederzulassen oder ihre Dienstleistungen grenzüberschreitend anzubieten. Im Falle der Notare greift jedoch der Vorbehalt des Art. 45 I, 55 EGV ein, der den Bereich der „Ausübung öffentlicher Gewalt“ von den genannten Grundfreiheiten ausnimmt. Diese Vorschrift, die von manchen *lex notariorum* bezeichnet wird, gilt freilich von vornherein nur für den Bereich genuin öffentlicher Aufgaben des Notars, nicht für sein gesamtes Tätigkeitsfeld¹⁹. Auch für den Kernbereich der notariellen Aufgaben stellt sich die Frage, ob die Notare öffentliche Gewalt ausüben mit der Folge, daß Gemeinschaftsrecht hier nicht eingreifen kann. Günter Hirsch, der neue Präsident des Bundesgerichtshofs und bis zum 15.7.2000 Richter am EuGH, hat kürzlich gemeint, die Sorge, der EuGH werde die bewährte Struktur des Notariats mit einem richterlichen Federstrich erschüttern, zu dämpfen zu können²⁰.

3. Die Debatte um eine Deregulierung des Notariats.

Eine im Jahre 1987 von der Bundesregierung eingesetzte Unabhängige Expertenkommission zum Abbau marktwidriger Regulierungen, die sog. Deregulierungskommission, hat im Jahre 1991 ihren Bericht vorgelegt²¹, der sich u.a. mit den Märkten für Rechtsberatung und Wirtschaftsberatung befaßt²². Der Bericht setzt sich auch mit den Regulierungen des Notariats

¹⁶ BVerfG NJW 1998, 2269, 2271.

¹⁷ S. dazu Schippel, § 9 BNotO RdNr. 13 mit Nachw.

¹⁸ Schippel, § 16 BNotO RdNr. 47, 51 f.

¹⁹ Hirsch, Die Europäisierung der freien Berufe, DNotZ 2000, 729, 734.

²⁰ Hirsch, aaO., S. 734.

²¹ Deregulierungskommission. Marktöffnung und Wettbewerb, Stuttgart 1991.

²² 6. Kapitel, S. 102-132.

auseinander und gelangt zu einer Reihe sehr weitreichender Vorschläge, die im Kern auf eine weitgehende Liberalisierung dieses Sektors abzielen. Insbesondere wird vorgeschlagen, die Bedürfnisprüfung bei der Zulassung zum Notariat (§ 4 BNotO) aufzuheben oder zumindest zu lockern²³. Vorgeschlagen wird weiter, Notaren die Betätigung in sonstigen Freien Berufen zu gestatten und interprofessionelle Sozietäten ohne Einschränkungen zuzulassen²⁴. Notare sollen Informationswerbung einschließlich maßvoller Mandatierungswerbung betreiben dürfen²⁵ und schließlich sollen Vereinbarungen über das Entgelt zugelassen werden, wobei „soziale Härten“ durch Gewährung staatlicher Kostenhilfe aufgefangen werden sollen²⁶.

Die Vorschläge der Deregulierungskommission sind bislang vom Gesetzgeber nicht aufgegriffen worden, mit Ausnahme einer teilweisen Liberalisierung interprofessioneller Sozietäten, die aber nur für Anwaltsnotare erfolgt ist, nicht aber, wie von der Kommission vorgeschlagen, für alle Notare. Gleichwohl sollen die Erwägungen der Deregulierungskommission hier referiert werden, weil sie teilweise sehr grundsätzliche Einwände gegen die Grundpfeiler der bestehenden Notariatsverfassung betreffen, mit denen auch in Zukunft zu rechnen sein wird.

Im Mittelpunkt der Deregulierungsdebatte steht die Frage, ob eine Zugangsbeschränkung zum Notariat nach Maßgabe einer Bedürfnisprüfung gerechtfertigt erscheint. Dem Hinweis auf den Charakter des Notariats als öffentliches Amt hält die Kommission entgegen, daß Beurkundung und neutrale Vertragsberatung keine genuinen Staatsaufgaben seien. Unparteilichkeit und öffentlicher Glaube als Wesenselemente des Notariats ließen sich auch ohne Zulassungsbeschränkungen durch Standesgerichtsbarkeit und staatliche Aufsicht ohne ernsthafte Probleme gewährleisten. Hingewiesen wird in diesem Zusammenhang auf die präventive Wirkung von Haftpflichtversicherungen mit gestaffelten Prämien (Bonus-Malus-System, Selbstbehalte). Auf der anderen Seite führt das gegenwärtige System nach Ansicht der Deregulierungskommission zu Fehlentwicklungen, weil sich der Notar unter den gegenwärtigen Beschränkungen der Bildung von Sozietäten nicht spezialisieren kann und eine umfassende Beratung, wie sie viele Mandanten erwarteten, nicht anbieten könne. Der Vorschlag, freie Preisvereinbarungen zuzulassen, wird von der Kommission damit begründet, daß dadurch effizient arbeitende Notare ihre Kostenvorteile an die Kunden weitergeben und damit eine Abwanderungen ins billigere Ausland verhindern könnten. Ein wesentliches Argument zur Rechtfertigung der verbindlichen gesetzlichen Gebührenordnung nach geltendem Recht ist, daß auf diesem Wege eine sozial wünschenswerte Quersubventionierung erreicht wird: Dienstleistungen der Notare für jedermann im Massengeschäft können zu nichtkostendeckenden Gebühren durchgeführt werden, weil lukrative Geschäfte eine Quersubventionierung erlauben. Die Deregulierungskommission setzt dagegen auf staatliche Zuschüsse zu den Notarkosten in sozialen Härtefällen.

Zusammengefaßt läßt sich sagen: es geht um die Frage, ob sich für die die herkömmliche Notariatsverfassung kennzeichnenden Wettbewerbsbeschränkungen rechtlich und ökonomisch überzeugende Gründe finden lassen. Die Position der Deregulierungskommission ist eindeutig: aus ihrer Sicht gibt es keine Rechtfertigung für derartige Wettbewerbsbeschränkungen, notarielle Dienstleistungen aller Art sollten vielmehr wie andere Dienstleistungen auch dem freien Wettbewerb überlassen werden. Der Umstand, daß die Vorschläge der Deregulierungskommission bisher politisch nicht aufgegriffen und

²³ Vorschlag 68, S. 113.

²⁴ Vorschlag 69, S. 113.

²⁵ Vorschlag 71, S. 114

²⁶ Vorschlag 72, S. 114.

legislatorisch umgesetzt worden sind, sollte freilich nicht zu der Einschätzung verleiten, daß die grundsätzlichen Einwände der Kommission damit auch in der Sache erledigt seien. Vielmehr herrscht in der rechtsökonomischen Literatur die Ansicht vor, daß die gesetzlichen und standesrechtliche Regulierungen zu Wettbewerbsbeschränkungen führen, die letztlich nur überhöhte Profite der Amtsinhaber bewirken. Hierauf wird noch einzugehen sein.

