

Auf dem Weg zum Europäischen Notariat?

Statement für die Veranstaltung Anwaltsnotariat auf dem 58. Deutschen Anwaltstag am 17. Mai 2007

I.

Das Notariat ist *expressis verbis* kein Regelungsgegenstand des primären Europarechts. Es wird vielmehr, soweit es lateinisch ist, als öffentliches Amt und in die jeweilige Staatsgewalt integriert geführt. Es herrscht grenzüberschreitend der durch das klassische Völkerrecht geregelte Zustand, der geprägt ist von den Prinzipien der Gegenseitigkeit und der territorialen Souveränität und Integrität. Das heißt: Notarielles Wirken ist inländisch und endet an der Grenze. Es entfaltet im anderen Staat nur Wirkung kraft besonderer Vereinbarung nach dem Muster „wie du mir, so ich dir“. Es bedarf also einer Willensübereinstimmung der beteiligten Staaten, wonach das notarielle Wirken sowohl das Inland verlassen als auch im Ausland als notarielles Produkt ankommen darf. Solche Vereinbarungen gibt es viele. Ihnen nachzuspüren ist die Aufgabe des IPR und der in dessen Verfolgung geschlossener Einzelabkommen und Konventionen, die ja das staatliche IPR zwar nicht formell aber materiell internationalisieren.

Sinnfälliger Ausdruck dieser dem internationalen Austausch eher abweisend gegenüberstehenden Regelung ist der recht unbeholfene § 11 a BNotO, übrigens die einzige Regelung der BNotO, die vom Ausland spricht. Sie gibt, obwohl erst 1998 nach Vorbildern des allgemeinen Rechtshilferechts eingefügt, dennoch den Rechtszustand von 1648 wieder, der Geburtszeit des klassischen Völkerrechts. Nach § 11 a darf der Notar ins Ausland zu einem anderen Notar reisen und ihn bei dessen Amtsgeschäften unterstützen, sprich: mit ihm reden. Sonst darf er nichts. Was er darf, dürfte er aber auch ohne § 11 a BNotO. Als was der Notar auf Ersuchen zum anderen Notar ins Ausland fährt ist nicht klar; er hat noch nicht einmal den einem „*amicus curiae*“ bei sonstigen Organisationen vergleichbaren Status.

II.

Ich habe das etwas pointiert vorgetragen, nicht um der normativen Ausgangslage entsprechend mit Blick auf das Thema die Akten zu schließen, sondern um mich zu wundern.

Kann es denn sein, dass ein nobler Beruf angesichts einer überaus erfolgreichen und dynamischen europäischen Entwicklung und einer ständig zunehmenden familien-, erblichen- und wirtschaftlichen Verflechtung, alles Gebiete, auf und an denen der Notar und die Notarin ständig arbeiten, in seiner beruflichen Positionierung auf dem Stand von 1648 verharret und, genau wie die Anwälte, nicht selbst die Zukunft gestaltet, sondern nur Verteidigungslinien aufbaut und wartet, bis der Staat ihn ggf. aus seiner Staatsraison entlässt, was nicht passiert, oder ein Gericht, sprich: der EuGH ihm die Leviten liest?

Letzteres kann in überschaubarer Zeit, wie jeder weiß, durchaus geschehen mittels der vom Gericht etwa getroffenen Feststellung: die Grundfreiheiten der EU in Gestalt der Dienstleistungs- und der Niederlassungsfreiheit machen auch vor dem Notariat nicht

kategorisch halt, sondern regeln im Notariat dies und das. Was das sein könnte, darauf komme ich noch zurück.

III.

Wir können also die Akten nicht schließen, weil es natürlich Elemente eines europäischen Notariats gibt, obwohl das primäre Europarecht *expressis verbis* schweigt und die Richtlinien in Ausführung der Dienstleistungsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit die Notare ausnehmen oder nicht erwähnen (so: Dienstleistungsrichtlinie vom 12. Dezember 2006, Art. 8 Abs. 2 lit. i mit Erwägungsgrund 26; Berufsqualifikationsrichtlinie – in Ablösung der Hochschuldiplomanerkennungsrichtlinie – vom 7. September 2005, Erwägungsgrund 41).

Dazu nur zwei Aspekte:

1. Natürlich gibt es europäische Rechtsakte, die sich auf den Notarberuf auswirken, etwa die sog. Brüssel I.- Verordnung oder die Gesellschaftsteuerrichtlinie. Dazu nichts weiter.
2. Viel wichtiger mit Blick auf ein europäisches Notariat ist die Existenz eines entsprechenden materiellen Korpus in Gestalt der Grundsätze des lateinischen Notariats und des Kodex, den hierzu die Konferenz der Notariate der Europäischen Union (zuletzt am 9. November 2002) beschlossen hat.

