

notar editorial

1

notar impressum

4

notar intern

Das Notariat in Europa –
Dritte Tagung Berufspolitik
des Deutschen Notarvereins
am 24. und 25. Januar 2003
in Brüssel

2

Das Ventöse-Gesetz von 1803 –
Aufbruch in ein modernes Notariat,
Notar Professor Böhlinger

36

Büro Brüssel

39

Termine

40

notar info

Gebührenabschlag Ost teilweise
verfassungswidrig

40

Antrittsbesuch bei der Bundesministerin
der Justiz Zypries

41

Gespräch mit Frau Ministerin Richstein

41

Gespräch mit Herrn Andreas Schmidt,
MdB, Vorsitzender des Rechts-
ausschusses

42

notar service

Vorratsgesellschaften – am Ende?

43

Erste Informationsveranstaltung
zur DNotV Privatrente in Köln

45

notar international

Besuch der Notarkammer Koblenz
in Litauen – 10-jähriges Bestehen
der Notarkammer Litauen

46

Präsident der Österreichischen
Notariatskammer Professor
Dr. Georg Weißmann
70 Jahre

51

notar buch

Haft/Schlieffen (Hrsg.), Handbuch
Mediation

51

Bettendorf (Hrsg.), EDV
und Internet in der notariellen Praxis

52



Liebe Leserinnen und Leser,

„Das Notariat in Europa“ – unter dieser Überschrift hat der Deutsche Notarverein am 24. und 25. Januar 2003 in Brüssel seine 3. Tagung Berufspolitik veranstaltet. Dabei ist es gelungen, herausragende Referenten von der Europäischen Kommission, dem Europäischen Parlament sowie aus Forschung und Wissenschaft zu gewinnen. Dementsprechend groß war

das Interesse des Fachpublikums. Bei den Vorträgen und den sich anschließenden Diskussionen wurde deutlich, dass die Auswirkungen Europas auf die notarielle Tätigkeit und das notarielle Selbstverständnis unterschiedlich beurteilt werden. Der Tagungsbericht mit den Vorträgen bildet den Schwerpunkt dieses Heftes.

Am ersten Abend der 3. Tagung Berufspolitik hatten der Deutsche Notarverein und die DNotV GmbH aus Anlass der Eröffnung ihrer Brüsseler Repräsentanz zu einem festlichen Empfang eingeladen. Den Festvortrag zum Thema „200 Jahre Ventöse-Gesetzgebung“ hielt Herr Professor Walter Böhlinger. Ihm gelang es, einen illustrativen Bogen von den historischen Ursprüngen des Notariats bis zur Gegenwart zu spannen. Die Festveranstaltung bot den passenden Rahmen dafür, auf die verstärkte Präsenz in Brüssel aufmerksam zu machen, wodurch nicht zuletzt die Teilhabe an EU-geförderten Projekten im Bereich „law-consulting“ ausgebaut werden soll. Leiter des Büros in Brüssel ist Geschäftsführer Till Franzmann, Notarassessor im Bereich der Landesnotarkammer Bayern.

Im November 2002 hat die Notarkammer Litauen ihr zehnjähriges Bestehen gefeiert. An den Feierlichkeiten nahmen neben dem litauischen Justizminister der Staatspräsident, der Parlamentspräsident und der Ministerpräsident der Republik Litauen teil, woran sich der hohe Stellenwert des Notariats in Litauen ablesen lässt. Als Ehrengäste aus Deutschland waren Vertreter der Notarkammer Koblenz eingeladen. Die Notarkammer Koblenz hatte wichtige Hilfestellungen beim Aufbau eines freiberuflichen Notariats in Litauen geleistet. Der *notar* beobachtet die Entwicklung des Notariats in den Reformstaaten Osteuropas traditionell mit großem Interesse, weshalb wir uns freuen, in dieser Ausgabe über die Feierlichkeiten in Litauen berichten zu können.

Außerdem finden Sie in diesem Heft Berichte von Veranstaltungen und Gesprächen, die von berufspolitischem Interesse sind.

Der Jahresbericht 2002 wird im nächsten Heft erscheinen.

Am 3. Februar 2003 ist Herr Dr. Peter Schmitz zum Notar in Köln ernannt worden und als Geschäftsführer zur DNotV GmbH gewechselt. Ein herzlicher Dank gilt an dieser Stelle Notar Dr. Wolfgang Reetz, der diese Funktion bisher innehatte. Ich möchte die Gelegenheit nutzen und mich Ihnen als Nachfolger von Dr. Schmitz neben den Kollegen Franzmann und Heins in der Geschäftsführung des Deutschen Notarvereins und zugleich in der Schriftleitung dieser Zeitschrift vorzustellen. Ich hoffe, an die überaus erfolgreiche Arbeit meines Vorgängers anknüpfen zu können.

Herzlichst Ihr

Dr. Thomas Schwerin

DAS NOTARIAT IN EUROPA

Dritte Tagung Berufspolitik des Deutschen Notarvereins am 24. und 25. Januar 2003 in Brüssel

Das Thema „Das Notariat in Europa“ und der Tagungsort Brüssel erwiesen sich als gute Wahl: Der Präsident des Deutschen Notarvereins, Notar Dr. Stefan Zimmermann, Köln, freute sich, mehr als 100 Teilnehmer begrüßen zu können. Das gegenüber den Tagungen 1999 in Würzburg zum Thema „Zukunftsfragen des Notariats“ und 2001 in Wiesbaden zum Thema „Amtstätigkeit und Dienstleistung“ nochmals gesteigerte Interesse des Fachpublikums zeige die Bereitschaft, sich mit der europäischen Rechtsentwicklung auseinander zu setzen. Die berufspolitischen Tagungen des Deutschen Notarvereins seien ausgezeichnete Foren für eine offene Diskussion der den Berufsstand bewegenden Themen und entwickelten sich zu einer erfreulichen Tradition.

Dr. Zimmermann erklärte, dass die berufspolitische Diskussion nicht länger nationalstaatlich geführt werden dürfe, sondern längst eine europäische Dimension gewonnen habe. Der Deutsche Notarverein habe sich deshalb mit Bedacht für Brüssel als Tagungsort entschieden. Die große Resonanz der Tagung, die sich schon in der Anzahl der zum Teil von weit her angereisten Kolleginnen und Kollegen zeige, sei Ausweis der Richtigkeit der Themen- und Ortswahl. Der Präsident des Deutschen Notarvereins hob in diesem Zusammenhang hervor, dass das große Interesse des Anwaltsnotariats Beweis dafür sei, dass der Deutsche Notarverein über den Bereich des hauptberuflichen Notariats hinaus wichtige Impulse für die berufspolitischen Wei-

chenstellungen des gesamten Berufsstandes gebe. Dr. Zimmermann unterstrich, dass das Notariat im europäischen Rahmen geschlossen auftreten müsse, hierfür sei es für den Deutschen Notarverein wichtig, den Dialog mit den Vertretern des Anwaltsnotariats als geschätzten Gesprächspartnern weiter zu pflegen und zu vertiefen. Die europäischen Fragestellungen im Allgemeinen und ihre Auswirkungen auf den Berufsstand im Besonderen seien von zentraler Bedeutung für die Fortentwicklung des Notariats im sich vereinigenden Europa. Dr. Zimmermann appellierte an alle Kolleginnen und Kollegen, sich diesen richtungsweisenden Fragen auch zukünftig zu stellen; die Dritte Tagung Berufspolitik solle Anstoß für weitere Diskussionen geben.

1. Teil: Berufsrechtliche Entwicklungen im EG-Recht

Den Appell für eine zukunftsgewandte Auseinandersetzung nahm Notar Dr. Wolfgang Baumann, Wuppertal, Vizepräsident der C.A.E.M. (Commission des Affaires Européennes et de la Méditerranée de l'Union Internationale du Notariat Latin), als Leiter des ersten Tagungsabschnitts „Berufsrechtliche Entwicklungen im europäischen Recht“ ausdrücklich auf. Die Bereitschaft zur

offenen Diskussion sei Voraussetzung dafür, dass sich berufsrechtliche Regelungen nicht am Berufsstand vorbei vollziehen. Die aktuellen berufsrechtlichen Entwicklungen stellten eine Herausforderung für das Notariat dar. Ziel müsse es sein, die Bedeutung des Notariats als Teil der vorsorgenden Rechtspflege über die nationalen Grenzen hinaus darzulegen und zu erläutern. Dr.

Baumann freute sich sehr, als Referenten mit Frau Dr. Fröhlinger, Abteilungsleiterin der Generaldirektion Binnenmarkt der Europäischen Kommission, und Notar Kurt Lechner, Fischbach, Mitglied des Europäischen Parlaments, zwei hervorragende Referenten zu diesem Themenbereich vorstellen zu können.

Vortrag von Notar Kurt Lechner, MdEP

Als Abgeordneter im Europäischen Parlament und Notar bin ich gewissermaßen mit einem „Doppelhut“ ausgestattet, wie er vor wenigen Tagen in der deutsch-französischen Vereinbarung für den Präsidenten der Europäischen Union vorgesehen ist. Nicht nur, dass der Notarberuf eine wahrhaft europä-

ische Dimension hat, beide, der Abgeordnete und der Notar, gestalten die Rechtswirklichkeit mit Blick in die Zukunft. Quod notamus lex esto!

Als Abgeordneter verstehe ich mich als Repräsentant des europäischen Staatsbürgers, der aber selbstver-

ständig auch die Anliegen, die Erfahrungen und Kenntnisse aus seiner nationalen, ja regionalen und eben auch beruflichen Zugehörigkeit in seine Arbeit einbringt.

Inhalt des Vortrages sollen sowohl die rechtlichen Grundlagen wie die po-

litischen Gegebenheiten und Möglichkeiten aus der Sicht des Abgeordneten sein.

Der Vortrag gliedert sich in zwei Hauptabschnitte, wobei ich gleichzeitig auch einige Bemerkungen machen möchte im Hinblick auf die spezielle Thematik, welche Gegenstand des nachfolgenden Vortrages von Frau Dr. Fröhling sein wird.

I. Die berufsrechtliche Problematik und deren Entwicklung

1. Sedes materiae sind die Artikel 43 und 49 EG-Vertrag – Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit. Ziel ist ein offener Binnenmarkt. Ein Programm, das volle Zustimmung verdient.

Angesichts der immer größeren Bedeutung, die der Anteil der Dienstleistungen im Wirtschaftsleben erhält, muss diesem Grundsatz auch für den Dienstleistungsbereich Geltung verschafft werden, gleichzeitig muss in besonderer Weise die Frage gestellt werden: Wieviel Unterschiede dürfen/müssen bleiben im Hinblick auf die Erhaltung nationaler, ja regionaler Identitäten und der Qualitätssicherung?

2. Die Versuchung läge nahe, auf Artikel 45/55 EG-Vertrag – also den Vorbehalt für hoheitliche Tätigkeiten – zu verweisen und damit das Thema für Notare für beendet zu erklären. Dies wäre selbst dann falsch, wenn die Anwendung der Artikel 45/55 auf Notare außer Zweifel wäre. Das Gemeinschaftsrecht entfaltet nämlich auch dann, wenn Hoheitlichkeit bejaht wird, seine Wirkungen. Ich will hier nur auf die Entscheidung des EuGH zum deutschen Soldatengesetz hinweisen, dem man seine Zustimmung nicht wird versagen können. Auch in Deutschland käme niemand auf die Idee, z.B. die Geltung des Bundesbeamtenrechts für Lehrerinnen und Lehrer unter Berufung auf die Kulturhoheit der Länder zu bestreiten.

Auf indirekte Weise kann europäisches Recht auf unseren Berufsstand einwirken, wie die Entscheidung i.S. Modelo gezeigt hat, der eine Richtlinie zur Gewährleistung des freien Kapitalverkehrs in Europa zugrunde lag.

Im Hinblick auf Vorträge, die der frühere Richter am EuGH und jetzige Präsident unseres Bundesgerichtshofes, Herr Professor Hirsch, vor dem Berufsstand der Notare gehalten hat, möchte ich es insoweit bei diesen kurzen Hinweisen belassen. Auf die massiven Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf den Rechtsstoff, mit dem die Notare umgehen müssen, gehe ich später noch ein.

3. Etwas ausführlicher möchte ich jedoch eingehen auf Artikel 45 (hoheitliche Tätigkeit) und auf die Frage, wie es – unterstellt man eine Verneinung des hoheitlichen Charakters – unter europarechtlichen Gesichtspunkten weitergehen könnte.

In der Literatur ist es wohl einhellige Meinung, dass die hoheitliche Tätigkeit bei Notaren zu bejahen ist. Die Kommission bestreitet dies. Eine Entscheidung des EuGH zu dieser Frage liegt noch nicht vor und die Rechtsprechung des EuGH ist in dieser Frage restriktiv und der EuGH stellt jeweils auf die einzelnen Tätigkeitsbereiche ab, die er auf ihre hoheitlichen Eigenschaften überprüft. Ein Rückgriff auf die deutsche Rechtsprechung zu „hoheitlich“ führt nicht nur nicht weiter, weil die Entscheidungskompetenz nun einmal beim EuGH liegt, die Fragestellung ist auch eine andere. Bei der Auslegung des Artikels 45 ist zu ermitteln, welche Bereiche nach dem Sinn des EG-Vertrages aus der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit ausgenommen sein sollen, und das muss nicht dasselbe sein, was nach dem Verständnis deutschen Rechts als „hoheitlich“ anzusehen ist.

Die Kommission scheint zugeben zu wollen, dass jedenfalls der Kernbereich der notariellen Tätigkeit hoheitlich ist, bestreitet diese Eigenschaft

aber z.B. für den Bereich der Beratung. Eine Sichtweise, die von Unkenntnis über die Wirklichkeit der notariellen Tätigkeit geprägt ist. Offenbar meint man, das Erstellen einer Urkunde bestünde im Herstellen von „Brief und Siegel“. Dabei weiß jeder Kundige, dass der wichtigere Teil der notariellen Tätigkeit in der Ermittlung des Willens der Beteiligten und der Gestaltung dieses Willens besteht, dass das, was die Beteiligten sagen – oft auch schreiben oder schreiben lassen – bei weitem nicht das ist, was sie meinen und schon gar nicht, was gut für sie ist, und dass schlussendlich das Erstellen der Urkunde, also die Übersetzung des gestalteten Parteiwillens in die Rechtssprache meist der leichtere und auch schnellere Teil der Arbeit des Notars ist, jedenfalls aber das eine von dem anderen nicht getrennt werden kann.

Man sieht an diesem Beispiel, wie fremd doch auch für viele Juristen die praktische Tätigkeit des Notars ist. Woher sollen sie diese Erfahrungen auch haben? Genau dies ist auch die Gefahr bei anstehenden Entscheidungen, weil der Erfahrungshintergrund der Entscheidungsträger in Verwaltung, Parlament und Gerichten rudimentär und darüber hinaus auf der europäischen Ebene ganz unterschiedlich ausgeprägt ist.

Politisch betrachtet befinden wir uns in einem echten Dilemma. Das Europäische Parlament, welches sich in einem ausführlichen Bericht aus dem Jahr 1993/94 mit dem Notarberuf – sehr positiv – auseinander setzte, hat dort zwar die hoheitliche Tätigkeit des Notars bejaht, gleichzeitig aber die Mitgliedstaaten aufgefordert, den Staatsangehörigkeitsvorbehalt fallen zu lassen. Auch den meisten von uns und noch viel mehr den Abgeordneten, Entscheidungsträgern in der Kommission und auch den Richtern am Europäischen Gerichtshof wird es so gehen, dass dieser Staatsangehörigkeitsvorbehalt als nicht mehr zeitgemäß empfunden wird. Wir befinden uns auf dem Wege zu einer europäischen Staatsbürgerschaft. Die Versuchung ist groß,

durch eine Verneinung der hoheitlichen Tätigkeit des Notars auf rechtlchem Wege der Aufhebung des Staatsangehörigkeitsvorbehaltes zum Ziel zu verhelfen.

Leider ist bisher Artikel 45 EG-Vertrag immer nur mit dem Ergebnis „alles oder nichts“ behandelt und entschieden worden. Ich möchte die Gelegenheit benutzen, den Gedanken einer abgestuften Wirkung des Rechtsgedankens des Artikels 45 in die Debatte zu werfen in dem Sinne, dass sich der Sinn dieses Artikels nicht in der Frage der Staatsangehörigkeit erschöpft, sondern dass in ihm der Wille der Partner des EG-Vertrages zum Ausdruck kommt, bei hoheitlichen Tätigkeiten den Mitgliedstaaten einen weitestgehend eigenen Gestaltungsspielraum zuzubilligen, der sodann je nach der Ausprägung der Hoheitlichkeit einerseits und der speziellen Gestaltungsfrage andererseits abgewogen und unterschiedlich beantwortet werden könnte.

So könnte ich mir vorstellen, dass man die Reichweite des Artikels 45 mit Blick auf den Notarberuf für die Frage der Staatsangehörigkeit verneint, aber im Übrigen für die Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten es uneingeschränkt bei der Geltung von Artikel 45 verbleibt.

Es wäre dies ein Ergebnis, das man u.U. auch erreicht hätte – oder noch erreichen könnte –, wenn die Kommission ihre Beanstandung auf Artikel 12 des EG-Vertrages (Diskriminierungsverbot wegen Staatsangehörigkeit) stützen würde. Auch dann könnte man zu dem Ergebnis kommen, dass wegen Verstoßes gegen Artikel 12 der Staatsangehörigkeitsvorbehalt fallen muss, aber im Übrigen die vollen Wirkungen des Artikels 45 EG-Vertrag erhalten bleiben.