B. Der Status des Notars im Spannungsverhältnis von öffentlichem Amt und Freiem Beruf

1. Die Stellung des Notars im geltenden Recht

Die Stellung des Notars ist gesetzlich definiert als die eines unabhängigen Trägers eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO). Er nimmt im Bereich der Beurkundung und Beglaubigung originäre Staatsaufgaben wahr, dies aber – von der Besonderheit der Bezirksnotare in Baden-Württemberg abgesehen – nicht im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses, sondern eines Freien Berufes. Der Begriff des Freien Berufs weist keine klaren Konturen auf; er

dient zum einen dazu, bestimmte Tätigkeiten von einem Gewerbe – und der Gewerbesteuer – abzugrenzen²⁷, vor allem aber dient der Begriff des Freien Berufs dazu, gewisse sachbezogene Unterschiede gegenüber anderen selbständig Tätigen zu insinuieren, die als Unternehmer bzw. Gewerbetreibende einschränkungslos dem Wettbewerb unterworfen sind. Dies kommt anschaulich zum Ausdruck, wenn in einem der führenden Kommentare zur Bundesnotarordnung gesagt wird: „Unternehmerisches Gewinnstreben im Wettbewerb mit anderen scheidet für den Notar aus“²⁸. Die Begründung hierfür, das Entgelt für seine Tätigkeit sei verbindlich geregelt, läßt den Geschäftsumfang – den Umsatz – außer Acht, geht aber wohl implizit davon aus, daß wegen des durch Zulassungsbeschränkungen verknappten Angebots auf jeden Marktteilnehmer ein ausreichender Marktanteil entfällt, so daß der Wettbewerb insofern faktisch hinter Besitzstandswahrung zurücktritt.

Eindeutig ist demgegenüber die gesetzliche Bestimmung, wonach der Notar ein öffentliches Amt ausübt, § 1 BNotO. Hieran hängt entscheidend die Sonderstellung, die von den Notaren in Anspruch genommen und die ihnen auch zuerkannt wird. Hierauf stützt sich vor allem Abschirmung des Notariats gegenüber dem freien Wettbewerb. Der tragende Grund für die Beschränkung der Zulassung zum Notariat nach Maßgabe des staatlich definierten Bedürfnisses (§ 4 BNotO) liegt darin, daß der Notar Funktionen ausübt, die aus dem Aufgabenbereich des Staates abgeleitet sind. Der gleiche Grund ist auch maßgeblich für die als „lex notariorum“ apostrophierte Bereichsausnahme des Art. 55 EGV von der Dienstleistungs- wie von der Niederlassungsfreiheit innerhalb der EU (Art. 43 I, 49 EVG). Das Bundesverfassungsgericht hat die Festsetzung der Zahl der Notariate durch den Staat für verfassungsgemäß erklärt²⁹ und dazu ausgeführt, der Notar übe einen staatlich gebundenen Beruf aus³⁰. Die Aufgaben des Notars – so das Bundesverfassungsgericht³¹ – sind für den Rechtsverkehr zwischen den Bürgern und damit für den Rechtsfrieden in der Gemeinschaft von hoher Bedeutung. Der Staat könnte und müßte sie durch seine Behörden erfüllen, wenn er

²⁷ S. dazu näher Schippel, § 1 BNotO RdNr. 13 f.

²⁸ Schippel, § 1 BNotO § 1 RdNr. 13.

²⁹ BVerfGE 17, 371 – Beschl.v.5.5.1964; BVerfGE 73, 280 – Beschl. v.18.6.1986.

³⁰ BVerfGE 17, 371, 379

³¹ BVerfGE 73, 280, 283.

sie nicht den Notaren übertragen hätte. Wegen dieser besonders ausgeprägten Nachbarschaft zum öffentlichen Dienst, genauer: zum Richter, hält das Bundesverfassungsgericht die Beschränkung der Amtsstellen der Notare ähnlich wie die der Beamtenstellen mit dem Grundgesetz für vereinbar³². In der Sache stellt das Bundesverfassungsgericht darauf ab, daß eine Beschränkung der Zahl der Notare geboten ist, um für den einzelnen Notar einen erhöhten Geschäftsanfall zu gewährleisten, der wiederum Voraussetzung dafür ist, daß ausreichende Geschäftserfahrung gewonnen werden kann; „Zwergnotariate“ sollen im Interesse der Qualitätssicherung möglichst verhindert werden³³.

2. Erosion des Amtsverständnisses

Das dem geltenden Recht zugrundeliegende Amtsverständnis des Notariats wird aus ökonomischer Sicht, wie bereits angedeutet, in Frage gestellt. Aber auch aus rechtlicher Sicht sind Einwände möglich. Diese richten sich nicht gegen die Aussage, daß die Aufgaben des Notars für den Rechtsfrieden in der Gemeinschaft von hoher Bedeutung sind. Auf die Bedeutung des Vertrauensschutzes im rechtsgeschäftlichen Verkehr ist schon hingewiesen worden. Fraglich könnte aber erscheinen, ob daraus zwingend folgt, daß die vom Notar wahrgenommenen Aufgaben originäre Staatsaufgaben sind, die nach der geltenden Rechtsordnung hoheitlich wahrgenommen werden müssen³⁴. Das Bundesverfassungsgericht hat selbst – in der ersten Notariats-Entscheidung³⁵ – ausgeführt, daß dem Staat für die Erledigung dieser Aufgaben eine breite Skala von Möglichkeiten zur Verfügung steht, die vom freien Beruf mit öffentlich-rechtlichen Auflagen bis zur Einbeziehung in den öffentlichen Dienst reichen. Die Aufgabe des Staates ist es, die Sicherheit des rechtsgeschäftlichen Verkehrs dadurch zu gewährleisten, daß die Beurkundung von Rechtsvorgängen und andere Aufgaben auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege in einer Weise vorgenommen werden, die ein Höchstmaß an Verlässlichkeit erbringt. Dies ist eine hoheitliche Aufgabe. Daraus folgt aber nicht zwingend, daß die Tätigkeiten, die im Rahmen der vorsorgenden Rechtspflege erbracht werden, selbst hoheitlicher Art sind. Das Amtsverständnis beruht mehr auf einer gesetzlichen Regelung (§ 1 BNotO) als auf einer vorgegebenen Rechtsnatur notarieller Tätigkeiten. Auch die Zuordnung notarieller Tätigkeiten zum Bereich der vorsorgenden Rechtspflege belegt nicht, daß es sich dabei um hoheitliche Aufgaben handelt. Was zur vorsorgenden Rechtspflege gehört und was ihre Eigenart ausmacht, ist nicht eindeutig zu bestimmen. Klar abzugrenzen sind Notaraufgaben von der rechtsprechenden Gewalt³⁶. Andererseits ist auch der Rechtsanwalt ein Organ der Rechtspflege (§ 1 BRAO) und damit der vorsorgenden Rechtspflege verpflichtet³⁷. Hinzu kommt, daß es zunehmend schwieriger wird, den Bereich der originären Staatsaufgaben eindeutig abzugrenzen. In großem Umfang sind Aufgaben, die bis in die jüngste Zeit den Staatsaufgaben zugerechnet wurden, privatisiert worden, und dieser Prozeß ist noch nicht abgeschlossen. Es ist deshalb nicht von vorneherein ausgeschlossen, Aufgaben der vorsorgenden Rechtspflege privaten Dienstleistungsunternehmen zu überlassen und institutionelle Garantien für die Sicherheit des rechtsgeschäftlichen Verkehrs durch staatliche Kontrollbefugnisse zu schaffen.