Was es mit dem europäischen Notariat auf sich hat, sagt sehr schön die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 18. Januar 1994 :

„a. Die Vollendung des Binnenmarktes führt“ zu einer verstärkten Mobilität der Rechtssubjekte und einem vermehrten Austausch von Urkunden, Akten und Verträgen ... , was eine erhebliche Zunahme der Notarstätigkeit innerhalb aller Mitgliedstaaten der Gemeinschaft ... mit sich bringt;

b. Der Notarstand ist ungeachtet einzelstaatlicher Organisationsformen durch eine Reihe weitgehend gemeinsamer Elemente gekennzeichnet... : teilweise Abtretung der Souveränität des Staates, um insbesondere die Öffentlichkeit der Rechtsgültigkeit von Rechtsvorgängen und Beweismitteln zu versichern, unabhängige Tätigkeit im Rahmen eines öffentlichen Amtes, das wie ein freier Beruf ausgeübt wird (Ausnahme: Portugal, Teile Baden-Württembergs und Vereinigtes Königreich)die aber der Kontrolle des Staates... im Hinblick auf die Einhaltung der Vorschriften für den notariellen Akt, die im Interesse des Verbrauchers vorgeschriebenen Gebühren sowie den Zugang zum Beruf oder seiner Organisation unterliegt; dem Richter vorgeschaltete Funktion, welche die Risiken eines Rechtsstreits beseitigen oder vermindern soll; Rolle als unparteiischer Berater“. (Zit.: nach Schützeberg, *Der Notar in Europa*, 2005, S. 27).

Hinweis: Von Staatsangehörigkeit ist im vorstehenden Zitat nicht die Rede.

IV.

Vor diesem Hintergrund ist es aus meiner Sicht zumindest unzweckmäßig zu sagen:

Die Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EGV und die Niederlassungsfreiheit des Art. 43 EGV berühren das Notariat gar nicht, weil das Notariat in Deutschland und anderen Mitgliedstaaten „Ausübung öffentlicher Gewalt“ ist, die nach Art. 45 EGV dem Zugriff Europas entzogen ist. Bisher hat der EuGH sich zur Frage Art. 45 und Notariat nicht geäußert und auch nicht abschließend dazu, wie der Begriff „öffentliche Gewalt“ nach europäischem Recht auszulegen sei.

Das anhängige Vertragsverletzungsverfahren wird dazu nähere Klärung bringen. Ich will in diesem Zusammenhang nur folgendes bemerken.:

1. Mit dem Einwand der mangelnden Kompetenz für Normsetzung und der generellen Unzuständigkeit wegen „Ausübung öffentlicher Gewalt“ wird es nicht getan sein. Zu bedenken ist dass die Übertragung öffentlicher Gewalt auf einen Beruf, der im übrigen „frei“ konzipiert ist, die ausnahmslose Anwendung von Art. 45 anfressen und einen Fingerzeig auf die Grundfreiheiten enthalten könnte.
2. Das Europäische Recht ist in seiner genuinen Auslegung der Grundfreiheiten und des Begriffs der öffentlichen Gewalt nicht gehindert, im Anschluß an frühere Rechtsprechung und neuerdings Cipolla bei vollem Respekt vor der nationalen öffentlich-rechtlich-staatsgewaltlich gestalteten Regelungsstruktur jene Elemente zu bezeichnen, die trotz des Respekts vor der nationalen Regelung mit dem europäischen Recht nicht vereinbar sind. Solche Elemente könnten sein die Staatsangehörigkeit und geographische Beschränkungen (Amtsbezirke). Sie sind bei der Herstellung eines gemeinsamen Marktes Diskriminierungselemente schlechthin. Ist im Bereich des Notariats mit seiner vielfältigen Anbindung und sogar Gestaltung wirtschaftlicher Vorgänge der Satz aus dem Reyners -Urteil noch haltbar, dass der Staat es nicht dulden muß, dass seine öffentliche Gewalt von einem Ausländer – wohlgerne einem Ausländer, der allen Inländerprozeduren unterworfen ist - ausgeübt wird? Wir werden sehen .
3. Im übrigen ist der üblichen Binnenmarkt- und Wettbewerbsphilosophie, um nicht zu sagen Ideologie, die „nur noch“ als Schranke vor völliger Freiheit Verbraucherschutz im Auge hat und die Rechtsordnung darauf reduziert, entschieden entgegenzutreten. Die Emanationen der Kommission, deren Prüfaufträge an Institutionen wir kürzlich an Cerf zum Zweck des Grundstücks-Conveyancing leiden ebenso wie die Ausführungen der deutschen Monopolkommission daran, dass sie dem Recht als eigene Kategorie und seiner unverwechselbaren und unabdingbaren Funktion für das Gemeinwesen und dem Bürger nicht gebührend Rechnung tragen. Es finden sich zwar regelmäßig darin hehre Ausführungen. Sie hängen aber nach Art von Sonntagsreden in der Luft und haben keinen Bezug zu den angesprochenen Regelungsgegenständen, bei denen „alles“ an Rechtserheblichem, was nicht Verbraucherschützend daher kommt, weggeräumt wird.
4. Man könnte glatt auf die Idee kommen, den Notar, die Notarin und das Recht selbst von der ersten Säule in die dritte Säule der EU zu schleppen und zu sehen, was in diesem Bereich sich etwa Positives ergeben kann. Meines Wissens ist noch nicht geprüft, welche Möglichkeiten und Anforderungen das Europarecht in dieser Säule für die Berufsrechte bietet. Sicher ist jedenfalls, dass Berufsrechte nicht nur Verbraucherschutz sind, sondern im Kern, der allerdings immer liberalisierungsfähig bleibt, zur Verwirklichung des Rechts schlechthin gehören, in einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.