4. Unabhängig davon, ob Artikel 45 EG-Vertrag nun gilt und – wenn man meiner Auffassung folgt – ggf. in welchem Umfang, ist von Interesse ein weiterer Blick auf das Berufsrecht für freie Berufe.

Für diese gelten uneingeschränkt die Artikel 43 und 49 EG-Vertrag und es gilt – was nicht vergessen werden soll – das Wettbewerbsrecht.

Die Diskussionen zum Wettbewerbsrecht haben sich wohl auch unter dem Eindruck der letzten Entscheidungen des EuGH beruhigt, auch scheint Herr Kommissar Monti keine weiteren Initiativen zu planen, jedenfalls nicht dort, wo die Gebührenordnungen staatlich verantwortet werden.

Einige Bemerkungen zu den Artikeln 43 und 49 EG-Vertrag:

Ihr Ziel ist es, Protektionismus und Diskriminierung zu verhindern und dies ist auch richtig. Hier liegt das volle Prüfungsrecht bei den europäischen Instanzen, zuletzt beim EuGH, und zwar gilt dieses Prüfungsrecht sowohl zum Berufszugang als auch zur Ausübung des Berufs, auch wenn man keine Kompetenz der europäischen Ebene für das Berufsrecht selbst bejaht und es keine spezifischen europäischen Berufsrechtsregelungen z.B. Richtlinien gibt.

Hierzu ist aktuell zu erwähnen ein von der Kommission vorgelegter Vorschlag für eine „Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise“, der sich z.Zt. in erster Lesung in den Beratungen des Parlamentes befindet, federführend der Ausschuss für Recht und Binnenmarkt, in dem ich Mitglied bin. Durch diese vorgeschlagene Richtlinie sollen eine ganze Fülle bereits erlassener Richtlinien – z.B. für Architekten, Hebammen, Ärzte, Steuerberater, aber auch Rechtsanwälte – zusammengefasst und der sektorale Ansatz durch einen horizontalen Ansatz ersetzt werden.

Sollte dieser Vorschlag der Kommission in der vorliegenden Form Gesetz (Richtlinie) werden, so würde dies zu einer erheblichen Ausweitung führen, was wohl auch beabsichtigt ist. Für die Haltung der Kommission wird man einerseits Verständnis aufbringen können. Die Kommission ist

auf die Aufgabenstellung „Öffnung des Binnenmarktes auch für Dienstleistungen“ fokussiert und wirft das Lasso zunächst einmal weit aus. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass Dienstleistungen – vor allem qualifizierte Dienstleistungen in den freien

notar impressum:

Herausgeber:

Deutscher Notarverein
Kronenstraße 73/74
10117 Berlin
Telefon: 030/20454284
Telefax: 030/20454290
e-mail: dnotv@t-online.de
<http://www.dnotv.de>

Schriftleitung:

Detlef Heins, Geschäftsführer des DNotV (Hauptschriftleiter);
Dr. Thomas Schwerin, Geschäftsführer des DNotV (Hauptschriftleiter);
Till Franzmann, Geschäftsführer des DNotV (Hauptschriftleiter);
Dr. Peter Schmitz, Geschäftsführer der DNotV GmbH

Verlag:

DNotV GmbH,
Kronenstraße 73/74
10117 Berlin
Telefon: 030/20454284
Telefax: 030/20454290
e-mail: dnotv@t-online.de

Gestaltung und Abwicklung:

OUTFIT, Agentur für
Konzeption und Gestaltung,
Ernst-Robert-Curtius-Straße 14,
53117 Bonn,
Telefon 0228/9898223

Druck:

Köllen Druck+Verlag GmbH,
Ernst-Robert-Curtius-Straße 14,
53117 Bonn,
Telefon 0228/989820

Erscheinungsweise: vierteljährlich

Bezugspreise:

Für Mitglieder der angeschlossenen
Notarvereine kostenfrei.

Jahresabonnement: € 20,-
(inkl. MwSt., zzgl. Versandkosten)

Einzelheft: € 6,-
(inkl. MwSt., zzgl. Versandkosten)

Hinweise:

Alle Urheber-, Nutzungs- und
Verlagsrechte vorbehalten.

Namensbeiträge und Leserbriefe geben
nicht notwendig die Meinung
der Schriftleitung oder des Deutschen
Notarvereins wieder. Die Schriftleitung
behält sich vor, Leserbriefe zu kürzen.

Berufen – eingebunden sind in die Besonderheiten der jeweiligen Staaten, ja Regionen, sie sind historisch gewachsen, bilden Sozialstruktur und Identitäten, gewährleisten Qualitätssicherung und Verbraucherschutz, auf welche sich die Menschen verlassen. Die Verbände, Kammern und sonstigen berufsständigen Organisationen entlasten den Staat. Die Verhältnisse in Europa, ja selbst innerhalb einzelner Staaten, sind sehr unterschiedlich, nicht jede Berufsbezeichnung bedeutet überall das Gleiche. Mit diesem Vorschlag wird ungleiches gleich behandelt und zu vieles über einen Leisten geschlagen.

Die Verhältnisse in den durch die Erweiterung zur Europäischen Union hinzukommenden Staaten sind dabei noch gar nicht berücksichtigt. Die Beratungen im Parlament gestalten sich dementsprechend schwierig. In einer Anhörung wurde von Experten massiv Kritik an dem Vorschlag geübt. Insbesondere in meiner Fraktion (EVP) bestehen erhebliche Bedenken und solche habe auch ich.

Das Herkunftslandsprinzip und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, welches sich für den Warenverkehr bewährt hat, kann nicht in gleicher Weise auf Dienstleistungen übertragen werden. Die Bestimmungen des Artikels 43 EG-Vertrag, nach denen Dienstleistungen „nach den Bestimmungen des Aufnahmestatus“ zu erbringen sind, werden damit de facto ausgehebelt, eine Inländerdiskriminierung ist programmiert. Richtig ist, dass Abschottungen aufzubrechen sind und ein fairer Zugang grenzüberschreitend ermöglicht werden muss. Aber dies kann nicht pauschal geschehen, sondern bedarf nach wie vor sektoraler Regelungen, die Berufsstand für Berufsstand die jeweiligen Besonderheiten, nationalen Eigenheiten und regionalen Traditionen berücksichtigen. Gewaltsame Einebnung von Unterschieden kann nicht die Aufgabe der europäischen Gesetzgebung sein, wenn die Akzeptanz des Projektes Europa bei den Bürgern erhalten bleiben soll.

5. Ich will in diesem Zusammenhang – und hier gehört es her – ein Stichwort thematisieren, das nicht jedem von Ihnen geläufig ist, das aber in den Diskussionen auf europäischer Ebene eine große Rolle spielt, nämlich das Stichwort „Daseinsvorsorge“.

Im EG-Vertrag hat es seinen Niederschlag gefunden im Artikel 86 Absatz (2) und in Artikel 16 als „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“. Ein Begriff, der von Forsthoff aufgebracht wurde und z.B. die Bereiche Verkehr, Energieversorgung u.ä. umfasst, aber auch z.B. den Bereich des öffentlichen Rundfunks, das Sparkassenwesen und auch das Rechtswesen. Bisher ist dieses im Zusammenhang mit dem Rechtswesen nicht thematisiert worden, im Bereich des Notariats schon überhaupt nicht wegen Artikel 45 EG-Vertrag. Im Verfahren vor dem EuGH wegen der Frage der Assoziierung von Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern in den Niederlanden ist dieser Begriff verwandt worden von Generalanwalt Leger, allerdings hat der EuGH in seinem zwischenzeitlich ergangenen Urteil diesen Begriff nicht ausdrücklich aufgenommen, allerdings dieses Verbot der Assoziierung für europarechtlich zulässig erklärt.

Thematisiert wurde und wird die „Daseinsvorsorge“ unter dem Gesichtspunkt der Liberalisierung und der Wettbewerbsverfälschung.

So ist z.B. im Bereich der Sparkassen oder auch der Wasserversorgung oder ganz aktuell des öffentlichen Rundfunks nicht bestritten, dass hier die Mitgliedstaaten einen größeren Gestaltungsspielraum haben, aber ein fairer Wettbewerb muss gewährleistet sein. Es darf insbesondere nicht durch Quersubventionierungen zu Wettbewerbsverfälschungen kommen.

Es liegt m.E. auf der Hand, dass gerade die Tätigkeiten der versorgenden Rechtspflege und damit der Notare wenn schon nicht unter Artikel 45, dann jedenfalls unter dieses Institut „Daseinsvorsorge“ fallen, wo die Mitglied-

staaten eine größere Gestaltungsfreiheit haben.

Aus diesem Grunde ist es richtig, dass mit dem Angriff auf den Staatsangehörigkeitsvorbehalt und dem Bestreiten der Geltung des Artikels 45 ein Eingriff in die Gestaltung des notariellen Berufsrechts in den einzelnen Mitgliedstaaten nicht zwingend verbunden ist.

Aber es muss als entscheidender Punkt festgehalten werden, dass mit einer Verneinung der Geltung des Artikels 45 die Deutungshoheit und Entscheidungshoheit in nahezu allen Fragen auf die europäische Ebene, im Ergebnis den Europäischen Gerichtshof, übergeht und von dort beurteilt werden wird und kann, ob die Regelungen z.B. zum Zugang und zur Berufsausübung „angemessen“, „vernünftig“, „verhältnismäßig“ und damit mit europäischem Recht vereinbar sind. Wenn man sich vergegenwärtigt, dass solche Entscheidungen nur begrenzt einer juristisch-begrifflichen Deduktion zugänglich und dass sie in hohem Maße vom Vorverständnis und dem Erfahrungshintergrund der Entscheidungsträger abhängig sind und dass dieser Erfahrungshintergrund ohnehin nur begrenzt vorhanden sein kann, darüber hinaus national außerordentlich unterschiedlich – teilweise gar nicht – vorhanden ist, wird man die weitere Entwicklung nicht ohne Sorge betrachten können. Dennoch ist festzuhalten, dass allzu weitgehenden Eingriffen durch dieses vertragsrechtliche Institut der „Daseinsvorsorge“ zusätzlich Grenzen gesetzt sind.

6. Auf eine zentrale Regulierung, etwa durch eine Richtlinie, zu setzen, erscheint mir nicht sinnvoll. Dazu sind die Verhältnisse zu unterschiedlich und wenig vergleichbar. Aus welcher Einstellung heraus sollen z.B. die Regierungen aus Irland, dem Vereinigten Königreich, Dänemark oder Schweden oder die Abgeordneten aus diesen Ländern ihr Urteil bilden? Im Ergebnis würde eine zentrale Regulierung des Berufsrechts eher auf dem niedrigsten Level eine Mehrheit finden. Deshalb

sollte die Zielrichtung sein, auf den Gedanken der Subsidiarität und der Pluralität zu beharren und unter den Rechtsgedanken der Daseinsvorsorge und der in Artikel 45 enthaltenen – die Staatsangehörigkeit möglicherweise nicht umfassenden – Wertung die Gestaltungshoheit der Mitgliedstaaten für den Bereich des Notariats zu verteidigen. Das schließt nicht aus, unter Mitwirkung der Konferenz der Notariate der Europäischen Union – die hier schon erfolgreiche Vorarbeit geleistet hat – eine Annäherung der einzelnen Berufsordnungen und Notariatssysteme in den einzelnen Mitgliedstaaten gemeinsam und auf freiwilliger Basis schrittweise herbeizuführen.

Dieser Prozess kann möglicherweise auch durch die im Rahmen der Erweiterung hinzukommenden neuen Länder und deren Notariate unterstützt werden.

II. Die Bedeutung des europäischen Rechts für das Notariat als Institution, für die Rechtsmaterie, mit der der Notar umgehen muss und umgekehrt – die Bedeutung der Urkunde, der vorsorgenden Rechtspflege im europäischen Recht

1. Der Einfluss des europäischen Rechts für die Rechtsmaterie, mit der der Notar alltäglich umgehen muss, ist zwischenzeitlich allgemein bekannt, das neue Schuldrecht, das Gesellschaftsrecht, die vielen Richtlinien und Verordnungen – ich will hier nur erwähnen die kürzlich in Kraft getretene Insolvenzverordnung, Verordnung über die Anerkennung von Urteilen (und von notariellen Urkunden) in Zivilsachen, die Verordnung über die Anerkennung von Entscheidungen in Ehe- und Kindersachssachen, die Verbraucherkreditrichtlinie, die Fernabsatzrichtlinie, die Richtlinie zu Pauschalreisen, zu missbräuchlichen Klauseln (AGB-Recht), die Richtlinie zur Produkthaftung und vieles andere.

Kritik mag berechtigt sein, aber sie trifft vielfach die moderne Gesetzgebung insgesamt, die Missstände sind nicht spezifisch europäisch, sondern ein allgemeines Problem des demokratischen Gesetzgebers unserer Zeit. Die vielfältigen Einflüsse unterschiedlicher Interessen, die Notwendigkeit, eine Mehrheit zu finden und deshalb Kompromisse einzugehen, stehen einer konsistenten, systematischen und durchdachten Gesetzessystematik oft im Wege.

Deswegen stehe ich dem Vorhaben, auf europäischer Ebene ein – verbindliches – Zivilrecht zu konzipieren, sehr skeptisch gegenüber. Dieses sollte allenfalls am Ende einer Entwicklung stehen und nicht oktroyiert werden. Im Übrigen gehört das Recht nicht den Juristen, sondern macht einen großen Teil der kulturellen Identität einer Nation aus.

2. Wie steht es mit der Bedeutung des Notariats, der Urkunde, der Beurkundung und deren Stellenwert im europäischen Recht?

Hier sind zwei moderne Zauberwörter zu erwähnen, die überall großen Zuspruch finden:

Verbraucherschutz und Vorsorgeprinzip – und damit möchte man meinen, sei das Tor für die Aufmerksamkeit auf notarielle Tätigkeiten weit offen.

Aber das Vorsorgeprinzip wird nur im Zusammenhang mit Umweltschutz, Gesundheit, Lebensmitteln u.ä. betont, im Zusammenhang mit dem Rechtswesen besteht in der allgemeinen öffentlichen Diskussion Fehlanzeige – auch in Deutschland.

Verbraucherschutz hat dagegen Aufmerksamkeit auch im Recht. Aber hier wird es eher als Begründung für Detailregulierungen teilweise bis zur Entmündigung des Verbrauchers eingesetzt. Leider wird vor allem das Widerrufsrecht als ein probates Mittel des Verbraucherschutzes im Recht eingesetzt, obwohl nach einer Studie we-

niger als 1 v.H. der Verbraucher von dem Widerrufsrecht Gebrauch machen.

Problematisch sind auch die Assoziationen, die mit „Verbraucher“ verknüpft sind. Im Bild ist dann der sog. kleine Mann, der hilflose, überforderte, einzelne Mensch, der von einem mächtigen, nur auf den Profit bedachten, skrupellosen Unternehmer über den Tisch gezogen wird. Dies gibt es natürlich auch. Aber die daraus resultierenden Regelungen erfassen auch eine große Zahl ganz anderer Sachverhalte, auch solche, bei denen der vermögende, bestens beratene „Verbraucher“ einem z.B. Kleinunternehmer gegenübersteht.

Verbraucherschutz ist zweifelsohne eine der vornehmsten Aufgaben und Pflichten des Notars: Schutz des Schwächeren, Warnung, Beratung, Belehrung, Gewährung von Überlegungsfristen, Streitvermeidung, die Herstellung von Rechtssicherheit durch qualifizierte Beratung einer unabhängigen Person mit staatlicher Überwachung und zu sozialen Preisen. Dies gewährleistet wahrhaftig Schutz des Verbrauchers, schafft Vorsorge und Streitvermeidung und macht – und das ist nicht das Geringste – die Freiheit des Einzelnen möglich, d.h. Vertragsfreiheit und angemessene Regelungen des Einzelfalls.

Dies alles ist wohl wahr. Mit der großen Bedeutung von Vorsorge und Verbraucherschutz müsste eigentlich der Blick ganz automatisch auf einen stärkeren Einsatz notarieller Tätigkeiten hingeleitet werden. Aber so ist es nicht. In der Rechtswirklichkeit, in Rechtssetzung und Rechtsentwicklung findet dies kaum seinen Niederschlag, auch in Deutschland nicht, in Europa aus vielerlei Gründen noch weniger.

Lassen sie mich ganz unverblümt und ungeschützt einige Punkte nennen und dabei vielleicht auch plakativ etwas überzeichnen:

a) Zunächst muss man sich vergewärtigen, dass das Notariatswe-

sen – die Urkunde – in ganz besonderer Weise etwas Gewachsenes ist mit vielen Facetten, die ineinander greifen und die man nicht einfach per Dekret vorschreiben kann. Liegenschaftsrecht, Prozessrecht, Grundbuchordnung, Register, Beurkundungsrecht, Ständerecht, Zugang zum Notariat, Überwachung der Berufsausübung, das alles hängt miteinander zusammen und greift ineinander. Wenn neues Recht gesetzt wird oder viele unterschiedliche Rechtsordnungen in Europa miteinander kompatibel gemacht werden sollen, ist dies vor diesem Hintergrund kaum lösbar.

b) In der Rechtssetzung spielt die Wahrnehmung, der Erfahrungshintergrund der handelnden Personen in den gesetzgebenden Körperschaften – Parlament und Ministerrat (also Verwaltungen) – eine entscheidende Rolle.