³² BVerfG 73, 280, 292.

³³ BVerfGE 17, 371, 379.

³⁴ BVerfGE 73, 280, 294.

³⁵ BVerfGE 17, 371, 377.

³⁶ Zuck, in: Festschrift für H. Schippel, 1996, 817, 820.

³⁷ Zuck, aaO., S. 818 f.

Das zeigt sich am Beispiel der Zertifizierungsstellen, die nach dem Signaturgesetz³⁸ einzurichten sind und deren Aufgabe es ist, die Sicherheit und Verlässlichkeit digitaler Signaturen zu gewährleisten. Dem kommt für die Ausgestaltung des elektronisch vermittelten Rechtsverkehrs (e-commerce) eine ähnlich grundlegende Bedeutung wie der notariellen Beurkundung und Beglaubigung im rechtsgeschäftlichen Verkehr der herkömmlichen Art zu. Aufgabe der Zertifizierungsstellen ist u.a. die zuverlässige Identifikation eines Teilnehmers am elektronischen Rechtsverkehr, die Ausgabe von elektronischen Schlüsseln und die Verwaltung der Zertifikate für spätere Nachweiszwecke (§ 2 II SigG). Gleichwohl hat der Gesetzgeber die Zertifizierung digitaler Signaturen nicht staatlichen Institutionen übertragen oder vorbehalten und sie – was im Gesetzgebungsverfahren erwogen wurde – auch nicht den Notaren übertragen. Vielmehr kann eine Zertifizierungsstelle von jeder natürlichen oder juristischen Person betrieben werden, § 2 II SigG. Dafür ist eine staatliche Genehmigung erforderlich, die auf Antrag zu erteilen ist, § 3 I SigG. Die Genehmigung kann nur versagt werden, wenn der Antragsteller die erforderliche Fachkunde nicht vorweist oder wenn Tatsachen vorliegen, die gegen die Zuverlässigkeit des Antragstellers für den Betrieb der Zertifizierungsstelle sprechen, § 3 II SigG.

Das Amtsverständnis des Notariats wird aber nicht nur durch kritische Überlegungen zum hoheitlichen Charakter der notariellen Aufgaben in Frage gestellt, sondern auch durch die Entwicklung des von den Notaren wahrgenommenen Aufgabenspektrums. Der Kern der notariellen Aufgaben ist die Beurkundung. Die notarielle Urkunde hat die Funktion, nachfolgende staatliche Verfahren, wie zB. Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in verlässlicher Weise zu entlasten³⁹. Insofern besteht eine Nähe der notariellen Aufgaben zu staatlich-hoheitlichen Aufgaben. In der neueren Rechtsentwicklung hat sich die Beurkundung jedoch in zweierlei Hinsicht erweitert. Zum einen betrifft dies die Erteilung von notariellen Bescheinigungen (§ 24 BNotO) und Bestätigungen⁴⁰. Zum andern ist die Beurkundung von Willenserklärungen um eine Gestaltungs- und Schutzaufgabe ergänzt worden, § 17 BeurkG. Danach ist der Notar u.a. verpflichtet, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren und darauf zu achten, daß unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden. Insofern haben die Erwartungen der Auftraggeber zu einer Erweiterung der Tätigkeitsbereiche geführt⁴¹. Dies führt zu einer Veränderung des überkommenen Notarbildes und zu einem Funktionswandel in Richtung auf einen sozialstaatlich motivierten Gestaltungsauftrag⁴² und damit zugleich zu einer „schleichenden Erosion des Amtsverständnisses“⁴³. Die zunehmende Bedeutung der Beratungstätigkeit der Notare verstärkt diesen Prozeß. Sie hat ihre Ursache nicht zuletzt im Wettbewerb auf dem Markt für Beratungsdienstleistungen (legal services)⁴⁴, und sie läßt die Grenze zwischen notariellen und anwaltlichen Dienstleistungen verschwimmen. Zugleich geht damit die Nähe zu öffentlichen Aufgaben im Sinne originärer Staatsaufgaben immer mehr verloren.

Noch deutlicher tritt die Erosion des Amtsverständnisses hervor, wenn die Notare sich neue Tätigkeitsfelder zu erschließen beginnen, die keinerlei Bezug zur Beurkundung als dem Kernbereich der besonderen Aufgaben des Notars mehr aufweisen. Dazu gehört der Betrieb von Zertifizierungsstellen gem. § 2 SigG; dies wird den weiteren Aufgaben zugerechnet, zu deren Wahrnehmung die Notarkammern der Länder und die Bundesnotarkammer durch das

³⁸ G.v. 22.7.1997 (BGBl. I, S. 1870).

³⁹ Bohrer, Das Berufsrecht der Notare, 1991, RdNr. 64.

⁴⁰ S.dazu Schippel, § 21 BNotO, RdNr. 2 f.

⁴¹ Zuck, aaO., S. 825.

⁴² Bohrer, aaO., RdNr. 67 f.

⁴³ Zuck, aaO., S. 825.

⁴⁴ Zuck, aaO., S. 826.

Dritte Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung vom 31.8.1998⁴⁵ ermächtigt worden sind (§§ 67 VI, 78 II BNotO). Durch dieses Gesetz ist ferner die Schiedsrichtertätigkeit von Notaren als nicht genehmigungspflichtige Nebentätigkeit der Notare zugelassen worden (§ 8 IV BNotO).

Der Deutsche Notarverein hat daraufhin unter dem Namen „Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof Deutscher Notare (SGH)“ eine institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit unter besonderer Betonung des Schlichtungsgedankens eingerichtet⁴⁶. Träger dieser Institution ist eine Service-Gesellschaft des Deutschen Notarvereins, die DNotV GmbH. Die Besonderheit des institutionellen Arrangements besteht darin, daß die Parteien den Schiedsrichtervertrag mit der Trägergesellschaft, nicht mit den einzelnen Schiedsrichtern schließen. Der Deutsche Notarverein hat ein Statut entwickelt, das Organisation und Verfahren regelt, dessen Geltung aber von einer entsprechenden Vereinbarung der Parteien abhängig ist. Der Notar als Schlichter oder Schiedsrichter übt keine Amtstätigkeit, sondern eine Nebentätigkeit aus. Tätigkeiten als Schlichter oder als Schiedsrichter stehen grundsätzlich jedermann offen; die Auswahl der Schiedsrichter richtet sich nach der Schiedsvereinbarung der Parteien (§§ 1034, 1035 ZPO). Die Einrichtung des „Schlichtungs- und Schiedsgerichtshofs der deutschen Notare“ stellt ein Angebot des Deutschen Notarvereins auf dem Markt für entsprechende Dienstleistungen dar, das dem freien Wettbewerb ausgesetzt ist.

C. Das Notariat als ökonomische Institution

1. Die Produktpalette und die Wettbewerbsbedingungen der Notare

Aus ökonomischer Sicht läßt sich das Notariat jenseits aller Diskussionen um seinen rechtlichen Status als eine ökonomische Institution erfassen, die bestimmte Dienstleistungen erbringt und damit auf dem Markt für „legal services“ mit anderen Marktteilnehmern konkurriert. Die Konkurrenten können andere Notariate oder Dienstleistungsunternehmen anderer Art sein, wie Anwaltssozietäten, insbesondere multiprofessionelle Sozietäten, oder sonstige Dienstleistungsgesellschaften. Dabei stellt sich – wiederum aus ökonomischer Sicht – die Frage, inwieweit die Notare mit ihren Dienstleistungen dem Wettbewerb ausgesetzt sind, in welchem Umfang der Wettbewerb beschränkt ist, welche Wirkungen Wettbewerbsbeschränkungen haben und wie sich eine Beschränkung solcher Wettbewerbsbeschränkungen auf Quantität, Qualität und Preis der Dienstleistungen auswirkt.

Die notariellen Dienstleistungen weisen, wie schon dargelegt, ein breites Spektrum auf, das außer den klassischen Dienstleistungen der notariellen Beurkundung und Beglaubigung auch die mit der Beurkundung verbundene Beratung der Vertragsparteien und die Übernahme von Aufgaben, die mit Vollzug und Abwicklung eines beurkundeten Vertrags zusammenhängen, umfaßt. Entsprechendes gilt für die Beurkundung anderer Rechtsgeschäfte wie insbesondere letztwilliger Verfügungen. Für diese Dienstleistungen bestehen Wettbewerbsbeschränkungen in zweifacher Hinsicht: zum einen sind diese Dienstleistungen kraft Gesetzes Notaren vorbehalten; andere Anbieter sind von diesem Markt ausgeschlossen. Zum andern ist die Zahl der Mitbewerber dadurch beschränkt, daß die Tätigkeit als Notar von einer staatlichen

⁴⁵ BGBl. I, S. 2585.

⁴⁶ S. hierzu den Bericht von Wolfsteiner, Notar 1999, 115 ff. und Wegmann, ebend., S. 122, sowie das ebend. S. 124 ff. abgedruckte Statut des Schlichtungs- und Schiedsgerichtshofs deutscher Notare.

Zulassung abhängt, die ihrerseits von einem staatlicherseits definierten Bedürfnis abhängt. Andere Dienstleistungen, die von Notaren angeboten werden, ihnen aber nicht kraft Gesetzes vorbehalten sind, werden von diesen Wettbewerbsbeschränkungen nicht erfaßt. Insofern könnte sich die Frage stellen, ob die privilegierte Stellung der Notare im Bereich von Beurkundungen und Beglaubigungen ihnen Wettbewerbsvorteile auch in anderen Tätigkeitsfeldern verschafft. Dafür spricht wenig; dieser Frage soll hier aber nicht weiter nachgegangen werden. Den gesetzlich begründeten Wettbewerbsbeschränkungen steht ein Ausschluß der freien Preisvereinbarung durch gesetzlich festgelegte Gebühren für notarielle Dienstleistungen im eigentlichen Sinn gegenüber.

Diese Wettbewerbsbeschränkungen wirken als Marktzutrittsschranken gegenüber Nichtnotaren und gegenüber newcomers. Die Zulassungsbeschränkungen unterscheidet die Situation der Notare von denen der Rechtsanwälte. Auch Rechtsanwälte sind durch Wettbewerbsbeschränkungen begünstigt, weil ihnen bestimmte Dienstleistungen nach Maßgabe des Rechtsberatungsgesetzes vorbehalten sind. Bedürfnisorientierte Marktzutrittsschranken bestehen in Bezug auf anwaltspezifische Dienstleistungen aber nicht; vielmehr ist jeder, der die juristischen Staatsprüfungen bestanden hat, auf Antrag zur Rechtsanwaltschaft zuzulassen (§ 6 I BRAO)⁴⁷. Anders als die Notare ist es Rechtsanwälten unter bestimmten Voraussetzungen gestattet, mit den Mandanten höhere als die gesetzlich festgelegten Gebühren zu vereinbaren, § 3 BRAGO.

Trotz der dargelegten Wettbewerbsbeschränkungen im Bereich notarieller Dienstleistungen ist der Wettbewerb nicht generell ausgeschlossen. Vielmehr besteht zwischen den Notaren bzw. den Notarsozietäten Wettbewerb, weil grundsätzlich freie Notarwahl besteht⁴⁸. Weiterer Wettbewerb entsteht durch die Möglichkeit, notarielle oder funktionell gleichwertige Dienstleistungen im Ausland nachzufragen, die im Inland rechtlich anerkannt werden⁴⁹. So besteht bei der Beurkundung von gesellschaftsrechtlichen Vorgängen ein Wettbewerb zwischen deutschen und schweizerischen, insbes. Zürcher Anwälten⁵⁰. Dieser intra-brand-Wettbewerb zwischen Anbietern der gleichen Profession ist freilich wegen der Besonderheiten notarieller Dienstleistungen nur in beschränktem Umfang zu erwarten. Bei notariellen Dienstleistungen handelt es sich wie bei den meisten Dienstleistungen im Bereich der legal services und auch der medical services um Erfahrungsgüter, bei denen es für den durchschnittlichen „Käufer“, der die Dienste einer Notars nur ein- oder zweimal in seinem Leben in Anspruch nimmt, im Zeitpunkt vor der Inanspruchnahme der Dienstleistung unmöglich ist, deren Qualität zu beurteilen⁵¹. Wettbewerbsbeschränkende Effekte können sich in diesem Zusammenhang auch aus dem Verbot der Werbung ergeben; das wird noch näher zu untersuchen sein. Etwas anderes gilt aber für die gewerbliche Nachfrage nach notariellen Dienstleistungen. Hier sind die Voraussetzungen für einen intensiven Qualitätswettbewerb gegeben, der insbesondere auch den Beratungssektor erfaßt.

⁴⁷ Alternative Voraussetzungen ergeben sich für die Eingliederung europäischer Rechtsanwälte, § 4 BRAO iVm. mit dem Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland v.9.3.2000, BGBl. I, S. 182.

⁴⁸ Bohrer, Das Berufsrecht der Notare, 1991, RdNr. 282, 305.