Teile dieser handelnden Personen kennen aber das Notariat gar nicht, auch die entsprechenden Rechtsvorschriften sind ihnen nicht gegenwärtig. Wie sollen sie entsprechende Vorschläge und deren Konsequenzen einschätzen können?

c) Aber auch dort, wo es die Institution des Notariats gibt, existiert es in den unterschiedlichsten Ausformungen, was wiederum unterschiedliche

Erfahrungshintergründe und Einschätzungen mit sich bringt.

d) „Vorsorgende Rechtspflege“ ist schon in Deutschland – außer dem Fachjuristen – niemandem geläufig. In Europa dürfte die Verständigung schon an der Übersetzung scheitern.

e) Im Fokus des Interesses der europäischen Ebene steht eher das Massengeschäft, nicht das Immobilienrecht, das Erbrecht, das Eherecht. Damit befindet sich die notarielle Tätigkeit nicht im Blickfeld des Interesses.

f) Bereitschaft zum Formzwang? Dieser wird eher als lästig angesehen, auch in Deutschland. Ihn von oben neu und verschärfend anzuordnen, stößt eher auf Widerstände. Schließlich setzt die Pflicht zur notariellen Beurkundung auch die entsprechenden rechtlichen Infrastrukturen voraus.

g) Wichtig für das Notariat in Deutschland ist das allgemeine Vertrauen der Bevölkerung in die Institution als solche. Aber wo man die Institution nicht kennt, wo soll dann das Vertrauen herkommen?

h) Berichte über Fehler in Urkunden und Unkorrektheiten im Verfahren spielen eine Rolle. Leider wird dabei nicht zur Kenntnis genommen, dass

es sich um verschwindend wenig Fälle handelt, weil nun einmal über die gelungenen Urkunden und die korrekten Arbeitsweisen naturgemäß nicht berichtet wird, ja gar nicht berichtet werden darf. Im Übrigen geht nicht jede „fehlgeschlagene“ Urkunde auf einen Fehler des Notars zurück.

i) In Wahrheit fällt ein Kostenvergleich der Systeme für das Notariat sehr günstig aus. Die entsprechenden Untersuchungen sind bekannt. Aber in der allgemeinen Wahrnehmung werden Kosten eher als Hemmnis im Binnenmarkt empfunden.

j) Im politischen Alltag kommt es nicht zuletzt darauf an, wer sich wofür einsetzt. Wer aber wird sich für notarielle Beurkundungen, für Formvorschriften, für Notariatsverfassungen einsetzen? Die Notare selbst stehen in Verdacht, pro domo zu reden. Wer bleibt dann? Die Industrie, die Banken, die Rechtsanwälte, die Kommissionsbeamten, die Verbraucherverbände? Es handelt sich hier um einen ganz typischen Fall des Allgemeinwohls, des Allgemeininteresses, das aber nicht organisiert ist und hinter dem keine unmittelbaren Interessen stehen.

k) Dies alles gilt in gewisser Weise auch für Deutschland, aber auf der europäischen Ebene gilt es in besonderer Weise.

Damit ich nicht missverstanden werde, als ob alle Welt gegen das Notariat wäre. So ist es natürlich nicht. Aber es ist eben ein Unterschied, ob man eine Institution hat, die gewachsen ist und Ansehen genießt oder ob man sie voranbringen, verbreiten, gar neu einführen will. Hierfür braucht man Kräfte, die dieses wollen, die einen entsprechenden Erfahrungshintergrund haben und Mittel einsetzen, um es durchzusetzen, und deswegen muss ich meine Skepsis vortragen. Selbstverständlich kann man rechtstheoretisch und auch prinzipiell eine zentrale Einführung des Prinzips Urkunde und Notariat auf europäischer Ebene bestens begründen. Aber die Chancen,



3. Tagung Berufspolitik: Blick ins Auditorium

dies in der Praxis umzusetzen, scheinen mir doch sehr gering.

Es sollte zunächst freiwillig, durch Überzeugung geschehen, durch mühsame und kleine Schritte z.B. durch Einführung von Registern auf nationaler Ebene. Ein entscheidender Schritt wäre schon die Bewusstseinsbildung über den Wert und die Bedeutung dort, wo es diese Institutionen bereits gibt.

l) Deshalb halte ich es für besonders wichtig, überall dort, wo es in Betracht kommt, für Öffnungsklauseln in den europäischen Gesetzen zu streiten, also dafür, dass es den Mitgliedstaaten erlaubt ist, für Rechtsgeschäfte, die im Rahmen notarieller Urkunden errichtet werden, von den Vorschriften einer Richtlinie, z. B. vom Widerrufsrecht, absehen zu können. Solche Vorbehalte sind in einigen Richtlinien auch bereits enthalten, zuletzt in der Richtlinie über den Fernabsatz für Finanzdienstleistungen, wo die Mehrheit im Parlament für einen solchen Vorbehalt war, es im Ministerrat aber erhebliche Widerstände gab, die dann im Vermittlungsausschuss ausgeräumt werden konnten.

Allein schon durch die Aufnahme solcher Öffnungsklauseln wird auf europäischer Ebene das Bewusstsein für notarielle Tätigkeiten geweckt und der Einsatz hierfür darf nicht nur auf der europäischen Ebene im Einwirken auf das Parlament und die Kommission erfolgen, sondern muss durch die ein-

zelnen nationalen Notarkammern und Verbände auch auf der nationalen Ebene einsetzen, damit diejenigen Mitgliedstaaten, die das lateinische Notariat kennen, sich hierfür auch in den Beratungen des Ministerrates stark machen und durchsetzen und sich nicht mit den Mitgliedstaaten, z.B. des angelsächsischen Rechtskreises, auf den kleinsten gemeinsamen Nenner einigen.

m) Die Art der Rechtssetzung in der Kommission ist ein eigenes Problem. Die Richtlinien und Verordnungen werden in den jeweiligen Generaldirektionen erarbeitet. Es gibt keinen Rechtspflegekommissar, bei dem gewissermaßen auch solche Fragestellungen gebündelt werden könnten.

III. Schlussbemerkungen

Damit ich nicht missverstanden werde: Es gibt keinen Grund davon auszugehen, dass von der europäischen Rechtsentwicklung her grundlegende Eingriffe oder überhaupt Eingriffe in die nationalen Notariatsverfassungen ausgehen werden. Aber es gibt umgekehrt auch keine Garantie dafür, dass solche Entwicklungen nicht angestoßen werden, wobei es sich meist um einzelne Ereignisse und Entscheidungen handelt, die Anstoß zu Veränderungen geben, die eigentlich gar nicht beabsichtigt waren. Dabei wird jeweils eine erhebliche Rolle spielen, wie gefestigt die Position des Notariats innerhalb des je-

weils nationalen Rechtssystems und seine – positive – Verankerung im Bewusstsein der rechtsuchenden Bevölkerung ist und wie weit europäische Entwicklungen nur zum Anlass genommen werden, um auf nationaler Ebene Änderungen herbeizuführen.

In Deutschland ergeben dabei die unterschiedlichen Notariatsverfassungen einen zusätzlichen Unsicherheitsfaktor, weil aus ihnen wiederum ganz unterschiedliche Erfahrungshintergründe bei den jeweiligen Entscheidungsträgern resultieren und nicht immer eine geschlossene Selbstdarstellung möglich ist.

Wir leben in einer offenen demokratischen Mediengesellschaft und keine Struktur hat Ewigkeitsgarantie, sondern muss sich immer wieder der Diskussion stellen und sich beweisen, in der täglichen Arbeit bewähren und Rückhalt in der Bevölkerung und bei den Entscheidungsträgern sichern. Angst vor der Zukunft und vor Veränderungen ist ein schlechter Ratgeber. Es kommt darauf an, die europäische Rechtsentwicklung positiv zu begleiten – und zwar nicht in erster Linie aus Standesgesichtspunkten heraus, sondern im Interesse des Gemeinwohls, wozu gerade die Notare als unabhängige Sachwalter in besonderer Weise berufen sind.

Den Notaren geht im Laufe ihres Berufslebens die Pflicht zur Diskretion in Fleisch und Blut über. Das muss sie

GEBRÜDER WEISS & CIE. MÜNCHEN

seit  1830

älteste Spezialfirma für Notare

80469 München · Reichenbachstraße 18

Telefon 089-2015642 · Fax 089-2013179

e-mail: notarbedarf@t-online.de · <http://www.notarbedarf.com>

nicht hindern, sich in der Öffentlichkeit zu Wort zu melden und an Auseinandersetzungen zu beteiligen, Öffentlichkeitsarbeit und Selbstdarstellung des Berufsstandes sind in der modernen Gesellschaft nichts Unfeines mehr.

Was die europäische Perspektive anbelangt, so sollte der Ansatz zunächst – natürlich – auf der europäischen Ebene gesucht werden, bei Kommission, Parlament und Ministerrat, wie dies ja auch seit einigen Jahren durchaus mit Erfolg und mit wachsendem Einsatz geschieht. Besonders zu begrüßen ist dabei auch die Beteiligung der Notare als sachkundige Gutachter durch Stellungnahmen zu allgemeinen Gesetzesvorhaben, also gerade nicht

durch spezifische, standesrechtliche Interessenvertretung. Doch mit der Tätigkeit auf der europäischen Bühne ist es nicht getan. Zu unterschiedlich sind die Kenntnisse, die Erfahrungshorizonte der europäischen Akteure. Die europäische Thematik und Problematik sollte immer wieder auch in die Gespräche und Meinungsbildungsprozesse auf den nationalen Ebenen der einzelnen Mitgliedstaaten, die über ein lateinisches Notariat verfügen, erfolgen. Dabei gilt es, die Grundsätze der Subsidiarität und Pluralität i.S. der Wahrung und Beibehaltung bewährter nationaler und regionaler Besonderheiten zu betonen.

Der Deutsche Notartag in Dresden hat dies in hervorragender Weise ge-

tan. Aber gerade auch der Deutsche Notarverein widmet der europäischen Entwicklung große Aufmerksamkeit und leistet in diesem Sinne einen wertvollen Beitrag, nicht zuletzt mit der heutigen Tagung.

Die Notare brauchen sich nicht zu verstecken. Es gilt die Zukunft zu gestalten, nicht verzagt zu sein. Das Notariat wird seine Zukunft in Europa haben.

An diese politisch engagierte Rede schloss sich der Vortrag von Frau Dr. Fröhlinger an.

Vortrag von Dr. Margot Fröhlinger, Abteilungsleiterin GD Binnenmarkt (Zusammenfassung)

Frau Dr. Fröhlinger wies darauf hin, dass das Thema inhaltlich auch das Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen des Staatsangehörigkeitsvorbehalts für Notare berühre. Sie fand Verständnis, keine konkreten Auskünfte zu diesem laufenden Verfahren geben zu können, und große Anerkennung, vor einem kritischen Auditorium zu sprechen.

1. Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare?

Frau Dr. Fröhlinger sprach sogleich den strittigen Punkt an, dass einige Mitgliedstaaten den Notarberuf eigenen Staatsangehörigen vorbehielten. Dieser Vorbehalt z. B. in § 5 BNotO sei angesichts der geplanten Unionsstaatsbürgerschaft (Art. 17 ff. EGV) ein Anachronismus. Es gehe nicht allein um das Recht der Niederlassungsfreiheit; vielmehr auch um das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 12 EGV). Dieses Diskriminierungsverbot sei ein Grund-

prinzip der Europäischen Union und des Europäischen Einigungsprozesses.

Sie schlug vor, den Staatsangehörigkeitsvorbehalt unter Berücksichtigung dieses Prinzips und unabhängig vom laufenden Vertragsverletzungsverfahren aufzugeben. Es gebe keine zwingende Verbindung zwischen Art. 45 EGV und dem Staatsangehörigkeitsvorbehalt. Sie verweise auf die öffentlich bestellten Vermessungsingenieure, die nach deutscher Auffassung ebenfalls hoheitlich tätig seien, aber nicht am Erfordernis der Staatsangehörigkeit festhielten. Das starre Festhalten der Notare am Staatsangehörigkeitsvorbehalt sei nicht gut für deren Image.

Frau Dr. Fröhlinger verwies auf das Risiko, das der Berufsstand im Falle eines Verfahrens vor dem Europäischen Gerichtshof eingehe. Der Gerichtshof stelle nicht auf ein bestimmtes Berufsbild als Ganzes ab, sondern werde die Anwendbarkeit von Artikel 45 auf die einzelnen von Notaren ausgeübten

Tätigkeiten prüfen. Selbst wenn der Gerichtshof der in Deutschland vertretenen Auffassung folgen sollte, dass notarielle Kerntätigkeiten, wie die Beurkundung, als Ausübung hoheitlicher Gewalt anzusehen seien, werde er dies aller Wahrscheinlichkeit nach jedenfalls für die Rechtsberatung verneinen. Daraus könnten sich für den Berufsstand unerwünschte Konsequenzen ergeben.

Im Übrigen hob sie hervor, dass die Rechtfertigung des Berufs- und Standesrechts für Notare nicht mit der Anwendbarkeit von Artikel 45 EGV stehe und falle, es gehe keinesfalls um „Alles oder Nichts“. Berufsrechtliche Regelungen könnten, auch wenn sie in den Anwendungsbereich von Artikel 43 und 49 EGV fielen und die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit beschränkten, aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt sein, etwa wenn sie erforderlich seien, um das ordnungsgemäße Funktionieren der Rechtspflege zu gewährleisten. Insofern sei zu bedenken, dass die



Podium: Notar Kurt Lechner, MdEP, Notar Dr. Wolfgang Baumann, Dr. Margot Fröhlinger, EU-Kommission

Kommission nur den Staatsangehörigkeitsvorbehalt als solchen zum Gegenstand des Verfahrens gemacht und bewusst davon abgesehen habe, andere Regelungen wie beispielsweise die Berufsplanung anzusprechen.

2. Berufsrecht und Wettbewerbsrecht

Frau Dr. Fröhlinger sprach sodann weitere Aspekte nationaler Berufsrechte an, die sich am Maßstab des Gemeinschaftsrechts und insbesondere am Wettbewerbsrecht messen lassen müssten. Die Rechtsprechung des EuGH zu berufsrechtlichen Regelungen zeige jedoch, dass das Gemeinschaftsrecht berufsrechtliche Regeln dort anerkenne, wo sie zur ordnungsgemäßen Durchführung des Berufs erforderlich seien, unabhängig davon, ob die Regeln vom Gesetzgeber oder von den Kammern erlassen seien.

Ein italienisches Gericht habe beispielsweise dem EuGH in der Rechtsache *Arduino* die Frage vorgelegt, ob die Gebührenordnung italienischer Rechtsanwälte gemeinschaftsrechtskonform sei. Der EuGH habe darauf abgestellt, dass die Kammer zwar Einfluss auf die Gebührenordnung habe, diese aber letztlich vom staatlichen Gesetzgeber verantwortet werde.

In der Rechtssache *Wouters* habe der EuGH zur Beschränkung von Sozialisierungsmöglichkeiten durch Regelun-

gen der niederländischen Kammer für Rechtsanwälte zwar ausgeführt, dass Kammern grundsätzlich als Unternehmensvereinigungen im Sinne des Art. 81 EGV anzusehen seien. Die von ihnen autonom erlassenen Berufsausübungsregeln seien jedoch europarechtlich zulässig, wenn sie sich auf das beschränkten, was für die ordnungsgemäße Ausübung des Berufs erforderlich sei. Insofern handele es sich nicht um eine Beschränkung des Wettbewerbs. Dies wurde wegen der für unterschiedliche Berufe geltenden unterschiedlichen Standesregeln, insbesondere die unterschiedlich ausgestaltete Verschwiegenheitspflicht, bejaht.

3. Sekundäres Gemeinschaftsrecht und Notariat – Diplomanerkennung

Frau Dr. Fröhlinger sprach sodann die Richtlinie zur gegenseitigen Anerkennung von Diplomen an. Sie referierte die Haltung der Bundesregierung und aus dem deutschen Notariat, wonach die Diplomanerkennungsrichtlinie von 1989 auf Notare nicht anzuwenden sei. Dem stellte sie die Haltung der Kommission gegenüber. Diese halte die Diplomanerkennungsrichtlinie für grundsätzlich anwendbar. Dies führe zu dem Grundsatz, das auch ein juristischer Abschluss in einem anderen Mitgliedstaat für den Zugang zum Notariat anzuerkennen sei. Wie sie be-

reits ausgeführt habe, könne der Charakter notarieller Tätigkeiten es rechtfertigen, für diese Tätigkeiten weitere nationale Anforderungen festzulegen; beispielsweise sei ein Assessorat oder eine Zusatzprüfung denkbar.

4. Ausblick in die Zukunft

Zum Schluss betonte Frau Dr. Fröhlinger, dass der Binnenmarkt und die europäische Integration neue Chancen und Aufgaben für Notare mit sich brächten. Als Beispiele nannte sie grenzüberschreitende Gründungen von Gesellschaften oder grenzüberschreitende Immobilientransaktionen und die Verflechtung der Notariate verschiedener Länder. Sie hoffe bei der Gestaltung eines europäischen Berufsrechts auf die Mitarbeit des Notarstandes. Ausdrücklich begrüßte sie die Bestrebungen, das lateinische Notariat in Osteuropa einzuführen. Diese Notariatsform griechisch-römischen Ursprungs habe eine jahrhundertalte Tradition. Im Laufe der Zeit habe sie immer wieder Änderungen erfahren; das Grundprinzip sei jedoch nie angegriffen worden. Das Notariat könne daher mit Zuversicht in die Zukunft blicken und solle sich darum bemühen, sich als fortschrittlicher und europafreundlicher Berufsstand zu profilieren.