⁴⁹ Hinweise zum IPR

⁵⁰ S.dazu Bredthauer, Zur Wirksamkeit gesellschaftsrechtlicher Beurkundungen im Kanton Zürich, BB 1986, 1864; Heckschen, Auslandsbeurkundung und Richtigkeitsgewähr, Betrieb 1990, 161.

⁵¹ S.allgemein zu Erfahrungsgütern Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 3. Aufl., 2000, S. 463 f.

2. Qualitätsmanagement für notarielle Dienstleistungen

Die dargelegten Wettbewerbsbeschränkungen in bezug auf notarielle Dienstleistungen werden vor allem damit gerechtfertigt, daß dadurch ein hohes Qualitätsniveau der notariellen Dienstleistungen erreicht wird. Dieses Argument wird nicht nur von den Berufsverbänden der Notare vertreten, sondern liegt auch den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zugrunde, die die am Bedarf orientierte Zulassung von Notaren verfassungsrechtlich gebilligt haben. Das Qualitätsmanagement setzt sich aus mehreren Faktoren zusammen. Die knapp gehaltene Zahl von Notaren begründet für jeden einzelnen Notar die reale Erwartung eines Geschäftsauskommens, das zu einem relativ hohen statistischen Durchschnittseinkommen führt. Das tatsächlich erzielte Einkommen wird teils darüber, teils darunter liegen, aber ein Verdrängungswettbewerb ist nicht zu erwarten. Die Besonderheit der Lage der Notare erhellt aus einem – nicht näher differenzierten - Vergleich mit der Situation der Anwälte. In Hamburg gibt es 83 Notare; Anwaltsnotare sind hier nicht zugelassen. Dem stehen rd. 6.000 Rechtsanwälte gegenüber, von denen eine nicht ganz unerhebliche Zahl kaum das Existenzminimum erwirtschaftet. Die privilegierte Situation der Notare schafft Anreize gerade auch für hochqualifizierte Juristen, sich um eine Zulassung zum Notariat zu bewerben, und ermöglicht zugleich wegen der geringen Zulassungszahlen eine Bestenauslese zu treffen. Die Verteilung des Geschäftsaufkommens auf eine relativ geringe Zahl von Notariaten fördert andererseits sowohl das Erfahrungswissen der einzelnen Notare als auch die Bereitschaft zur Spezialisierung. Bei nur sporadisch und in geringem Umfang anfallenden notariellen Aufgaben im Falle einer Öffnung des Notariats beispielsweise für alle Anwälte würden für Angehörige der Profession, die nur gelegentlich mit notariellen Dienstleistungen befaßt werden, generell weniger und vermutlich nicht genügend Anreize bestehen, fortlaufend in den Erwerb und Erhalt hoher fachlicher Kompetenz in allen Bereichen des Notariats zu investieren.

Die vergleichsweise geringe Zahl von Notaren – in Deutschland (Stand 1998) rd. 11.340 Notare, davon 9.045 Anwaltsnotare, 1.656 Nur-Notare und 640 (beamtete) Bezirksnotare – macht die Annahme plausibel, daß die rigorose Zulassungsbeschränkung Bestenauslese und Spezialisierung fördert, insbesondere, wenn man diese Zahlen mit den rd. 75.000 in Deutschland zugelassenen Rechtsanwälten in Beziehung setzt. Die geringe Zahl von Notaren und ihre privilegierte Position ermöglichen und befördern die Herausbildung eines Berufsethos, das ein wichtiger Faktor der Verhaltenskontrolle ist, gerade auch in Bezug auf die Einhaltung professioneller Qualitätsstandards.

3. Wettbewerbsbeschränkungen auf dem Markt für notarielle Dienstleistungen aus ökonomischer Sicht

Aus ökonomischer Sicht bestehen tiefgreifende Vorbehalte gegen angeblich gemeinwohlfördernde Effekte von Wettbewerbsbeschränkungen. Dies gilt gerade auch für wettbewerbsbeschränkende Regulierungen bei Freien Berufen. Auf den Bericht der Deregulierungskommission ist bereits hingewiesen worden. Eines der Mitglieder dieser Deregulierungskommission, Prof. Basedow, hat in einer 1991, kurz vor der Veröffentlichung des vollständigen Berichts der Kommission publizierten Abhandlung⁵² gerade in Bezug auf das Notariat die Frage aufgeworfen, ob Markt-, Berufs- und Standesordnungen der Vergangenheit eigentlich noch zweckmäßig sind oder ob sie nicht zu Fehlentwicklungen geführt haben, weil sie die Anbieter der Dienstleistungen in ihrer Anpassungsfähigkeit

⁵² Basedow, Zwischen Amt und Wettbewerb. Perspektiven des Notariats in Europa, RabelsZ 1991, S. 409 ff.

behindert haben⁵³. Basedow sieht das Ziel in der bestmöglichen und kostengünstigsten Befriedigung der differenzierten Bedürfnisse des Publikums und hält dazu einen Abbau der herkömmlichen berufsrechtlichen Schranken für erforderlich. Die Losung für die Zukunft des Notariats lautet, so Basedow: Spezialisierung und individuelle Werbung, Assoziierung und Arbeitsteilung, europaweite Beurkundungskompetenz, Gebührenwettbewerb, zumindest auf manchen Sektoren, und Lockerung der Bedürfnisprüfung⁵⁴. Wettbewerb, in dem sich privates Gewinnstreben und gemeines Wohl miteinander verbinden können, müßten auch im Beurkundungswesen installiert werden⁵⁵.

Dies entspricht auch der generellen Tendenz der rechtsökonomischen Untersuchungen der rechtlichen, insbesondere auch der berufs- und standesrechtlichen Regulierungen der Anbieter von hochqualifizierten Dienstleistungen, u.a. im Bereich rechtlicher Dienstleistungen. In der ökonomischen Literatur zur Regulierung von Freien Berufen, die sich besonders mit der Regulierung der medizinischen und rechtlichen Berufe (medical and legal professions) befaßt, werden die möglichen Wirkungen der Regulierung unter zwei Aspekten diskutiert: zum einen unter dem Aspekt der Qualitätssicherung, zum andern unter dem Aspekt des „rent-seeking“, dh. von Profiten, die auf der Beschränkung des Wettbewerbs beruhen⁵⁶. Dem öffentliche Interesse an einer Qualitätssicherung steht das private Profitinteresse gegenüber; das Urteil über berufsrechtliche Regulierungen hängt aus ökonomischer wie auch aus rechtlicher Sicht entscheidend davon ab, ob das öffentliche Interesse an der Sicherung der Qualität professioneller Dienstleistungen die mit der Regulierung verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen zu rechtfertigen vermag⁵⁷.