Diskussion:

Dr. Baumann dankte Frau Dr. Fröhlinger für diese offenen Worte. Dr. Baumann unterstrich zunächst die Europafreundlichkeit der Notare. Der Berufsstand der Notare bemühe sich seit Jahren um eine europäische Harmonisierung der Berufsbilder. Diese europaaorientierten Ziele würden durch die Arbeit von zwei Europakommissionen der Internationalen Union des Lateinischen Notariats und der Europäischen Präsidentenkommission verfolgt. Die genannten Kommissionen hätten zahlreiche Beiträge und Vorschläge zur Harmonisierung des europäischen Rechts geliefert. Im Berufsrecht sei der Europäische Kodex des notariellen Standesrechts entwickelt worden, der den Notaren grenzüber-

schreitende Amtshilfe ermögliche, weil die Notare in allen Staaten mit römisch-rechtlich geprägtem Notariat ihre Hoheitsbefugnisse nur im eigenen Land ausüben dürfen. Die Europafreundlichkeit der Bundesnotarkammer werde unter anderem auch dadurch unterstrichen, dass sie sich als eine der wenigen Institutionen für eine Vereinheitlichung des europäischen Schuldvertragsrechts ausgesprochen habe.

Dr. Baumann wies zur Eröffnung der Diskussion auf die Bedeutung des Berufsrechts der Notare für die Sicherheit des Rechtsverkehrs und den Schutz der Verbraucher hin. Zweck des Berufsrechts sei nicht die Regelung innerer Standesordnungen der Notare. Vielmehr diene das Berufsrecht der verfahrensrechtlichen Absicherung vorsorgender Rechtspflegefunktionen der Notare im Bereich der Freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die in der Bundesnotarordnung vorgesehene staatliche Überwachung der Notare durch die Dienstaufsichtsbehörden der Landesjustizverwaltungen gewährleiste ein ordnungsgemäßes Funktionieren der öffentlichen Notarämter.

Neuere Initiativen der EU-Kommission würden die Einbindung der Notare in die staatlichen Rechtspflegefunktionen nicht hinreichend berücksichtigen. Verantwortlich für diese Zeitströme sei der Einfluss des anglo-amerikanischen Rechtssystems, das keine freiwillige Gerichtsbarkeit, keine öffentlichen Register, keine öffentlichen Urkunden und keinen Notar lateinischer Prägung kenne. Diese Entwicklung, verbunden mit der aus Kommissionen angestrebten Liberalisierung im Bereich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, würde nicht nur von den Notaren Kontinentaleuropas, sondern in allen Reformstaaten Osteuropas als Bedrohung der soeben erfolgreich wieder aufgebauten Freiwilligen Gerichtsbarkeit angesehen. Die Diktaturen Osteuropas hatten das Notariat verstaatlicht. Mit der Befreiung der politischen Systeme wurde auch das freie Notariat

eingeführt, welches in allen Reformstaaten den öffentlichen Amtsträger Notar lateinischer Prägung eingeführt habe. In der Kommission seien Kenntnisse über die öffentlichen Funktionen der Notare nicht hinreichend verankert. Selbst elementare Grundkenntnisse – wie die fehlende Errichtungsmöglichkeit öffentlicher Urkunden durch Notare im Ausland – seien bei manchen Kommissionsmitgliedern nicht vorhanden. Im Ausland seien die Konsularbeamten für diese Aufgaben zuständig.

Aus der Bindung der Notare an ihre jeweilige Rechtsverordnung – u. a. durch den Amtseid dokumentiert – folge bis zu einer gesetzlichen Neuordnung der gesamten Freiwilligen Gerichtsbarkeit in ganz Europa, dass der Notar als staatlicher Amtsträger nur in seinem Staat wirksame Urkunden errichten könne und als Hoheitsträger mit staatlichen – in einzelnen Ländern auch fiskalischen Hilfsbefugnissen – in die jeweilige staatliche Ordnung eingebunden sein müsse.

Frau Dr. Fröhlinger stellte die Frage, ob es in Deutschland dabei verbleiben solle, dass ein Bürger der EU, beispielsweise ein junger Franzose, der die nötige Qualifikation mitbringe und auch sonst alle Anforderungen erfülle, nur deshalb keinen Zugang zum Notarberuf haben solle, weil er kein deutscher Staatsangehöriger sei.

Aus dem Publikum wurde vorgebracht, dass Notare keine beliebigen Dienstleister seien, was die Kommission zum Beispiel bei der Signaturrichtlinie anerkenne. Es gebe die Befürchtung, Art. 45 EGV sei „verbraucht“, wenn der Staatsangehörigkeitsvorbehalt aufgegeben werde. Wichtig sei auch, bei der Diskussion der Niederlassungsfreiheit nicht die Dienstleistungsfreiheit aus dem Auge zu verlieren. Zwischen beiden Grundfreiheiten bestehe ein dogmatischer Unterschied; Art. 43 und Art. 49 ließen aber jeweils Beschränkungen der Grundfreiheiten aus Gründen des öffentlichen Wohls zu. Eine Harmonisierung

der Berufsrechte sei erst möglich, wenn die freiwillige Gerichtsbarkeit und das öffentliche Registerwesen europäisiert seien, da die Funktionen des Notars hiermit unauflöslich verbunden und davon abhängig seien.

Als warnendes Beispiel einer zu weitgehenden Deregulierung wurden die Wirtschaftsprüfer genannt: Indem man die Kontrolleure des Marktes auf den Markt geworfen habe, sei eine effektive Kontrolle abgeschafft worden. Es stehe zu befürchten, dass auch das Notariat seine Schutz- und Kontrollfunktion nicht mehr wahrnehmen könne, wenn notwendige Schranken fielen.

Als Erwartung an die Kommission wurde formuliert, diese möge die nationalen Gegebenheiten genauer betrachten. Betrachte die Kommission nur einzelne Tätigkeiten, müsse deren jeweiliger Funktionszusammenhang beachtet werden. Die notarielle Beratung beispielsweise unterliege stets den gleichen Regeln, ob sie eine Beurkundung zum Ziel habe oder nicht. Insbesondere sei die Rechtsberatung von Anwälten, die parteilich, auftraggeberbezogen sei, von der Rechtsberatung durch Notare, die stets eine dem Richter vergleichbare Amtspflicht zur Unparteilichkeit hätten, zu trennen. Für die weitere Diskussion wurde eine stärkere Folgenbetrachtung angemahnt; nämlich welches Bild des Notars für die Zukunft wegweisend sein solle.

Die lebhafte Diskussion bezog auch die vorangegangenen Ausführungen von Herrn Lechner, MdEP ein. Dabei wurde bedauert, dass die bisherige Rechtsentwicklung im europäischen Bereich, insbesondere im sekundären Gemeinschaftsrecht, die Funktionen des Notars kaum berücksichtigt habe. Es zeige sich eine Tendenz zu Lösungsmöglichkeiten aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis. Es wäre gut, wenn nicht nur das Parlament, sondern bereits die Kommission kontinentaleuropäische Traditionen einbringen würde.

2. Teil: Perspektiven eines Europäischen Vertragsrechts

Der zweite Teil der Tagung, der von Notar Dr. Hans Wolfsteiner geleitet wurde, schloss sich nahtlos an Erkenntnisse des ersten Teils an: Bestimmend für die Tätigkeiten der Notare sei das materielle (Vertrags-)recht mit Regelungssystemen, die entweder auf vorsorgende Betreuung und Rechtsgestaltung oder auf nachträgliches Eingreifen, z.B. durch Widerrufsrechte, abstellen.

Entsprechend formulierte Dr. Wolfsteiner zwei Antworten auf die Frage, ob Europäisches Vertragsrecht notarielles Berufsrecht sei. Die erste Antwort sei: Es sei selbstverständlich ausgeschlossen, den Mitgliedstaaten der europäischen Gemeinschaft, die das lateinische Notariat nicht kennen, nun ein lateinisches Notariat aufzuzwingen. Wenn das aber einerseits völlig ausgeschlossen sei, andererseits ein wirklich einheitliches europäisches Vertragsrecht geschaffen werde, dann heiße das, dieses europäische Vertragsrecht könne gar keine obligatorischen notariellen Formvorschriften enthalten, wie sie in allen Ländern des lateinischen Notariats mit mehr oder weniger großer Intensität bekannt seien. Ein solches allgemeines europäisches Vertragsrecht bedeute zugleich jedenfalls das Ende der obligatorischen notariellen Mitwirkung an Rechtsge-

schäften. Es liege auf der Hand, dass das Europäische Vertragsrecht damit im Ergebnis Berufsrecht sei. Der andere – weniger spektakuläre, aber im Grunde wichtigere Aspekt – sei der, dass sich die notarielle Tätigkeit in der Hauptsache mit Rechtsgeschäften befasse, also mit den Vorschriften des Zivilrechts über das Zustandekommen, die Auslegung und die Ausführung von Rechtsgeschäften, und zwar vorwiegend mit den vertraglich begründeten Rechtsverhältnissen. Schon im Augenblick werde das nationale Vertragsrecht sehr stark von europäischen Rechtsvorschriften beeinflusst, wie zum Beispiel der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf. Entwickle sich dieses Projekt so weiter, wie die einen oder anderen es sich wünschten (und die einen oder anderen es sich nicht wünschten), dann gehe es um nicht mehr und um nicht weniger, als dass eine völlig neue Grundlage notarieller Tätigkeit geschaffen werde. Diese Rechtsmaterie könne die berufliche Tätigkeit der Notare stärker beeinflussen als etwa das Vertragsverletzungsverfahren, das das Berufsrecht unmittelbar zum Gegenstand habe.

Dr. Wolfsteiner referierte, dass sich nicht nur die Kommission mit dem Europäischen Vertragsrecht befasse. Es gebe eine Reihe weiterer Initiativen,

zum Beispiel die Entschließung des Europäischen Parlaments, die Lando- und die Gandolfi-Kommission. Der Entwurf der Gandolfi-Kommission habe bei den Notaren solches Entsetzen ausgelöst, dass man sich unverzüglich in diese Diskussion eingeschaltet habe, um, wenn nicht schon einen „Anti-Gandolfi“, so doch Teile eines „Anti-Gandolfi“ vorzulegen.

Herr Dr. Wolfsteiner stellte Herrn Dr. Dirk Staudenmayer, Assistent des Generaldirektors in der Generaldirektion Gesundheit und Verbraucherschutz der europäischen Kommission, vor. Dieser sei schon lange im Bereich der Entwicklung des europäischen Zivilrechts tätig. Zum Beispiel habe er auch die Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf betreut und damit indirekt die Schuldrechtsreform ausgelöst. Im Juli / September 2002 habe die Kommission eine Studie betreffend das Sachenrecht im Zusammenhang mit dem Vertragsrecht ausgeschrieben. Genau das finde das ganz besondere Interesse der Notare. Das nicht zuletzt auch deshalb, weil der Gandolfi-Entwurf mit ungefähr eineinhalb Paragraphen das gesamte Sachenrecht gleich mitregele. Er erwarte von einem Europäischen Vertragsgesetzbuch am Schluss mehr. Mit diesen Vorbemerkungen bat er Dr. Staudenmayer um dessen Vortrag.

Vortrag von Dr. Dirk Staudenmayer, Assistent des Generaldirektors Gesundheit und Verbraucherschutz (Zusammenfassung)

Dr. Staudenmayer begann seinen Vortrag mit einem Blick auf die Vorgeschichte zu den Arbeiten der Kommission. Wenn man etwas weiter aushole, müsse man bis zum Oktober 1999 zurückgehen. Der wirkliche Auslöser sei im Wesentlichen eine Tagung des europäischen Rates, also der Staats- und Regierungschefs, in Tampere (Finnland) gewesen. In den Schlussfolgerungen des europäischen Rates sei ein

Untersuchungsauftrag an den Rat enthalten gewesen, nachzuprüfen, ob eine Annäherung des materiellen Zivil- und Handelsrechts der Mitgliedstaaten nötig und/oder machbar sei.

Ein halbes Jahr zuvor habe er mit seinem früheren Generaldirektor und zwei anderen Kollegen ein Buch veröffentlicht: In diesem habe er die Geschichte und die Tätigkeit des europä-

ischen Rates untersucht. Aus der Auswertung aller Schlussfolgerungen des europäischen Rates vom Anfang der siebziger Jahre an bis heute habe er gelernt, dass jeder wirkliche Integrationsschritt der europäischen Gemeinschaft durch den europäischen Rat angestoßen und/oder entschieden worden sei, und dass fast alles, was der europäische Rat angestoßen habe, auch verwirklicht worden sei: In die-

sem Buch sei erwähnt worden, dass nur der europäische Rat die politische Autorität habe, um an ein einheitliches Zivilrecht zu gehen. Sechs Monate später, ohne sein Zutun, habe sich dieser Untersuchungsauftrag in den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Tampere gefunden. Darauf hätten interne Beratungen der Kommission eingesetzt, und es sei beschlossen worden, eine Arbeitsgruppe einzusetzen.

Er habe die Aufgabe gehabt, diese dienststellenübergreifende Arbeitsgruppe zu leiten. Sie habe sich aus Vertretern der Generaldirektion Gesundheit und Verbraucherschutz, der Generaldirektion Binnenmarkt, der Generaldirektion Unternehmen, der Generaldirektion Justiz und Inneres und des juristischen Dienstes der Kommission zusammengesetzt. Sie hätten die Aufgabe erhalten, eine Mitteilung mit Antworten auf diesen Untersuchungsauftrag des europäischen Rates zu entwerfen. Gleichzeitig habe der Rechtsausschuss des Europaparlaments eine Initiativresolution zu diesem Thema vorbereitet.

Seit der Mitte der achtziger Jahre habe es in der Gemeinschaft eine Reihe von Harmonisierungsmaßnahmen im Vertragsrecht gegeben. Weil diese Bereiche sehr punktuell geregelt worden seien, habe die Wissenschaft dies teilweise als pointilistischen Ansatz oder als Flickenkantensatz bezeichnet. Kritisiert worden sei, dass kein gesamtübergreifender Ansatz gewählt worden sei. Nach zwanzig Jahren sektorieller Harmonisierung habe die Kommission die Ansicht gewonnen, es sei eine kritische Masse erreicht, bei der man sich die Frage stellen müsse, wie es weitergehen solle. Man habe sich gefragt, ob es trotz oder sogar gerade wegen dieses sektoriellen Harmonisierungsansatzes Probleme für den Binnenmarkt und die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts gebe. Deswegen habe man die Mitteilung zum Juli 2001 vorgelegt.

Der erste Teil der Mitteilung enthalte Fragen an die interessierte Öffentlichkeit mit der Bitte, solche Pro-

bleme zu benennen und diese möglichst detailliert zu beschreiben.

Der zweite Teil der Mitteilung beschäftige sich mit vier Optionen für den Fall, dass es solche Probleme gebe.

- Die erste Option sei, die Regelung dem Markt zu überlassen. Die Kommission solle nicht eingreifen, nur vielleicht Unterstützung für Industrieverbände bei der Information ihrer Mitglieder geben.
- Die zweite Option betreffe eine Erarbeitung von gemeinsamen Prinzipien im Wege der Forschung. Man sei der Ansicht, dies könne für Richter, vor allem Schiedsrichter, bei der Entscheidung internationaler Streitfälle nützlich sein; für den nationalen Gesetzgeber, wenn eine nationale Gesetzgebungsinitiative vorliege; für die Vertragsparteien, wenn Verträge abgefasst würden. Das sei eine Option, die keinerlei gesetzgeberisches Vorgehen seitens dieser Gemeinschaft vorsehe, sondern eine rein nicht-legislative Option.
- Die dritte Option beschäftige sich mit der Überarbeitung des existierenden Gemeinschaftsrechts. Man untersuche den Bestand an Regelungen des Gemeinschaftsrechts und verbessere es besonders dort, wo Inkohärenzen bestünden. Man passe das Gemeinschaftsrecht an den wirtschaftlichen Fortschritt an, gehe aber nicht über die bisherigen Regelungsbereiche hinaus.
- Die vierte Option schließlich sei ein neues Instrument. Hier sei völlig offen gelassen worden, wie das neue Instrument aussehen könne. Man habe im Wesentlichen drei Subkategorien angegeben, aus deren Kombination man verschiedene Modelle herausarbeiten könne. Das erste sei die Frage gewesen, welcher Rechtsakt für die Harmonisierung in Frage komme: eine Verordnung, eine Richtlinie oder eine Empfehlung. Dann die Frage, ob dieses Instrument neben dem bisherigen nationalen Recht bestehen soll, das heiße, soll das nationale

Recht weiter existieren? Oder solle es das bisherige nationale Recht ersetzen, wie bei der traditionellen Harmonisierung? Die dritte Frage betreffe den Anwendungsbereich: Sollen hier auch zwingende Regeln eingreifen, also zum Beispiel bei Verbrauchergeschäften, oder solle es nur den Bereich zwischen Privatleuten oder nur Handelskäufe betreffen?

Es gebe also eine Reihe von Möglichkeiten, die man hier kombinieren könne. Die Mitteilung ende mit einer Aufforderung zu Stellungnahmen. Diese Mitteilung habe eine relativ umfangreiche Konsultation in Gang gesetzt. Man sei mit dem starken Echo sehr zufrieden. Gliedere man die Herkunft nach Ländern auf, kämen bei weitem die meisten Stellungnahmen aus Deutschland und aus Großbritannien. Dr. Staudenmayer vermutete, dass die zeitliche Nähe mit der Schuldrechtsreform in Deutschland Wirkung gezeigt habe. Es sei gerade ein Argument für die Schuldrechtsreform gewesen, das deutsche BGB für die europäische Diskussion fit zu machen. Die europäische Diskussion belege, dass dieses Argument völlig zu Recht ins Feld geführt worden sei. Bei den Briten bestehe Sorge wegen des Common Law. Die Angst werde ausgesprochen, dass die Kommission das Common Law abschaffen und ein europäisches Zivilgesetzbuch einführen wolle. Das sei nicht die Absicht. Niemand in der Kommission wolle ein europäisches Zivilgesetzbuch einführen.