In welchem Umfang die berufsrechtlichen Wettbewerbsbeschränkungen dem privaten Interesse der Notare an Einkommensverbesserungen tatsächlich förderlich sind, läßt sich weder theoretisch noch empirisch eindeutig beantworten. Zwar spricht auf den ersten Anschein einiges dafür, daß Notare aufgrund der bestehenden Regulierungen ein höheres Einkommen beziehen, als sie es bei freiem Wettbewerb auf dem Markt für notarielle Dienstleistungen beziehen würden. Ökonomisch betrachtet, stellen sich die Notare als Kartell dar, und sie erfüllen zudem auf den ersten Blick alle Voraussetzungen für eine wirksame Interessenvertretung. Erfolgreiche interest groups sind tendenziell klein, homogen und gut organisiert⁵⁸. Bei näherem Hinsehen zeigt sich zwar, daß die Interessenhomogenität bei den Notaren durch Interessenkonflikte zwischen Anwaltsnotaren und Nur-Notaren überlagert wird, in Bezug auf das Interesse an einer angemessenen gesetzlichen Gebührenordnung wird dem aber keine Bedeutung zukommen. Hohe Einkommen sind aber nicht notwendigerweise die Folge von Transferzahlungen aufgrund von Wettbewerbsbeschränkungen, sondern spiegeln auch die lange Ausbildung und die Qualität der Dienstleistungen wider⁵⁹. Das Einkommen der Notare enthält u.a. Vertrauensprämien. Notare beziehen eine kollektive Standesprämie, weil das Vertrauen allen Mitgliedern ihres Berufsstandes gleichermaßen

⁵³ Basedow, aaO., S. 410.

⁵⁴ S. 433.

⁵⁵ Basedow, aaO., S. 434.

⁵⁶ S. zum umfangreichen Schrifttum R. Van den Bergh, *Self-Regulation of the Medical and Legal Professions: Remaining Barriers to Competition and EC-Law*, 1997; A. Ogus, *Self-Regulation*, in: Bouckaert/De Geest (Hrsg.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Bd. V, 2000, S. 587 ff.; ders., *Rethinking Self-Regulation*, in: *Oxford Journal of Legal Studies*, 15 (1995), S. 97-108; Pirrong, *Self-regulation of private organized markets*, in: *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. III, 1998, S. 433 ff.

⁵⁷ Van den Bergh, aaO., S. 32; Ogus, *Self-Regulation*; Basedow (Fn.52), S. 425 ff.

⁵⁸ S. dazu Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, *Bell Journal of Economics*, 2 (1971), S. 3-21; grundlegend Mancur Olson, *The Logic of Collective Action*, 1965.

⁵⁹ Van den Bergh, aaO., S. 44.

entgegengebracht wird.⁶⁰ Dies gilt in besonderem Maße für Berufe, deren Leistungen von den Abnehmern schwer zu kontrollieren ist, wie das bei legal services generell und bei notariellen Dienstleistungen im besonderen der Fall ist. Diese Vertrauensprämie hat eine wichtige ökonomische Funktion, weil sie dazu beiträgt, die Gefahr opportunistischen Verhaltens zu reduzieren, das in Qualitätsverschlechterungen besteht, die der Mandant nicht sogleich entdecken kann. Vertrauensprämien ergänzen die Qualitätskontrollen durch standesrechtliche Kontrollmaßnahmen und durch haftungsrechtliche Sanktionen. Die Hypothese, daß das Einkommensniveau der Notare erfolgreiches rent-seeking widerspiegelt, hat sich bisher empirisch nicht beweisen lassen⁶¹.

Inwieweit bei Notaren eine Quersubventionierung in der Weise stattfindet, daß bestimmte Dienstleistungen zu nicht kostendeckenden Gebühren durchgeführt werden, spielt im vorliegenden Zusammenhang, in dem es um die Beurteilung des Gesamteinkommens geht, dagegen keine Rolle.

Wenn sonach der Beweis nicht geführt worden ist, daß die Regulierung des Notariats dem Interesse der Amtsinhaber an einem hohen Einkommensniveau dient, so bleibt immer noch die Frage zu beantworten, ob es Gründe des öffentlichen Interesses gibt, die die Beschränkung des Wettbewerbs durch Regulierung der Zulassung zum Beruf des Notars und durch Regulierungen der Berufsausübung zu rechtfertigen vermögen. Entscheidend kommt es hier auf die Frage an, ob das gegenwärtige System der Regulierung des Notariats, wie es in Deutschland und anderen Ländern des „lateinischen Notariats“ besteht, eine effektive Qualitätskontrolle und hohe Qualitätsstandards tatsächlich gewährleistet und noch mehr kommt es auf die Frage an, ob alternative Systeme, bei denen der Markt für notarielle Dienstleistungen dem Wettbewerb geöffnet ist, das Problem der Qualitätsgewährleistung ebensogut, aber mit geringeren Kosten zu lösen vermögen.

In diesem Zusammenhang verdient die Entwicklung in England Aufmerksamkeit⁶². In England sind die mit den Aufgaben des Notars vergleichbaren Aufgaben im Rahmen des conveyancing von solicitors wahrgenommen worden, allerdings mit der wichtigen Besonderheit, daß diese keine öffentlichen Urkunden erstellen können und mit dem weiteren Unterschied, daß solicitors grundsätzlich nur für eine der Parteien tätig werden darf. Das Berufsrecht der solicitors ist bereits in den 80er Jahren dereguliert worden, indem das Werbeverbot gelockert und die Organisation von solicitor-Sozietäten als Kapitalgesellschaften zugelassen worden ist⁶³. Tiefgreifende Deregulierungen sind durch den Courts and Legal Services Act von 1990 geschaffen worden⁶⁴. Mit diesem Gesetz sind die Schranken für die Betreuung von Grundstücksgeschäften gefallen. Jede natürliche Person, Personengesellschaft oder juristische Person, die gewisse Zugangsvoraussetzungen erfüllt, zu denen insbesondere gehört, daß sie zufriedenstellende Maßnahmen ergreift, um ihrer Berufshaftpflicht genügen zu können – dh. praktisch: eine ausreichende Haftpflichtversicherung abschließt –, kann den Status als „authorized practitioner“ erlangen und als solcher Grundstücksgeschäfte betreuen. Den aus der Liberalisierung des Marktes für solche Dienstleistungen resultierenden Gefahren wird durch umfangreiche Verordnungen begegnet, die die Ausübung dieser Tätigkeiten durch ins einzelne gehende Verhaltenspflichten regeln. Die Zulassung und die Aufsicht liegen in den Händen einer neu geschaffenen Organisation, des Authorized Conveyancing Practitioner Board.

⁶⁰ S.dazu Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 3.Aufl., 2000, S. 476.

⁶¹ R.Van den Bergh, aaO., S. 44.

⁶² S.dazu Basedow, aaO., S. 411 ff.

⁶³ Administration of Justice Act, 1985 c. 61, s.9.

⁶⁴ S. dazu Basedow, aaO., S. 415 ff. mwHinw.

Welche praktischen Erfahrungen mit diesem System bisher gemacht worden sind und inwieweit dieses im Vergleich mit dem System des „lateinischen Notariats“ insgesamt effizienter ist, ist – soweit ersichtlich – bislang nicht umfassend untersucht worden. Eine Untersuchung der Transaktionskosten bei der Übertragung von Grundbesitz (Eigentumswohnung, Wohnhaus, Geschäftshaus) und bei der Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die England und Deutschland und außerdem Spanien, Frankreich, Belgien und die Niederlande umfaßt⁶⁵, hat ergeben, daß die Transaktionskosten insgesamt eine Bandbreite von 1.71% bis zu 20.33% des Kaufpreises bzw. im Falle der Gesellschaftsgründung des Stammkapitals aufweisen. Der wesentliche Kostenfaktor sind hierbei, mit Ausnahme von England, aber nicht die Notarkosten, sondern vielmehr andere Kosten wie insbes. Grunderwerbsteuern und Registergebühren. Stellt man nur auf die Notargebühren bzw. auf vergleichbare Kosten in England ab, so reduziert sich die Bandbreite bei Übertragungen von Grundbesitz auf 0.2% (Spanien) bis 3.49% (Italien) und bei Gesellschaftsgründungen auf 0.53% (Belgien) bis 4.3% (Frankreich). Der Vergleich zwischen England und Deutschland ergibt, daß die Notarkosten bei Grundbesitzübertragungen in Deutschland durchgängig niedriger liegen als die vergleichbaren Kosten in England,⁶⁶ während bei der Gründung von Gesellschaften die Kosten in Deutschland mit 1.2% etwas höher liegen als in England mit 0.9%, jeweils bezogen auf das Stammkapital von ECU 50.000.-- .

Ein derartiger Kostenvergleich reicht nicht aus, um die Effizienz der verschiedenen Systeme zu ermitteln und miteinander zu vergleichen. Die Qualität und die Verlässlichkeit der jeweiligen Dienstleistungen werden dadurch nicht erfaßt, ebensowenig die Kosten der Qualitätskontrolle und die Folgekosten von Qualitätsmängeln.

4. Eine kritische Würdigung der bestehenden Notariatsverfassung

Insgesamt ist festzustellen, daß die Behauptung, eine umfassende Deregulierung des Notariats würde zu höherer Effizienz führen, durch empirische Befunde bislang nicht belegt worden ist. Die Auswirkungen einer Deregulierung können nicht zutreffend eingeschätzt werden, wenn nicht die Besonderheiten des Marktes für notarielle Dienstleistungen berücksichtigt werden. Dazu gehört vor allem die zentrale Bedeutung, die der Verlässlichkeit notarieller Beurkundungen deswegen zukommt, weil sie nachfolgenden staatlichen Verfahren zugrunde gelegt wird⁶⁷. Fehlerhafte notarielle Urkunden ziehen deshalb weitere Fehler in Folgeverfahren nach sich, die zu erheblichen und weitreichenden Beeinträchtigungen des Rechtsverkehrs führen können. Die Gewährleistung von Produktsicherheit ist eine Aufgabe des Rechts, die sich in allen Lebensbereichen stellt⁶⁸. Ihr dienen Vorschriften des öffentlichen Rechts, die Sicherheitsstandards für bestimmte Produkte bzw. Produktbereiche festlegen und deren Überwachung und Durchsetzung regeln. Der Aufgabe der Produktsicherheit dient auch die Produkthaftung. Auf die steuernde Wirkung der Produkthaftung allein zu vertrauen ist

⁶⁵ KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, *Transaction Charges in Europe, A comparison. Study for the Bayerische Notarverein e.V. in Munich, 1996* (unveröffentlicht).

⁶⁶ Zwar stimmen die in der genannten Untersuchung angegebenen Prozentwerte der Notarkosten in England in zwei der drei Vergleichsfälle praktisch mit den deutschen Werten überein, während sie im ersten Vergleichsfall (Eigentumswohnung mit Kaufpreis von ECU 125.000) in England um 60% niedriger liegen als in Deutschland. Dabei ist aber zu berücksichtigen, daß die solicitor-Gebühren des Verkäufers nicht in den Kostenvergleich aufgenommen worden sind (s. III. Technical Restrictions, S. 6).

⁶⁷ S.dazu Bohrer, *Das Berufsrecht der Notare*, 1991, RdNr. 64.

⁶⁸ S. dazu Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 3. Aufl., 2000, S. 309 ff.

jedoch nicht angezeigt, wo Güter von hohem und unersetzlichem Wert auf dem Spiel stehen, wie das bei notariellen Dienstleistungen der Fall ist. Dem trägt die Regelung im englischen Court and Legal Services Act, wonach der Nachweis einer ausreichenden Haftpflichtversicherung eine wesentliche Zugangsvoraussetzung ist, nicht Rechnung. Gleiches gilt für eine retrospektive Kontrolle durch Maßnahmen der staatlichen Aufsicht, die erst eingreift, wenn Gefahren sich realisiert haben. Vielmehr müssen, wenn es um Dienstleistungen geht, die für die Gemeinschaft von hoher Bedeutung sind, Maßnahmen einer antezipierenden Qualitätskontrolle getroffen werden. Welche Maßnahmen dafür in Betracht kommen, läßt sich nicht generell bestimmen, sondern hängt von den Besonderheiten der jeweiligen Produkte bzw. Dienstleistungen ab. Der Weg, den der Gesetzgeber in Bezug auf das Notariat beschritten hat, ist – wie das Bundesverfassungsgericht erkannt hat – jedenfalls geeignet, beachtliche Garantien für die Qualität notarieller Dienstleistungen zu schaffen⁶⁹. Die Beschränkung der Zahl der Notare führt zu einer Bestenauslese, die schärfer wirkt als behördliche Eignungs- und Zuverlässigkeitsprüfungen, wie sie in dem liberalisierten englischen System nach dem Court and Legal Services Act vorgesehen sind. Zutreffend erscheint auch die Feststellung des Bundesverfassungsgerichts⁷⁰, daß eine Verteilung der Geschäfte auf eine begrenzte Zahl von Amtsträgern mit erhöhtem Geschäftsanfall eine Gewähr dafür bietet, daß diese in kurzer Zeit ausreichend Geschäftserfahrung gewinnen. Schließlich ist auch zu berücksichtigen, daß das gegenwärtige System der Regulierung des Notariats wegen der begrenzten Zahl der Notare auch eine intraprofessionelle Qualitätskontrolle formeller und insbesondere auch informeller Art ermöglicht, die erheblich effektiver ist als es bei einer unübersehbaren Zahl von Dienstleistern der Fall sein kann.