Dr. Staudenmayer ging dann detaillierter auf die Reaktionen ein. Diese hätten das weitere Vorgehen maßgeblich bestimmt. Man habe von allen drei Gemeinschaftsinstitutionen Stellungnahmen bekommen. Das Parlament und der Rat hätten im November 2001 einen Bericht bzw. eine Resolution verabschiedet. Der Wirtschafts- und Sozialausschuss habe ebenfalls im Juli letzten Jahres Stellung genommen. Hinzu komme das ausgesprochene rege Echo aus der interessierten Öffentlichkeit. Der Rat sei zeit-

lich der erste gewesen, der sich mit der Mitteilung befasst habe. Deutlich liege dem Ratsbericht eine tiefgehende Sorge um die Kohärenz des Gemeinschaftsrechts, die verbessert werden müsse, zugrunde.

Überraschend sei die Ansicht des Rates gewesen, dass auch das Familienrecht untersucht werden solle. Das Thema der Mitteilung nämlich umfasse nur, was in Deutschland als allgemeines und besonderes Schuldrecht bezeichnet werde, ein bisschen Allgemeiner Teil komme hinzu und Bezüge zum Sachenrecht. Besondere Vertragstypen seien erfasst, soweit sie grenzüberschreitende Verträge betreffen, sowie das Bereicherungsrecht und das Kreditsicherungsrecht. Das Deliktsrecht sei nur dort berührt, wo es schon im Gemeinschaftsrecht geregelt sei: bei der Produkthaftung. Das eigentliche Sachenrecht sei nicht Prüfungsgegenstand und ganz sicher nicht das Familienrecht oder das Erbrecht. Deshalb habe die Anregung des Rates überrascht, man solle prüfen, ob auch das Familienrecht Binnenmarkthindernisse im Bereich des reinen Personenverkehrs hervorrufen könne. Derzeit würden solche Anregungen jedoch zurückgestellt.

Allerdings fänden sich auch in den Stellungnahmen der interessierten Parteien Punkte, die über den Rahmen der Mitteilung hinausgingen und z. B. das Sachenrecht betreffen.

Ein konkretes Beispiel sei der Eigentumsvorbehalt. Mittlerweile gebe es eine Richtlinie zu den Verzugszahlungen, deren Artikel 4 zur Folge habe, dass die Mitgliedstaaten die Existenz eines Eigentumsvorbehalts anerkennen müssten. Aber das habe zwei Haken. Erstens sei dieser Artikel 4 gegen den Willen der Kommission und des europäischen Parlaments unter den Vorbehalt des anwendbaren nationalen Privatrechts gestellt. Im Rat hätten einige der Mitgliedstaaten den Eigentumsvorbehalt überhaupt nicht geregelt haben wollen. So sei der Kompromiss entstanden. Zwar erlösche der Eigentumsvorbehalt nicht

mehr, wenn das Gut die Grenze überschreite, aber ein gutgläubiger Erwerb sei möglich. Bei erweiterten oder verlängerten Eigentumsvorbehalten, die in einigen Mitgliedstaaten gelten, aber in anderen Mitgliedstaaten nicht, könnten erweiterte oder verlängerte Eigentumsvorbehalte ohne weiteres untergehen, wenn das Gut die Grenze überschreite.

Das Parlament habe in seiner Resolution genau denselben Punkt erwähnt. Der Rat habe die Kommission aufgefordert zu untersuchen, ob es im Bereich des Deliktsrechts und Sachenrechts irgendwelche Binnenmarkthindernisse gebe. Die Kommission wolle auf jeden Fall die Grenzbereiche zwischen Vertragsrecht auf der einen Seite und Sachen- und Deliktsrecht auf der anderen Seite darauf hin untersuchen, ob sich aus den unterschiedlichen Regelungen in den Mitgliedstaaten zu diesen Grenzbereichen Binnenmarkthindernisse ergeben. Ein Beispiel sei der Eigentumsvorbehalt. Diese Studie sei ausgeschrieben und Ende letzten Jahres vergeben worden. Herr Drobnig sei einer der Auftragnehmer. Im Herbst hoffe man auf Ergebnisse.

Dr. Staudenmayer kehrte nochmals zum Bericht des Rates zurück. Er habe bereits ausgeführt, dass eine wesentliche Sorge des Rates die um die Kohärenz des Gemeinschaftsrechts gewesen sei.

Der Rat habe sich im Wesentlichen darauf beschränkt, verfahrensbezogene Aufträge an die Kommission zu erteilen. Diese solle bis zum Ende 2002 das Ergebnis der Konsultation mit Schlussfolgerungen und Vorschläge vorlegen. Er verwies auf die bevorstehende Veröffentlichung des Papiers durch die Kommission (http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/index_de.htm).

Nach den Ausführungen zur Position des Rates wandte er sich dem Parlament zu. Das Parlament sei deutlich ehrgeiziger. Das Parlament habe im Wesentlichen einen Aktionsplan gefordert, einen Aktionsplan in drei Schrit-

ten -kurzfristig, mittelfristig und langfristig. Kurzfristig, nämlich bis Ende 2004, solle eine Datenbank mit der gesamten Vertragsrechtsgesetzgebung aller Mitgliedstaaten sowie der gesamten relevanten Rechtsprechung bis 2004 geschaffen werden. Auf der Grundlage dieser Datenbank solle die Kommission Forschung fördern, die gemeinsame Rechtsprinzipien, eine gemeinsame Rechtsterminologie und gemeinsame Lösungen für Probleme vorschläge. Letzteres sei interessant und entspreche im Wesentlichen der Option zwei aus der Mitteilung. Weiterhin solle die Kommission kurzfristig Vorschläge machen, um eventuell bestehende Inkohärenzen und Schwächen im Gemeinschaftsrecht zu beseitigen. In der zweiten, mittelfristigen Phase bis Ende 2008 wolle das Parlament, dass die Ergebnisse dieser Forschung veröffentlicht und verbreitet werden. Dies solle im akademischen Unterricht und in der Berufsbildung geschehen. Alle Gemeinschaftsinstitutionen sollten bei Gesetzgebungsvorschlägen im Bereich des europäischen Vertragsrechts diese gemeinsamen Prinzipien und Grundsätze sowie eine gemeinsame Terminologie berücksichtigen. Daneben solle durch eine Verordnung ein Instrument im Sinn einer Opt-In-Lösung geschaffen werden.

Langfristig, bis 2010, solle die Kommission evaluieren, ob dieses Opt-In-Instrument in ein Opt-Out-Instrument verwandelt werden solle, das auf der Basis des Artikels 95 des EG Vertrages dispositiv vorgesehen werden sollte.

Die Opt-Out-Lösung ähnele der Einbeziehung des UN Kaufrechts: Das heiße, es gebe ein automatisch anwendbares, dispositives Recht für grenzüberschreitende Verträge, das aber zu Gunsten eines immer noch anwendbaren nationalen Rechts ausgewählt werden könne. Eine Opt-In-Lösung sei ein neben dem nationalen Recht vorhandenes Vertragsrecht, das aber erst im Wege einer Rechtswahlklausel durch die Parteien gewählt werden müsse, also eben nicht automatisch anwendbar sei.

Auch wenn diese Fristen für die Kommission knapp seien, enthielten sie ein Signal, das zur Eile mahne.

Dr. Staudenmayer wandte sich als nächstes dem Wirtschafts- und Sozialausschuss zu. Der Wirtschafts- und Sozialausschuss habe sich als letzter mit der Materie befasst, sei aber auch gleich am weitesten gegangen. Auf der Grundlage der Resolution des Parlaments habe er sich mit dessen Ideen einverstanden erklärt und ebenfalls eine Opt-In-Lösung und langfristig eine Opt-Out-Lösung gefordert.

Die Positionen der interessierten Parteien, also unter anderem die der rechtsanwendenden Berufe, der Wirtschaft, der Verbraucherverbände und der Wissenschaft könne man kurz zusammengefasst so vereinfachen: Zunächst seien zahlreiche Probleme an die Kommission herangetragen worden. Auf ungefähr fünfzehn Seiten werde die Kommission in dem vorzulegenden Dokument diese Punkte analysieren.

- Die Option eins – Marktkräfte – sei nur von wenigen gefordert worden.
- Zur Option zwei, zur Erarbeitung gemeinsamer Prinzipien, habe es eine relativ breite Zustimmung gegeben.
- Für die Option drei, die Überarbeitung des existierenden Gemeinschaftsrechts, sei fast jeder gewesen, auch diejenigen, die ein freies Spiel der Marktkräfte wünschten, hätten sich dafür ausgesprochen.
- Eine Mehrheit habe sich zum jetzigen Zeitpunkt gegen die Option vier, also das neue Instrument, ausgesprochen. Interessanterweise sei dabei auch überlegt worden, im Lichte einer Umsetzung von Option zwei und drei zusammen, erneut über ein neues Instrument nachzudenken. Dieser Gedanke der Kombination von mehreren Optionen tauche schon im Aktionsplan des Parlaments auf.

Es sei unumgänglich, dass das bisher existierende Gemeinschaftsrecht zu verbessern sei. Auch die methodische Vorgehensweise des Parlaments, Kombination von mehreren Optionen

und zeitliche Staffelung in einem längerfristigen Aktionsplan, sei sehr interessant.

Abschließend hob er die Transparenz und den konsultativen Charakter des Verfahrens hervor: Der Prozess sei mit der Mitteilung der Kommission begonnen worden. Man habe ein Konsultativdokument vorgelegt. Alle Mitteilungen, die elektronisch zugesandt worden seien, seien ins Internet gestellt worden, auch die anderen seien auf Wunsch zugänglich. Alle Beiträge seien zudem zur leichteren Lesbarkeit in einem Dokument zusammengefasst und im Internet veröffentlicht worden. In dem jetzt erstellten Aktionsplan werde erneut ein konsultatives Dokument vorgelegt werden. Der gesamte Prozess sei auf Diskussion ausgelegt. Das Thema sei einfach zu wichtig, als dass nur in EU-Kreisen in Brüssel entschieden werden könne. Der Prozess sei bewusst ergebnisoffen angelegt. Man dürfe nicht an den Bedürfnissen der Praxis vorbeigehen. Die Kommission werde auch weiterhin so transparent und konsultativ vorgehen. Auch deshalb nehme er an dieser Veranstaltung teil. Dr. Staudenmayer erklärte, er hoffe auf ein weiterhin reges Echo und wünsche sich, in konstruktiver Diskussion zu bleiben.

Diskussion

Dr. Wolfsteiner dankte Dr. Staudenmayer für dessen sehr informativen Überblick über die offizielle Seite der Entwicklungen zum Europäischen Vertragsrecht. Er kündigte an, die Notare würden sich an der weiteren Diskussion beteiligen. Diese untersuchten die Dokumente nicht nur auf Untergangsdrohungen in einem Europäischen Vertragsrecht. Jeder könne feststellen, dass sich die deutschen notariellen Berufsorganisationen keineswegs ablehnend oder allzu negativ zur Schuldrechtsmodernisierung geäußert hätten. Im Gegenteil, sie hätten zu den wenigen juristischen Organisationen gehört, die sich positiv zu dem Plan der deutschen Schuldrechtsreform ausge-

sprochen hätten. Man habe aktiv an der Erarbeitung der Regelungen mit erstaunlich gutem Erfolg mitgearbeitet. In einer Konvergenz des europäischen Schuldvertragsrecht werde man sich auf die historischen Wurzeln des gemeinen Rechts stützen müssen, denn man habe schon ein einheitliches europäisches Schuldrecht gehabt, es sei nur in den nationalstaatlichen Zeiten ab dem 18. Jahrhundert verloren gegangen. Man wisse sehr genau, dass darin auch Chancen lägen, dass die Notare auch Aussichten und Perspektiven durch dieses Vorhaben gewännen, und sei es der wissenschaftliche Gewinn aus der Datenbank. Auch wenn die Kommission nur $\frac{1}{3}$ ihres Etats für diese Datenbank aufwende, werde der wissenschaftliche Gewinn noch ordentlich sein. Man werde sich gerne dieses Materials bedienen.

Dr. Wolfsteiner stellte fest, dass die rechtswissenschaftlichen Hochschullehrer, die die deutsche Schuldrechtsmodernisierung ganz überwiegend abgelehnt hätten, für ein zwingendes Europäisches Vertragsrecht zum Teil eine überraschende Begeisterung zeigten. Er glaube nicht, dass diese Begeisterung schädlich sei, wenn sie nicht zu gewissen veröffentlichten Schnellschüssen verführe, die dann weiteren Entwicklungen eher abträglich sein könnten, wie er das von dem Gandolfi-Entwurf befürchte. Für die Option drei sehe er schon Vorarbeiten, nämlich der Unidroit-Organisation, die schon 1994 ihre Unidroit-Principles of International Commercial Contracts veröffentlicht habe. Wie sich beim UN Kaufrecht zeige, sei die Vereinheitlichung des Schuldrechts im Bereich der Handelskäufe und der Handelsverträge einfacher als im Bereich des allgemeinen Schuldrechts, das auch für die Geschäfte des täglichen Lebens zur Anwendung komme.

Sodann sprach Professor Dr. Dr. h.c. mult. Ulrich Drobnig, vormals Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und Internationales Privatrecht, Hamburg, über die Vorarbeiten zu einem Europäischen Vertragsrecht.

Vortrag von Professor Dr. Dr. h.c. mult. Ulrich Drobnig, Hamburg Principles of European Contract Law

I. Einleitung: Das Versagen des europäischen Gesetzgebers

Die Europäischen Gemeinschaften existieren seit mehr als 40 Jahren. Ein Binnenmarkt, d.h. ein Markt ohne Grenzen für den Austausch von Gütern, Dienstleistungen, Personen und Kapital, sollte bis Ende 1992 verwirklicht sein.

Trotzdem unterliegen bis zum heutigen Tage Kaufverträge in jedem der 15 Mitgliedstaaten dem jeweiligen nationalen Recht. Und nicht einmal für grenzüberschreitende Käufe zwischen den Mitgliedstaaten gilt in allen Mitgliedstaaten das einheitliche Regime des UN-Übereinkommens über internationale Käufe von 1980; denn drei Mitgliedstaaten haben es noch nicht ratifiziert, nämlich Portugal, das Vereinigte Königreich und Irland.

Das Bild ist noch trauriger in nahezu allen anderen Bereichen des Handels- und Zivilrechts: Das allgemeine Vertragsrecht, das Bankvertragsrecht, das Versicherungsvertragsrecht, die persönlichen und dinglichen Sicherungsrechte unterliegen 15 (mit Schottland 16) verschiedenen und teilweise sehr stark divergierenden nationalen Rechtsordnungen; und demnächst werden es 26 verschiedene Rechtsordnungen sein! Für innergemeinschaftliche grenzüberschreitende Rechtsgeschäfte auf all diesen wirtschaftlich wesentlichen Gebieten muss das jeweils maßgebende Recht nach den unterschiedlichen nationalen Regeln über Internationales Privatrecht bestimmt werden – außer soweit das Römische Übereinkommen über das auf Verträge anwendbare Recht von 1980 Anwendung findet; seine einheitlichen Kollisionsregeln gelten aber lediglich für das beschränkte Feld der Schuldverträge.

Wie sind diese großen und gravierenden Lücken auf dem Gebiete des Zivil- und Handelsrechtes zu erklären? Läuft es nicht allen historischen Erfahrungen zuwider, dass im europäischen Binnenmarkt insbesondere noch nicht einmal das Recht der Handelsgeschäfte vereinheitlicht worden ist? Dabei ist doch gerade das Handelsrecht im 19. Jahrhundert der Vorreiter der internen Rechtsvereinheitlichung in Deutschland, Frankreich und Italien gewesen! Und in den U.S.A. gibt es wenigstens das – höchst erfolgreiche und interessante – Modellgesetz des Uniform Commercial Code, welches praktisch eine Rechtseinheit auf Kerngebieten des amerikanischen Handelsrechts gestiftet hat. Wie ist es zu erklären, dass die Entwicklung in Europa so anders verläuft?

Das primäre Ziel des Vertrages von Rom über die Schaffung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft von 1957 war es, die öffentlich-rechtlichen Schranken des Wirtschaftsaustausches zwischen den Mitgliedstaaten zu beseitigen. Der lange Katalog der Aufgaben der Europäischen Gemeinschaft nannte und nennt immer noch an erster Stelle die folgenden drei Schritte:

- Die Abschaffung der Zölle durch Schaffung einer Zollunion;
- die Beseitigung der quantitativen Beschränkungen beim Import und Export von Gütern; und
- die Beseitigung aller anderen Maßnahmen, die denselben Effekt wie Import- und Exportbeschränkungen haben.ⁱ

Nach Ipsen war die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft zunächst nur ein „wirtschaftspolitischer Zweckverband“.

Die Beseitigung dieser nicht-zollrechtlichen Schranken ist zu einer Daueraufgabe geworden. Denn bis zum heutigen Tage versuchen die Mitglied-

staaten mehr oder minder bewusst, bestehende nicht-tarifäre Schranken aufrechtzuerhalten oder sogar neue Regeln zum Schutz der einheimischen Industrie oder des Handels einzuführen. Schließlich wurde ein besonderes Verfahren eingeführt, um die Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen durch Maßnahmen zu erleichtern, welche auf die „Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes“ gerichtet sind.ⁱⁱ

In der Praxis lag das Schwergewicht der Maßnahmen zur Schaffung des Binnenmarktes zwischen den Jahren 1986 und 1992 darauf, die Grenzkontrollen für den Austausch von Gütern und den Verkehr von Personen sowie die technischen Schranken aufzuheben, die indirekten Steuern zu harmonisieren, insbesondere durch Einführung einer einheitlichen Mehrwertsteuer, sowie auf der Gewährleistung des freien Wettbewerbs. Jedoch gab es nur wenige Schritte zur Harmonisierung des Handelsrechts.