Ein Abbau der Zulassungsbeschränkungen für das Notariat, wie er von den Befürwortern einer Deregulierung gefordert wird, erscheint danach solange als bedenklich, als nicht die Funktionsfähigkeit alternativer Systeme erwiesen und die damit verbundenen Folgekosten ermittelt sind. Daraus folgt nicht, daß es gerechtfertigt wäre, das Problem der Qualitätssicherheit auch in anderen Bereichen – etwa bei Anwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern sowie bei Ärzten und Apothekern – mit Hilfe von Zulassungsbeschränkungen erfassen. Vielmehr müssen hier die Besonderheiten notarieller Dienstleistungen, wie dargelegt, berücksichtigt werden.

Allerdings entwickelt sich hier ein Spannungsverhältnis insofern, als die klassischen notariellen Aufgaben – wie schon dargelegt – in zunehmendem Umfang durch Tätigkeiten anderer Art ergänzt oder überlagert werden, auf die die vorstehenden Überlegungen zur Qualitätssicherung nicht zutreffen. Soweit Notare Beratungen und Betreuungen vornehmen, die anderen rechtsberatenden oder sonstigen beratenden Berufen in gleicher Weise zugänglich sind, vermag das Gebot der Qualitätssicherung keine Zugangsbeschränkungen zu rechtfertigen. Daraus folgt zugleich logisch zwingend, daß die Ausweitung der Tätigkeitsfelder von Notaren im Rahmen der Bedürfnisprüfung bei der Entscheidung über die Zulassung von Notaren keine Rolle spielen darf. Soweit also – anders ausgedrückt – die Notare ihre Tätigkeit über ihr klassisches Aufgabengebiet hinaus ausdehnen, besteht keine Rechtfertigung, die Mehrbelastung durch eine Ausweitung der Zahl der Notare oder dadurch aufzufangen, daß den Notaren die Möglichkeit eröffnet wird, sich in Gesellschaften aller Art, insbesondere auch in Kapitalgesellschaften zu organisieren.

Schließlich sei noch auf eine Forderung verwiesen, die in der Deregulierungsdebatte eine wichtige Rolle spielt: die Aufhebung des Werbeverbots. Um die Bedeutung dieser Diskussion

⁶⁹ BVerfGE 17, 371, 379.

⁷⁰ BVerfGE 17, 371, 379.

zu beleuchten, ist zunächst darauf hinzuweisen, daß es sich bei notariellen Dienstleistungen um Erfahrungsgüter (experience goods) handelt. Erfahrungsgüter sind dadurch gekennzeichnet, daß der „Käufer“ die Produktqualität vor dem „Kauf“ nicht beurteilen kann, vielmehr offenbart sich ihm die Produktqualität hier erst nach dem Kauf. Er ersetzt die fehlende Möglichkeit der Vorabinformation durch Vertrauen in den Anbieter des Produkts. Zu fragen ist weiterhin nach der ökonomischen Funktion der Werbung. Sie enthält oder kann enthalten Informationen über die Produktqualität, vor allem aber hat sie die Funktion, den Marktteilnehmern durch ein „credible commitment“ zu signalisieren, daß das werbende Unternehmen langfristig am Markt bleiben will und sich nicht opportunistisch verhalten wird, indem es die Produktqualität laufend und unmerklich verschlechtert.

Vor diesem Hintergrund erscheint es fraglich, ob Werbung für Dienstleistungen der Notare oder der sonstigen rechts- bzw. wirtschaftsberatenden Berufe eine produktive Information zu erfüllen vermag. Werbung – „touting for business“ – ändert nichts daran, daß es sich bei diesen Dienstleistungen um Erfahrungsgüter handelt, deren Qualität der „Käufer“ im vorhinein auch dann nicht einschätzen kann, wenn ihm der Anbieter mittels seiner Werbung versichert, äußerst kompetent zu sein und nur qualitativ hochwertige Dienstleistungen zu erbringen. Wer einmal in den Yellow Pages amerikanischer Telefonbücher unter der Rubrik „Attorneys-at-Law“ die marktschreierischen Selbstanpreisungen von Rechtsanwälten studiert hat, wird sich fragen, welcher Informationswert damit verbunden sein soll. Werbung ist bei Dienstleistungsberufen, die hohe Investitionen in „human capital“ erfordern, auch nicht als „credible commitment“ ökonomisch sinnvoll, weil schon die hohen Kosten der Ausbildung einem Marktaustritt entgegenwirken.

D. Zusammenfassung und Ausblick

Das Notariat als eine der tragenden Säulen der vorsorgenden Rechtspflege steht im Spannungsverhältnis von öffentlichem Amt und Dienstleistungsunternehmen. Auf der einen Seite erfüllt es in bewährter Weise die klassischen Funktionen, die seit Jahrhunderten das Wesen des Notariats prägen und die von unverändert hoher Wichtigkeit für den Rechtsverkehr in der Gesellschaft sind. Auf der anderen Seite kann sich auch das Notariat den Veränderungen nicht entziehen, die in Recht und Wirtschaft durch Globalisierung der Märkte und durch den Abbau von nationalen Grenzen sowie durch die Entwicklung neuer Technologien der Kommunikation und neuer Institutionen der Rechtspflege, insbesondere Institutionen der Alternative Dispute Resolution (ADR), geschehen. Diese Veränderungen haben auch den Bereich der Dienstleistungen im Bereich der legal services, der Beratung in rechtlichen und wirtschaftlichen Angelegenheiten, der vorsorgenden und ergänzenden Rechtspflege und der Streitverhütung und Streitschlichtung erfaßt. Die rechtliche Stellung des Notariats ist im Kern von diesen Veränderungen bislang weitgehend unberührt geblieben. Die Anerkennung des Notariats als Träger eines öffentlichen Amtes ist im nationalen Recht gesetzlich und verfassungsrechtlich fest verankert. Auch im Europäischen Recht gilt das Notariat bislang unangetastet als Institution der öffentlichen Gewalt. Aber die Debatte um die Deregulierung der Freien Berufe, die im Bereich der Anwälte zu gravierenden Veränderungen geführt hat, hat auch das Notariat erfaßt und zu kritischen Fragen nach der Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen im Sektor notarieller Dienstleistungen geführt. Diese Debatte wird weitergehen und Auftrieb erhalten durch die Veränderungen, die sich im Tätigkeitsfeld der Notare bereits ergeben haben und für die Zukunft abzeichnen. In dem Maße, in dem die Notare ihren überkommenen Tätigkeitsbereich überschreiten und sich in den Wettbewerb mit anderen Dienstleistungsunternehmen begeben, tritt das bisherige Amtsverständnis als

Grundlage des Notariats zurück. Wer sich in den Wettbewerb begibt, muß sich den Regeln des Wettbewerbs unterwerfen und kann keine Wettbewerbsbeschränkungen für sich in Anspruch nehmen. Dies ist eine unvermeidliche Entwicklung. Die Aufgabe wird es sein, dies mit einer Erhaltung des Notariats im Kernbereich notarieller Tätigkeiten zu verbinden, um die Verlässlichkeit notarieller Urkunden als eines überragend wichtigen Gemeinschaftsguts auch für die Zukunft zu gewährleisten.