Immerhin ist heute eine gewisse Zahl von Richtlinien und Verordnungen auf einzelnen Sachgebieten des Zivilrechts zu verzeichnen:

– Erstens: Besonders umfassend ist aufgrund des ausdrücklichen Mandats in Art. 44 Abs. 2 lit. g) EGV das Recht der Kapitalgesellschaften geregelt worden, und zwar insbesondere dasjenige der Aktiengesellschaften. Nicht weniger als neun Richtlinien sind bisher erlassen worden und fünf weitere sind bereits entworfen oder werden für die Zukunft noch geplant;

– Zweitens: Als im eigentlichen Sinne europäische, d.h. supranationale Gesellschaftsform ist im Oktober 2001

ⁱ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG) in der Fassung des Vertrages von Amsterdam (1997) (abgekürzt EGV) Art. 3 Abs. 1 lit. a).

ⁱⁱ Art. 95 EGV.

nach Beratungen von nahezu 40 Jahren die Verordnung über eine Europäische Aktiengesellschaft erlassen worden – freilich mit vielen Lücken. Und die Lücken sollen leider durch das nationale Recht am jeweiligen Sitz der Europäischen Gesellschaft gefüllt werden. Dies bedeutet im Ergebnis, dass um einen kleinen einheitlichen Kern einer Europäischen Aktiengesellschaft in jedem Mitgliedstaat ein weiter nationaler Mantel gehängt werden muss. Vorangegangen, aber nach einem ähnlichen Muster gestrickt, war die Verordnung über die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung.

– Drittens: Kerngebiete des Zivilrechts werden durch die Gesetzgebung der EG zum Verbraucherschutz im Vertragsrecht berührt. Seit 1985 sind acht Richtlinien auf diesem Gebiet erlassen worden: Einige behandeln bestimmte Formen des Vertragsabschlusses (wie z.B. Haustürgeschäfte und Fernverträge); andere regeln bestimmte Vertragstypen (wie etwa den Vertrag über

Teilzeitrechte an Grundstücken, Garantien in Verbraucherkäufen, Pauschalreisen, Verbraucherkredit und Finanzdienstleistungen); und eine Richtlinie behandelt allgemein missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen. Da die Zuständigkeit der Europäischen Gemeinschaft auf diesem Gebiet mit derjenigen der Mitgliedstaaten konkurriert,ⁱⁱⁱ dürfen die Richtlinien lediglich Mindeststandards festlegen. Dies bedeutet, dass jeder Mitgliedstaat jeweils noch strengere Vorschriften für den Verbraucherschutz beibehalten oder sogar neu einführen kann.^{iv} Und das heißt praktisch, dass die Bereiche des Zivilrechts, also insbesondere des Vertragsrechts, von den erwähnten Richtlinien nur quasi nach „unten“ harmonisiert werden.

– Viertens, auf bestimmten Randgebieten des Zivilrechts, wie dem Arbeitsrecht und dem Recht des geistigen Eigentums, hat es eine recht lebhaft gesetzgeberische Tätigkeit der Europäischen Gemeinschaft gegeben

– teilweise zur Harmonisierung der nationalen Rechtsordnungen durch Richtlinien, teilweise aber auch durch Schaffung einheitlicher europäischer Rechtsinstitute durch Verordnungen.

– Fünftens, neben diesen mehr oder minder zusammenhängenden größeren Stücken an europäischer Gesetzgebung gibt es auch noch eine Reihe von verstreuten Richtlinien auf ganz unterschiedlichen Gebieten und mit relativ schmalen sachlichen Anwendungsbe- reich. Als Beispiele nenne ich eine Richtlinie über Zahlungsverzug im Handelsverkehr; eine andere für grenzüberschreitende Überweisungen; eine über Produkthaftung; eine über unabhängige Handelsvertreter; usw. Mein Kollege Kötz hat für diese vereinzelt, zufällig erscheinenden Gelegenheitsstücke das anschauliche Bild geprägt von den „verlorenen Inseln in den Ozeanen der nationalen Rechtsordnungen“.

Auf den Inhalt all dieser verschiedenen Instrumente kann ich hier nicht näher eingehen. Es genügt, den Gesamteindruck zusammenzufassen, der sich aus der vorangehenden Aufzählung ergibt: Im Gebiete des Zivilrechts fehlt eine umfassende und detaillierte europäische Gesetzgebung. Selbst in den relativ stark berührten Bereichen – wie im Gesellschaftsrecht – sind es nur jeweils einzelne Aspekte, die europäisch geregelt sind. Von einem umfassenden europäischen Privatrecht sind wir weit, weit entfernt, und ein solches ist auch in der näheren Zukunft noch nicht in Sicht.

II. Wissenschaftliche Vorarbeiten für ein Europäisches Privatrecht

Die Rechtswissenschaft hat sich in zahlreichen Mitgliedstaaten mit diesem sehr unbefriedigenden Maß an Harmonisierung oder Vereinheitlichung nicht abgefunden. Vielmehr hat sie nach Mitteln und Wegen gesucht, um eine Harmonisierung der Zivil-

VORSORGE MUSS NICHT TEUER SEIN

Justiz-Versicherungskasse

Lebensversicherungsverein auf Gegenseitigkeit

Als SELBSTHILFEEINRICHTUNG

der Angehörigen des JUSTIZ- und STRAFVOLLZUGSDIENSTES bieten wir Ihnen, Ihren Angehörigen und den mit Ihnen in häuslicher Gemeinschaft lebenden Personen zu anerkannt günstigen Tarifen und Bedingungen Versicherungen bis zur Höchstsumme von **8.000,00 EURO**

- auf den Todes- und Erbensfall
- zur Bildung eines Kapitals

Anerkannte Leistungsmerkmale, die für uns sprechen:

Sofortiger Versicherungsschutz – nach Zahlung des 1. Beitrages –
Schon nach einem Jahr bei Fälligkeit hoher Gewinnzuschlag
Hohe Beteiligung an den Überschüssen

Außerdem:

Grundsätzlich kein ärztliches Zeugnis
Das Vertrauen unserer Mitglieder – stellen auch Sie uns auf die Probe –
Wir würden uns freuen, Sie als Mitglied unserer berufsständischen Gemeinschaft begrüßen zu dürfen.
Weitere Auskünfte erteilt Ihnen unsere Geschäftsstelle in Köln:

Anschrift: **Drosselweg 44, 50735 Köln**
Tel.: 02 21 - 71 44 77 oder 71 47 23
Fax: 02 21 - 7 12 61 63
E-Mail: Justiz-Versicherungskasse@t-online.de
Internet: www.Justiz-Versicherungskasse.de



iii Art. 153 Abs. 1 EGV.

iv Art. 153 Abs. 5 EGV.

rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zu fördern.

Aus diesen Überlegungen ist die Idee geboren worden, auf wissenschaftlicher Grundlage durch eine breite, europaweite Rechtsvergleichung Grundregeln eines europäischen Vertragsrechtes zu erarbeiten. Im Jahr 1975 entwickelte der dänische Jurist Ole Lando den Gedanken, in einer Gruppe von Rechtsvergleichern aus allen Mitgliedstaaten der EG – damals waren es nur sechs – die wissenschaftlichen Grundlagen für ein europäisches Zivilrecht zu erarbeiten.

Dass die Idee, die zersplitterten Zivilrechte Europas zu harmonisieren, sich rasch verbreitete, zeigt sich daran, dass inzwischen mehrere Arbeitsgruppen entstanden sind. Einige kleine Gruppen haben sich schmalen Themen gewidmet, wie dem Deliktsrecht und jüngst auch dem Familienrecht. Umfassender und sachnäher ist das Vorhaben einer „Akademie Europäischer Privatrechtler“ mit Sitz in Pavia, die an einem Europäischen Vertragsgesetzbuch arbeitet und kürzlich einen Vorentwurf zum allgemeinen Vertragsrecht in 173 Artikeln in französischer Sprache vorgelegt hat.^v Obwohl auch unter englischer bzw. vor allem schottischer Mitwirkung entstanden, entsprechen Inhalt und Stil einem klassischen kontinental-europäischen Gesetzbuch. Sie sind stark von dem Hauptmotor und Redaktor, Professor Gandolfi aus Pavia, geprägt und vom Vertragsrecht des heute schon 60 Jahre alten italienischen Zivilgesetzbuches von 1942 inspiriert.

1. Principles of European Contract Law

a) Allgemeines

Im Jahre 1980 nahm die Commission for European Contract Law ihre Arbeiten auf – eine private Vereinigung von rechtsvergleichend versierten Wissenschaftlern, die sich durch Kooperation ergänzt haben. Mitglieder waren überwiegend Wissenschaftler und einige Praktiker, hingegen keine Regie-

rungsvertreter und auch keine Vertreter der Kommission der Europäischen Gemeinschaften. Die Arbeiten sind überwiegend aus privaten Quellen finanziert worden.

Die Arbeitsmethode kann ich hier nur andeuten. Essentiell war die umfassende Auswertung der Gesetze, Rechtsprechung, Literatur und Praxis in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften. Die Zahl dieser Mitgliedstaaten ist von den sechs Gründungsmitgliedern im Laufe der Zeit auf 15 angewachsen. Mit dieser Erweiterung der Gemeinschaften wuchs auch unsere Arbeitslast; entsprechend wuchs aber auch die Zahl der Mitglieder der Kommission von ursprünglich etwa 10 auf später rund 25 Kollegen. Deutsche Mitglieder waren neben mir Professor von Bar (Osnabrück) und zeitweise auch Professor Zimmermann (damals Regensburg, jetzt Hamburg).

Das Ergebnis der Arbeiten der Commission on European Contract Law sind die Principles of European Contract Law.^{vi} Inzwischen ist auch eine deutsche Übersetzung erschienen unter dem Titel „Grundregeln des europäischen Vertragsrechts.“^{vii} Der übersetzte Titel weicht bewusst vom englischen Original ab: Denn die Principles enthalten tatsächlich mehr als bloße „Principles“, also Grundsätze. Andererseits sind sie aber auch weniger dicht als gesetzliche Vorschriften. Diese Mittelstellung will der Titel „Grundregeln“ andeuten.

Die Principles oder Grundregeln bestehen aus 16 Kapiteln mit folgendem Inhalt:

- Kapitel 1: Allgemeine Bestimmungen
- Kapitel 2: Abschluss des Vertrages
- Kapitel 3: Stellvertretung
- Kapitel 4: Gültigkeit
- Kapitel 5: Auslegung
- Kapitel 6: Inhalt und Wirkungen
- Kapitel 7: Erfüllung

Kapitel 8: Nichterfüllung und Rechtsbehelfe im Allgemeinen

Kapitel 9: Die einzelnen Rechtsbehelfe wegen Nichterfüllung

Kapitel 10: Mehrheit von Vertragsparteien

Kapitel 11: Abtretung von Forderungen

Kapitel 12: Schuldübernahme sowie Übertragung von Verträgen

Kapitel 13: Aufrechnung

Kapitel 14: Verjährung

Kapitel 15: Rechtswidrigkeit

Kapitel 16: Bedingungen

Im Wesentlichen handelt es sich also um Grundregeln zum allgemeinen Vertragsrecht, am Ende durchsetzt mit einigen Kapiteln zum allgemeinen Schuldrecht. Die Systematik ist vorläufig und deshalb noch nicht ganz stimmig.

Funktionelles und formales Vorbild der Principles sind die amerikanischen Restatements of the Law. Sie verfolgen dasselbe Ziel: aus den überwiegend richterlichen Regeln des Zivilrechts der 50 Bundesstaaten der USA einheitliche Grundregeln zu destillieren. Auch formal haben sie als Vorbild gedient: Jede der insgesamt rund 300 Regeln der erwähnten 16 Kapitel besteht aus drei Schichten: Der Regel selbst; Kom-

v Code Européen des Contrats – Avant-projet I (Mailand 2001).

vi Bisher sind die Teile I und II der European Principles veröffentlicht worden: Lando und Beale (Hrsg.), Principles of European Contract Law. Parts I and II (The Hague, London, Boston 2000). Teil III mit den Kap. 10-16 befindet sich im Druck.

vii von Bar und Zimmermann (Hrsg.), Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts. Teile I und II (München 2002). Dieser Band enthält die Kap. 1-9. Erste deutsche wissenschaftliche Reaktionen auf die Bemühungen zur Vereinheitlichung des internationalen und des europäischen Vertragsrechts in Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht (Tübingen 2000).

mentaren zu dieser Regel; sowie Hinweisen zu den einschlägigen Lösungen in allen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten.

b) Die Vertragsverletzung

Im Folgenden möchte ich aus dem breiten Gebiet des Vertragsrechts der Europäischen Grundregeln näher eingehen auf die Vertragsverletzung. Sie ist nicht nur das Herzstück jedes Vertragsrechts, sondern auch dasjenige Rechtsgebiet, in dem die europäischen Zivilrechte bis auf den heutigen Tag im Grundsätzlichen noch immer stark divergieren.

(i) Zentraler Grundbegriff der Vertragsverletzung ist nach den Principles die Nichterfüllung. Ihre Grundkonzeption ergibt sich aus folgender Definition: nach Art. 1:301 Nr. 4 „bezeichnet ‚Nichterfüllung‘ jede Form mangelnder Erfüllung einer der vertraglichen Verpflichtungen, ob entschuldigt oder nicht entschuldigt, und umfasst verspätete Erfüllung, mangelhafte Erfüllung sowie die Verweigerung derjenigen Zusammenarbeit, die für die volle Wirkung des Vertrages erforderlich ist.“ Dieser Begriff der „Nichterfüllung“ weicht entscheidend ab vom früher geltenden deutschen Kaufrecht. Die Grundregeln gehen vielmehr – wie das UN-Warenkaufrecht von 1980 – von einem einheitlichen und daher umfassenden Begriff der Vertragswidrigkeit aus.

Wie im anglo-amerikanischen Recht ist der Begriff der Vertragsverletzung rein objektiv. Die Härte dieser objektiven Haftung wird jedoch abgemildert durch zwei Ausnahmen, nämlich wenn die Nichterfüllung durch höhere Gewalt oder durch die andere Vertragspartei verursacht worden ist. Die Ausnahme für den Fall höherer Gewalt lautet:

„Eine Nichterfüllung durch eine Partei ist entschuldigt, wenn sie nachweist, dass die Nichterfüllung auf einem außerhalb ihres Einflussbereiches liegenden Hinderungsgrund beruht und dass von ihr vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte, den Hinderungsgrund bei Vertragsabschluss in Betracht zu ziehen oder den Hinderungsgrund oder seine Folgen zu vermeiden oder zu überwinden.“^{viii} Die Entsprechung dieser Regel zu Art. 79 Abs. 1 des UN-Warenkaufrechts ist offensichtlich und gewollt. In diesem Falle entschuldigter Nichterfüllung kann die andere Vertragspartei natürlich nicht Erfüllung und auch nicht Schadenersatz verlangen; wohl aber stehen ihr die übrigen Rechtsbehelfe zu.^{ix}

Hat hingegen die andere Vertragspartei die Nichterfüllung selbst verursacht, sind ihr alle Rechtsbehelfe versagt.^x

Der Schuldner haftet also für jede Nichterfüllung, die nicht durch höhere Gewalt oder als durch den Gläubiger verursacht „entschuldigt“ ist. Aus dieser Grundposition ergeben sich folgerichtig die Einzelregeln, welche die Folgen einer Nichterfüllung in dem dargelegten weiten Sinn des Begriffes präzisieren.

(ii) Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung

Die Europäischen Grundregeln geben der Vertragspartei, die durch eine Nichterfüllung beschwert ist, fünf Rechtsbehelfe an die Hand: ein Zurückbehaltungsrecht; Anspruch auf Erfüllung; Aufhebung des Vertrages; Minderung des Preises sowie Schadenersatz. Die Reihenfolge dieser Rechtsbehelfe ist – in bewusster Umkehr der Rangfolge des anglo-amerikanischen Vertragsrechts – ein Bekenntnis zur kontinentaleuropäischen zivilistischen Tradition: Der Anspruch auf Erfüllung steht voran; dies ist freilich mehr eine ideologische Reihenfolge und nicht etwa eine (bindende) Rangfolge.

Bis vor kurzem würden deutsche Juristen in jenem Katalog zwar einige

wichtige Stichworte vermisst haben, wie Nachbesserung und Ersatzlieferung. Tatsächlich sind diese Institute jedoch abgedeckt, sie verbergen sich lediglich hinter einem anderen Begriff, wie wir gleich sehen werden.

(1) Zurückbehaltungsrecht

Erster, traditioneller Rechtsbehelf ist die alte *exceptio non adimpleti contractus*. Art. 9:201 differenziert zwischen den beiden Hauptfällen: Sollen beide Parteien gleichzeitig erfüllen, so kann jede Partei ihre Leistung zurückhalten, bis die andere Partei ihre Leistung anbietet. Sollen die Parteien hingegen nacheinander erfüllen, so kann die erst später leistungspflichtige Partei ihre Leistung zurückhalten, bis die andere erfüllt hat.

(2) Anspruch auf Erfüllung

(a) Rechtsbehelfe der benachteiligten Partei

(aa) Der Anspruch auf Erfüllung im Allgemeinen

Dem weiten Begriff der Nichterfüllung (oben b) (i) korrespondiert ein entsprechend weiter Anwendungsbereich des Erfüllungsanspruches. Dieser richtet sich nicht nur auf Erfüllung einer Hauptpflicht wie der Lieferung durch einen Verkäufer, sondern ganz allgemein auf vertragsmäßige und daher insbesondere auch auf mangelfreie Lieferung, wie jetzt auch in Deutschland.^{xi} Hat der Schuldner mangelhaft geleistet, der Verkäufer mangelhaft geliefert, so kann die benachteiligte Partei, also etwa der Käufer, nach Art. 9:102 Abs. 1 entweder Beseitigung des Mangels verlangen oder Ersatzlieferung – wie seit kurzem auch nach dem neuen deutschen Kaufrecht.^{xii}

Der Anspruch entfällt aber, wenn die Erfüllung rechtlich oder tatsächlich unmöglich ist oder unzumutbar beschwerlich oder teuer.^{xiii} Bei Gattungskäufen würde sich, falls die Reparatur „unzumutbar beschwerlich und teuer“ ist, der Erfüllungsanspruch auf eine Ersatzlieferung beschränken. Ist auch die-

viii Art. 8:108 Abs. 1.

ix Art. 8:101 Abs. 2.

x Art. 8:101 Abs. 3.

xi § 433 Abs. 1 S. 2 n.F. BGB.

xii § 439 Abs. 1 n.F. BGB.

xiii Art. 9:102 Abs. 2 lit. a) und b); ähnlich jetzt § 275 Abs. 1 und 2 n.F. BGB.

se unzumutbar beschwerlich oder teuer, so ist die benachteiligte Partei berechtigt, wenn dies sinnvoll möglich ist, ein Deckungsgeschäft mit einem anderen Lieferanten oder Dienstleister abzuschließen.^{xiv}

Dazu ein kleiner Exkurs: Diese Einschränkungen des Erfüllungsanspruches tragen einmal den anglo-irischen Bedenken gegen einen Anspruch auf specific performance Rechnung. Andererseits entsprechen sie aber auch kontinentaler Rechtswirklichkeit. Durch diesen Kompromiss ist es gelungen, die Zustimmung der englischen Juristen zu der ihnen prinzipiell fremden „specific performance“ zu erlangen. Dies ist ein deutlicher Fortschritt gegenüber dem Wiener Kauf-Übereinkommen; dieses lässt nach Art. 28 einen Anspruch auf Erfüllung nur dann zu, wenn auch das Recht des Gerichtsstaates ihn gewährt.

(bb) Nachfrist

Als besonderen Rechtsbehelf zur Durchsetzung des Erfüllungsanspruches kann man die Setzung einer Nachfrist durch die benachteiligte Partei ansehen, wenn die nicht erbrachte Leistung tatsächlich noch möglich ist.^{xv} Das Institut der Nachfrist, einschließlich ihres Namens, ist von den Grundregeln aus dem deutschen Recht übernommen und sogar noch erweitert worden. Während des Laufes der Nachfrist kann die benachteiligte Partei ihre eigene Leistung zurückhalten und jedenfalls Schadenersatz verlangen, ist dagegen mit anderen Rechtsbehelfen ausgeschlossen.^{xvi} Ist auch bis zum Ablauf der Nachfrist nicht ordnungsgemäß erfüllt, so stehen der benachteiligten Partei alle Rechtsbehelfe wegen Nichterfüllung zu, insbesondere also das Recht zur Vertragsaufhebung.^{xvii} Eine Nachfrist mit dieser Rechtsfolge kann – anders als in Deutschland – auch bei Verletzung einer Nebenpflicht gesetzt werden, außer wenn diese Nebenpflicht nur einen untergeordneten Teil der Vertragspflichten bildet.

(b) Recht des Leistungsschuldners auf Nachleistung

Den Interessen des Leistungsschuldners tragen die Grundregeln dadurch Rechnung, dass sie ihm ein Recht auf Nachleistung einräumen. Das Nachleistungsrecht des Schuldners ist allerdings beschränkt auf den Fall rechtzeitiger Nachleistung bei vorzeitiger Schlechterfüllung und auf eine verspätete Nachleistung, soweit diese für den Gläubiger zumutbar ist.^{xviii} Ein Schuldner, der die Vertragswidrigkeit seiner Leistung einsieht, wird durch das Recht zur Nachleistung gleichsam belohnt; gewinnt er dadurch doch die Möglichkeit, Art und Weise der Heilung der Vertragswidrigkeit nach seinen wirtschaftlichen und technischen Möglichkeiten selbst zu bestimmen bzw. wenigstens zu beeinflussen.

(3) Aufhebung des Vertrages

(a) Allgemeines

Erst nach dem Anspruch auf Erfüllung im weiten Sinn des Wortes regeln die Grundsätze das Recht der benachteiligten Partei zur Vertragsaufhebung – entsprechend dem Rücktritt des deutschen Rechts. Die Reihenfolge der Regelung indiziert jedoch keine Rangfolge gegenüber dem Erfüllungsanspruch. Die benachteiligte Partei kann vielmehr zwischen beiden Rechtsbehelfen wählen.

(b) „Wesentliche Nichterfüllung“

Das Wahlrecht der benachteiligten Partei wird freilich dadurch eingeschränkt, dass nach den Grundregeln der Vertrag nur aufgehoben werden kann, wenn die Vertragswidrigkeit des Leistungsschuldners eine „wesentliche Nichterfüllung“ darstellt. Für die Wesentlichkeit der Nichterfüllung nennt Art. 8:103 drei hauptsächliche und alternative Kriterien:

(1) Wesentlich ist erstens die Nichterfüllung eines Fixgeschäftes – in den Worten von lit. a), wenn die „genaue Einhaltung der Vertragspflicht“ für den Vertrag entscheidend ist.

(2) Zweites Kriterium ist, ob der benachteiligten Partei durch die Nichterfüllung „im wesentlichen entgeht, was

sie nach dem Vertrag erwarten durfte“. Geringfügige Mängel berechtigen also nicht zur Vertragsaufhebung. Das Moment der „wesentlichen“ Enttäuschung über die erwartete Leistung ist freilich nicht näher präzisiert; nach der Natur der Sache ist das wohl auch nicht möglich. Die fehlende Bestimmtheit des subjektiven Kriteriums der „Erwartung“ der enttäuschten Vertragspartei wird aber zu einem erheblichen Teil durch eine ergänzende Regel abgefangen. Die nichterfüllende Partei kann nämlich beweisen, dass sie dieses Ergebnis „nicht vorausgesehen hat und vernünftigerweise auch nicht hätte voraussehen können;“ (lit. b)).

(3) Ein dritter Fall einer wesentlichen Nichterfüllung liegt vor, wenn „die Nichterfüllung vorsätzlich geschieht“ und sie dem Gläubiger Grund zu der Annahme gibt, er könne sich auch in Zukunft nicht auf eine vertragsgerechte Leistung des Schuldners verlassen (lit. c)).

Verwandt, wenn auch gesondert geregelt, ist die sog. antizipierte Nichterfüllung durch die Gegenpartei. Sie liegt vor, wenn bereits vor Fälligkeit der Leistung offensichtlich ist, dass der Schuldner nicht leisten wird. Musterbeispiele sind eine ausdrückliche oder stillschweigende Erfüllungsverweigerung oder eine objektive Unmöglichkeit der Erfüllung.^{xix}

(c) Umwandlung einer unwesentlichen in eine wesentliche Nichterfüllung

Bei Erörterung der Nachfrist wurde bereits erwähnt ((2) (a) (bb)), dass die Grundregeln diesen Rechtsbehelf über das deutsche Recht hinaus auch bei Verletzung einer nichtwesentlichen Pflicht gewähren. Hat die leistungs-

xiv Art. 9:102 Abs. 2 lit. d).

xv Art. 8:106. Diese Regel steht im Kontext der allgemeinen Regeln zur Nichterfüllung.

xvi Art. 8:106 Abs. 2 Satz 1.

xvii Art. 8:106 Abs. 2.

xviii Art. 8:104.

xix Art. 9:304.

pflichtige Partei diese Nebenpflicht bei Ablauf der Nachfrist nicht erfüllt, so erlangt die benachteiligte Partei nunmehr das Recht zur Vertragsaufhebung. Bei Verzug kann die benachteiligte Partei sogar – ähnlich wie nach dem früheren § 326 Abs. 1 BGB – bereits bei Gewährung der Nachfrist bestimmen, dass der Vertrag ohne weiteres aufgehoben sein wird, wenn die andere Partei nicht innerhalb der gesetzten angemessenen Frist erfüllen wird.^{xx} Damit eröffnen die Grundregeln einen Weg, an die nachhaltige Verletzung selbst einer bestimmten unwesentlichen Vertragspflicht dieselben Rechtsfolgen zu knüpfen wie an die Verletzung einer wesentlichen Vertragspflicht.

(d) Wirkungen der Aufhebung des Vertrages

Die Aufhebung des Vertrages wirkt grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zurück. Ausdrücklich bestimmt wird allerdings nur, dass die Parteien von ihrer Vertragspflicht, künftige Leistungen zu erbringen, entbunden werden.^{xxi} Die grundsätzliche Rückwirkung ergibt sich jedoch aus der weiteren Regel, dass die Parteien Rückgabe von allem verlangen können, was sie aufgrund des Vertrages geleistet haben.^{xxii} Ist Rückgabe in Natur unmöglich oder unangemessen, so soll grundsätzlich Ersatz in Geld geleistet werden. Die Europäischen Grundregeln verzichten jedoch an dieser Stelle bewusst auf eine erschöpfende Regelung, da diese künftigen umfassenden europäischen Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung vorbehalten ist. Ein teilbarer und bereits teilweise erfüllter Dauervertrag kann nach den Europäischen Grundregeln nur hinsichtlich des

nichterfüllten Teils aufgehoben werden; der ganze Vertrag ist nur dann aufhebbar, wenn die teilweise Nichterfüllung für den ganzen Vertrag wesentlich ist.^{xxiii}

(4) Preisminderung

Die Europäischen Grundregeln sehen als 4. Rechtsbehelf die Preisminderung vor.^{xxiv} Damit wird dieser Rechtsbehelf über das Kauf- und Werkvertragsrecht hinaus zu einem allgemeinen vertraglichen Rechtsbehelf erweitert.

(5) Schadenersatz und Zinsen

Schließlich sehen die Grundregeln einen Anspruch der benachteiligten Partei auf Schadenersatz und Zinsen vor. Schadenersatz steht ihr wahlweise und gegebenenfalls auch zusätzlich zu dem Recht auf Erfüllung, auf Vertragsaufhebung oder auf Preisminderung zu,^{xxv} ähnlich wie jetzt bei Rücktritt auch nach dem neuen deutschen Schuldrecht,^{xxvi} außer wenn die Nichterfüllung infolge höherer Gewalt oder Verursachung durch die benachteiligte Partei „entschuldigt“ ist.^{xxvii} Der deutsche Test der adäquaten Verursachung des Schadens wird ersetzt durch denjenigen der Voraussehbarkeit des Schadens bei Abschluss des Vertrages.^{xxviii}

(iii) Ergebnis

Insgesamt darf man den Grundregeln über die Vertragsverletzung wohl ein hohes Maß an innerer Konsistenz und Übersichtlichkeit bescheinigen. Es ist kein Zufall, dass bei der deutschen Schuldrechtsmodernisierung Vorschriften erlassen worden sind, die in vielen Eckpunkten den Grundregeln entsprechen. Der gemeinsame Richtpunkt freilich steht in Wien: es ist das UN-Übereinkommen über den internationalen Warenkauf von 1980, das heute auf europäischer (und auch auf deutscher) Ebene in ein allgemeines Vertragsrecht umgesetzt wird.

c) Die Verjährung

Das noch nicht veröffentlichte Kap. 14 der Grundregeln legt allgemeine Re-

geln zum europäischen Verjährungsrecht nieder, die stark abweichen von den entsprechenden Vorschriften des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, wie sie bis Ende des Jahres 2001 galten. Die Grundgedanken dieser vorgeschlagenen Regelung stehen in einem gewissen Bezug zu den Regeln über die Vertragsverletzung. Auch hier hat die Commission on European Contract Law die Absicht verfolgt, die sehr stark zersplitterten Regeln der nationalen Rechte zur Verjährung möglichst stark zu vereinheitlichen. Denn die Erfahrung hat gezeigt, dass ein nicht kleiner Teil von Prozessen dadurch ausgelöst wird, dass unterschiedliche Verjährungsfristen wegen Nichterfüllung eines Vertrages bestehen. Da Verjährungsfristen in der Praxis oft versäumt werden, suchen in einem solchen Fall Kläger nach Möglichkeiten, ihren Anspruch auf eine Rechtsgrundlage zu stützen, für die eine möglichst lange Verjährungsfrist vorgesehen ist. Und da die Gerichte solchen Ansprüchen oft zum Siege verhelfen wollen, benutzen sie oftmals sehr verwegene Konstruktionen, um einen Anspruch auf eine Grundlage stützen zu können, welche eine lange Verjährungsfrist vorsieht.

Die Grundkonzeption des Kapitels über die Verjährung besteht daher darin, eine für möglichst viele Ansprüche geltende einheitliche und relativ kurze Verjährungsfrist vorzusehen. Diese grundsätzliche Frist soll drei Jahre betragen.^{xxix} Ist es Zufall, dass das neue deutsche Verjährungsrecht dieselbe Grundfrist vorsieht?^{xxx} Von dieser Grundregel soll es freilich sehr viel weniger Ausnahmen geben, als sie die neuen deutschen Regeln in den §§ 196–199 n.F. BGB vorsehen.

2. Grundregeln eines europäischen Vermögensrechts

Während sich die Arbeiten der Commission on European Contract Law auf das allgemeine Vertrags- und Schuldrecht beschränkt haben, wird inzwischen an einer Fortsetzung und Erweiterung gearbeitet. Zu diesem Zweck ist an die Stelle der Commission on Eu-

xx Art. 8:106 Abs. 3 Sätze 1-2.

xxi Art. 9:305 Abs. 1.

xxii Artt. 9:306 – 9:309.

xxiii Art. 9:302.

xxiv Art. 9:401.

xxv Artt. 8:102, 9:104 Abs. 3.

xxvi § 325 n.F. BGB.

xxvii Art. 8:101 Abs. 2, 9:501 Abs. 1.

xxviii Art. 9:503.

xxix Art. 14:102.

xxx § 195 n.F. BGB.

ropean Contract Law eine neue europäische Arbeitsgruppe getreten, die „Study Group for a European Civil Code“, gegründet und geleitet von Professor von Bar, Osnabrück. Der Name dieser Gruppe bezeichnet ein konkretes und höchst anspruchsvolles Ziel, dessen Realisierung freilich noch ganz ungewiss ist und wahrscheinlich in weiter Ferne liegt.

Unabhängig von diesem Ziel wird jedoch die Arbeit der Commission on European Contract Law nach der grundsätzlichen Methode fortgesetzt: Es werden weitere Gebiete auf das Vorhandensein von allgemeinen Grundregeln untersucht und solche Grundregeln werden in denselben drei Schichten formuliert wie in den Grundregeln des europäischen Vertragsrechtes.

Die Arbeiten erstrecken sich nunmehr auf die restlichen Zweige des Schuldrechts: also auf einzelne Vertragstypen – wie z.B. Kaufverträge und Werkverträge sowie Verträge über Dienstleistungen; auf Verträge über persönliche Sicherheiten – wie Bürgschaft und Garantie; ferner auf die drei Hauptgebiete des nichtvertraglichen Schuldrechts, also das Deliktsrecht, die ungerechtfertigte Bereicherung sowie die negotiorum gestio. Außerdem werden auch kleine, aber praktisch wichtige Bereiche aus dem Recht der beweglichen Sachen in Angriff genommen, nämlich die Übertragung des Eigentums sowie Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen.

Im gegenwärtigen Rahmen muss ich es bei diesen pauschalen Hinweisen bewenden lassen.

III. Praktischer und theoretischer Nutzen von Grundregeln

Am Ende dieser Skizze zu den Principles of European Contract Law drängt sich natürlich die Frage auf, welchen praktischen und theoretischen Nutzen die Ausarbeitung solcher Grundregeln hat.

Der theoretische Nutzen für einen Wissenschaftler liegt auf der Hand: Die Erarbeitung von allgemeinen Grundregeln des europäischen Vertrags- und Vermögensrechtes kann nur gelingen, wenn sie auf ganz breiter rechtsvergleichender Grundlage durchgeführt wird. Dies bedeutet, dass jede einzelne Rechtsordnung der Mitgliedstaaten – ohne jede Rücksicht auf ihre geographische Größe oder ihr wirtschaftliches Gewicht – sorgfältig ermittelt werden muss. Auf diese Feststellung folgt dann eine penible Vergleichung und Abwägung der Vorteile und Nachteile der verschiedenen Lösungen. Auf der Grundlage einer solchen gewissenhaften Vergleichung sollte es gelingen, zu der Entwicklung überzeugender gemeineuropäischer Grundsätze zu gelangen. Ob dies in jedem Einzelfall gelungen ist, mag verschiedenen beurteilt werden. Die Ergebnisse jedenfalls werden veröffentlicht und eröffnen damit der wissenschaftlichen Diskussion, der Kritik und der weiteren Verbesserung eine vorzügliche Grundlage.

Zu dem theoretischen Nutzen einer solchen Arbeit mag man auch die Erfahrung rechnen, dass in der jahrelangen, intensiven und wiederholten Diskussion mit Kollegen aus allen Mitgliedstaaten nicht nur ein Gefühl großer persönlicher Verbundenheit erwächst, sondern auch ein hohes Maß an Verständnis für Unterschiede der verschiedenen rechtlichen Lösungen und ihre historischen, wirtschaftlichen oder auch ideologischen Gründe. Es erwächst aber auch eine innere Überzeugung von der Richtigkeit der erarbeiteten Regeln – kurz eine europäische Rechtsüberzeugung, auch und gerade über den Ärmelkanal hinweg.

Der praktische Nutzen europäischer Regeln zum Vertragsrecht oder zum Vermögensrecht mag zunächst weniger deutlich sein. Für das Vertragsrecht bieten die Grundregeln immerhin die Möglichkeit, dass Vertragsparteien sich auf die Anwendung dieser übernationalen Regeln verständigen und sich damit ablösen können

von ihren divergierenden nationalen Lösungen. Fast noch wichtiger ist die Rolle solcher Grundregeln in der Praxis der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit; dafür gibt es bereits viele Beispiele.

Einen weiteren praktischen Anwendungsbereich finden solche europäischen Grundregeln in der Gesetzgebung. Zunächst ist realistischerweise an Gesetzgebung auf nationaler Ebene zu denken, insbesondere an Reformen des Zivilrechts und Handelsrechts in den verschiedenen Ländern Ost- und Südosteuropas. Reformbedürftig ist das Schuldvertragsrecht aber auch in vielen Kernländern der Europäischen Gemeinschaft, nicht zuletzt auch in Deutschland.

Letztlich würde sich die eigentliche praktisch intendierte Mission europäischer Grundregeln des Vertragsrechtes dann erfüllen, wenn sich eines Tages der europäische Gesetzgeber zu ihrer Übernahme entschließen könnte. Realistischerweise muss man freilich sagen, dass dies noch ein fernes Ziel ist. Wohl aber lässt sich bereits heute postulieren, dass der europäische Gesetzgeber Grundregeln des europäischen Vertragsrechtes jedenfalls dort beachten sollte, wo er auf dem Gebiete des Zivilrechtes tätig wird – das gilt namentlich für die zahlreichen Richtlinien zum Verbraucherschutz. Diesen fehlt bisher eine einheitliche Konzeption und eine einheitliche Terminologie. Dies hat zur Folge, dass zwischen den verschiedenen Richtlinien zum Verbraucherschutz oft überraschende und sachlich nicht begründete Divergenzen bestehen.

IV. Die Idee eines europäischen Zivilgesetzbuches

Es wurde bereits erwähnt, dass eine neue Arbeitsgruppe sich einer Harmonisierung des europäischen Vermögensrechtes widmet, die Study Group for a European Civil Code. Der Erlass eines europäischen Zivilgesetzbuches – selbst für den Bereich des Vermö-

gensrechtes, also ohne Familien- und Erbrecht – liegt sicher noch in einiger Ferne. Allerdings sollten Wissenschaftler auch Visionen haben, die für junge Juristen Zukunftsperspektiven aufweisen. Eine solche sehr weite Zukunftsperspektive ist sicher der Gedanke eines europäischen Zivilgesetzbuches; dessen Erarbeitung ist übrigens vom

Europäischen Parlament auch bereits mehrfach verlangt worden.

Aber auch wenn man realistischerweise nur an die absehbare Zukunft denkt, stellt die Ausarbeitung von Regeln des europäischen Schuldvertragsrechts oder eines europäischen Vermögensrechts eine anspruchsvolle und faszinierende Aufgabe dar. Und

nicht zuletzt: die vielen Jahre gemeinsamer Diskussion und Anstrengung haben nicht nur eine persönliche Verbundenheit aller Teilnehmer geschaffen; sie haben uns alle vielmehr auch unmittelbar die Existenz einer wahrhaft europäischen Rechtsüberzeugung, auch und gerade im Vertragsrecht erfahren lassen.

3. Teil: Freiwillige Gerichtsbarkeit in Europa – Ökonomische Analysen und Perspektiven

In seiner Begrüßung zum zweiten Tag der Tagung stellte Dr. Zimmermann fest: „Es ist für uns heute der Abschluss unserer Tagung: Das Thema ist allerdings für den Berufsstand das spannendste. Gestern haben wir versucht, Informationen zu bündeln und für den Berufsstand wichtige politische Vorbedingungen zu klären. Heute geht es in die Gegenrichtung. Der Berufsstand selbst überlegt: Was bringt er ein in ein europäisches Rechtssystem? Was bringt er ein in dieses aufzubauende Gesamtsystem der vorsorgenden Rechtspflege? Wo liegen Kosten und Nutzen optimal beieinander?“ Er rief dazu auf, sich intern Gedanken zu machen und sich dann mit dieser Thematik gegenüber anderen Nationen, den Justizsystemen der anderen Länder zu positionieren.

Er freue sich, dass ein sehr fachkundiger Kreis dieses Thema übernommen habe, und zwar Herr Professor Ott aus Hamburg, und Herr Dr. Rieping aus Würzburg.

Dr. Wenckstern begrüßte herzlich zum dritten Thema „Freiwillige Gerichtsbarkeit in Europa, Ökonomische Analysen und Perspektiven“. Über die ökonomische Analyse im engeren Sinne sollten Perspektiven nach Europa getragen werden. Die Notare wollten Europa im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorantragen.

Das Thema sei gewählt worden, weil die EU-Kommission bei ihren An-

griffen auf das Staatsangehörigkeitsanfordernis und mit ihrer Forderung nach Niederlassungsfreiheit (die Dienstleistungsfreiheit habe Frau Dr. Fröhlinger etwas zurückgenommen) in ihrem ergänzenden Aufforderungsschreiben vom 10.07.2002 die freiwillige Gerichtsbarkeit mit privaten Schiedsverfahren verglichen habe, die von einem Rechtsanwalt abgewickelt werden könnten. Das scheine grundsätzlich zu sein, solle aber etwas näher analysiert werden. Es scheine sinnvoll, den engen Rahmen des notariellen Berufsrechts zu verlassen und sich mit dem weiteren Feld der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu befassen, von der Notare mit ihrer Tätigkeit ein Ausschnitt seien. Auch die freiwillige Gerichtsbarkeit und die zu ihr gehörenden Normen – auch des materiellen Rechts – seien nur ein Ausschnitt aus einem noch größeren Normenkomplex, den er mit dem Schlagwort „Vorsorgende Rechtspflege“ umschreiben wolle. Zur vorsorgenden Rechtspflege in diesem sehr weiten Sinne wolle er auch solche Rechtsgebiete zählen, wie zum Beispiel die Handwerksordnung oder die Bauordnung oder auch all die Normen zur Verkammerung der Berufe. All das seien in seinen Augen Normenkomplexe, die Ausdruck einer staatlichen Rechtspolitik der Vorsorge seien. Der Staat versuche vorsorgend, menschliches Verhalten durch Kontrolle und genauso durch ein sehr starkes Verwaltungsrecht zu steuern, damit es möglichst zu wenig Streitproblemen und -schäden komme. In Deutschland, wie

auch in zahlreichen anderen kontinentaleuropäischen Ländern, habe dieses Vorsorgeprinzip in der Rechtspolitik tiefe historische Wurzeln und sei stark ausgeprägt. Die Länder des Common Law verfolgten hier strukturell einen anderen Ansatz, sie seien eher Anhänger eines Prinzips der „nachsorgenden“ Rechtspflege. Nicht staatliche Kontrolle und Überwachung wichtiger Vorgänge stünden im Vorfeld, sondern, aus den USA bestens bekannt, drakonische Strafen und Schadensersatzansprüche bei Normverstößen seien dort ein zentrales Steuerungselement. Dr. Wenckstern fuhr fort, ihm sei bewusst, dass diese Gegenüberstellung, vorsorgende – nachsorgende Rechtspflege, sehr grob und holzschnittartig sei. Natürlich gebe es auch in den Ländern des Common Law Elemente der vorsorgenden Rechtspflege, sie seien nur wesentlich schwächer ausgeprägt.

Er trage diesen Vergleich vor, weil der Angriff gegen das Staatsangehörigkeitsanfordernis der Notare sowie der Wunsch nach Niederlassungsfreiheit und wahrscheinlich auch Freizügigkeit von einem englischen solicitor vorgeschlagen worden seien, also dem Vertreter eines Common Law Landes, und damit eines Landes, das stärker auf das Prinzip der nachsorgenden Rechtspflege setze. Schon anlässlich des Mahnschreibens der EU-Kommission vom November 2000 habe der Deutsche Notarverein die Vermutung geäußert, dass der Angriff auf das Staatsangehörigkeitsanfordernis mit

dem Ziel einer Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit im Kern zu einem Angriff auf das Vorsorgeprinzip werden könnte und damit zu einem Angriff gegen die freiwillige Gerichtsbarkeit insgesamt. Das ergänzende Mahnschreiben vom Juli 2001 zeige ihm, wie richtig der Deutsche Notarverein mit dieser Einschätzung gelegen habe – und noch liege, wie er sich trotz der Bemerkungen vom Vortag von Frau Dr. Fröhlinger hinzuzufügen erlaube. Sie habe ihn mit ihrer Argumentation noch nicht überzeugt. Er sei aber sehr gespannt, in der Diskussion noch die eine oder andere Stimme dazu zu hören. Vor diesem größeren Hintergrund scheine es sinnvoll, die freiwillige Gerichtsbarkeit ganz allgemein einer näheren Be-

trachtung zu unterziehen. Rechtsvergleichende Studien zur freiwilligen Gerichtsbarkeit seien rar. Gleiches gelte für ökonomische Analysen; auch diese seien mit Bezug auf die freiwillige Gerichtsbarkeit selten.

An den Anfang solle die Frage gestellt werden, ob die freiwillige Gerichtsbarkeit, das Prinzip der Vorsorge in der Rechtspflege, ökonomisch sinnvoll sei. Habe man dort einen rechtspolitischen Erfahrungsschatz, den es sich lohne, europaweit, vielleicht weltweit zu exportieren?

Vor diesem Hintergrund freue er sich, dass Herr Professor Claus Ott sich insbesondere zur Standortbestim-

mung der freiwilligen Gerichtsbarkeit innerhalb der Zivilrechtspflege äußern und erste Ansätze einer ökonomischen Analyse versuchen werde, insbesondere von Institutionen wie Grundbuchamt, Handelsregister und Notar. Er spreche bewusst von ersten Ansätzen, weil eine umfassende ökonomische Analyse Feldstudien voraussetzen würde, die fast unbezahlbar seien und die in der Kürze der Zeit der Planung und Vorbereitung der Tagung natürlich nicht hätten geleistet werden können.

Er stellt Herrn Professor Ott als einen der führenden Wissenschaftler der ökonomischen Analyse im Bereich des Zivilrechts vor.

Vortrag von Professor Dr. Claus Ott, Hamburg

Professor Ott führte aus, die freiwillige Gerichtsbarkeit erfülle seit mehr als einem Jahrhundert ihre Aufgaben effektiv und funktioniere auch weitgehend störungsfrei. Sie funktioniere bisher auch außerhalb des großen rechtspolitischen Interesses und außerhalb eines besonderen wissenschaftlichen Interesses. Man könne die freiwillige Gerichtsbarkeit mit einem Veilchen, das im Verborgenen blüht, vergleichen. Aber dies beginne, sich zu ändern, und zwar aus zwei Gründen: Der eine Grund, der bereits am Vortage intensiv diskutiert worden sei, sei der, dass sich aus europarechtlicher Sicht die Frage stelle, ob all das, was zur freiwilligen Gerichtsbarkeit gehöre, Ausübung öffentlicher Gewalt sei, oder ob man Teile davon dem Markt und dem Wettbewerb überlassen müsse. Aus nationaler Sicht stelle sich die Frage, ob die freiwillige Gerichtsbarkeit oder jedenfalls Teile der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu den Bereichen, die der Staat anderen überlassen sollte, gehöre. Zwei Stichworte, die in dieser Diskussion eine Rolle spielten, seien: Schlanker Staat und Beschränkung des Staates auf seine Kernaufgaben. Die europarechtliche Frage betreffe unmittelbar und aktuell die Notare und ihre rechtliche Einord-

nung. Die zweite Frage der Regulierung betreffe derzeit weniger drängend und nicht ganz so aktuell die Übertragung der Handelsregister auf die Industrie- und Handelskammern. Beide Problemkomplexe beträfen auf den ersten Blick nur Teilaspekte der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Dahinter aber stehe die Frage nach dem generellen Verhältnis der freiwilligen Gerichtsbarkeit und ihrer Bereiche zu den Staatsaufgaben. Dies sei eine grundsätzliche Frage, die auch die anderen Bereiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die derzeit nicht im Mittelpunkt der Diskussion stünden, betreffen könne. Wichtig sei es, in diesem Zusammenhang aber festzuhalten, dass auch diese Bereiche nicht generell und ein für allemal dieser Diskussion entzogen seien. Deshalb erscheine es geboten, eine umfassende Bestandsaufnahme der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorzunehmen. Dies müsse einerseits unter dem Aspekt des Verhältnisses der freiwilligen Gerichtsbarkeit und ihrer einzelnen Bereiche zu den Staatsaufgaben und andererseits im Hinblick auf die Frage der Regulierung durch den Staat geschehen. Die Alternative der Wahrnehmung durch den Markt und die Notare als Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit stünden

derzeit im Kern des Interesses der Wissenschaft und vor allem auch der Politik.

Professor Ott erläuterte sein Vorgehen folgendermaßen: Zunächst werde er zur vorsorgenden Rechtspflege im Spektrum der Staatsaufgaben sprechen und dabei auf die Frage nach dem Ordnungsprinzip der freiwilligen Gerichtsbarkeit eingehen. Dann werde er eine Einordnung der freiwilligen Gerichtsbarkeit zwischen Rechtsprechung und Verwaltung vornehmen. Dies führe dann zu der Frage, ob die Führung öffentlicher Register letztlich eine staatliche Aufgabe sei, wobei er sich nur mit dem Grundbuch und dem Handelsregister beschäftigen werde. Dann werde er auf alternative und nichtstaatliche Institutionen der vorsorgenden Rechtspflege eingehen und sich dazu auf die Deregulierung des Handelsregisters beziehen. Im Anschluss werde er zu den ökonomischen Perspektiven der vorsorgenden Rechtspflege Stellung beziehen und, ausgehend von dem Problem der Informationsasymmetrie, das Informationsproblem, das durch die öffentlichen Register zu lösen sei, die Frage behandeln, welchen Beitrag die öffentlichen Register im

Rechtsverkehr leisteten und leisten könnten. Die Frage der Richtigkeitsgewähr stehe hierbei im Zentrum. Aus ökonomischer Sicht sei sowohl eine Ex-ante-Regulierung als auch eine Ex-post-Haftung zur Lösung des Problems denkbar.

Es stelle sich die Frage, was eigentlich die Gerichtsbarkeit im deutschen Recht und die freiwillige Gerichtsbarkeit, die im Allgemeinen als vorsorgende Rechtspflege im Bereich des Privatrechtsverkehrs bezeichnet werde, sei. Dies führe dann zu der Suche nach dem zugrunde liegenden Ordnungsprinzip. Diese Suche gestaltete sich schwierig, weil sich zeigen werde, dass die Bereiche, die der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugeordnet seien, ein buntes Gemisch darstellten, das sich nicht ohne weiteres auf einen einheitlichen Grundgedanken zurückführen lasse. Vielmehr sei festzustellen, dass der freiwilligen Gerichtsbarkeit ganz systemlos im Laufe der Jahrzehnte immer mehr Aufgaben zugewiesen worden seien, die nun alle im FGG oder verwandten Gesetzen, wie der Grundbuchordnung, zu finden seien. Eine Aufgabenbeschreibung für die freiwillige Gerichtsbarkeit sei demnach, eine staatliche Hilfestellung zum reibungslosen Funktionieren des Rechtsverkehrs zu bieten. Als Regelungsbereiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit seien schlagwortartig Vormundschafts-, Familien-, Betreuungs-, Unterbringungssachen, Personenstands-, Registersachen, Nachlassteilung und eben auch die Beurkundungen, die in den Händen der Notare liegen, zu nennen.

Für die Frage nach der Einordnung der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Verhältnis zur Rechtsprechung und Verwaltung sei es wichtig, zwei Aspekte der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu unterscheiden. Die Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die im FGG und in anderen Gesetzen geregelt seien, einerseits und die Angelegenheiten, die diesen jeweiligen Verfahren unterworfen seien, andererseits, deckten sich nicht durchweg und nicht not-

wendigerweise. Es gebe hierbei Angelegenheiten, die streitige Rechtssachen seien, gleichwohl aber einem Verfahren in der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugewiesen würden. Als Beispiel seien Streitigkeiten um Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer nach § 43 WEG zu nennen und Zuständigkeit der Gerichte im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Scheidungsangelegenheiten. Umgekehrt ließen sich Beispiele finden, dass Angelegenheiten, die man der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuordnen würde, einem Verfahren der ZPO unterstellt seien.

Wichtig sei es, noch eine weitere Unterscheidung vorzunehmen, nämlich die Unterscheidung zwischen Gerichtsbarkeit und Rechtsprechung. Rechtsprechung sei der engere Begriff. Rechtsprechung sei die richterliche Tätigkeit, die in der verbindlichen Feststellung von streitigen Rechtsverhältnissen oder Rechten bestehe, die dann der materiellen Rechtskraft zugänglich seien. Gerichtsbarkeit in einem weiteren Sinne umfasse aber auch die Tätigkeiten der Gerichte, die einen spezifisch richterlichen Charakter insoweit aufwiesen, als sie nur Gesetz und Recht unterworfen seien und nicht weisungsgebunden durchgeführt würden, ohne dass sie eben Rechtsprechung im genannten Sinne seien. Insofern müsse zwischen diesen beiden Begriffen unterschieden werden, und es stelle sich heraus, dass freiwillige Gerichtsbarkeit Gerichtsbarkeit sei, insofern als sie weisungsunabhängig durchgeführt werde von Richtern oder Rechtspflegern, ohne dass sie deshalb Rechtsprechung sei.

Die Unterscheidung zwischen Rechtsprechung im Rahmen der Gerichtsbarkeit und Verwaltung im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit liege im Begriff der Weisungsgebundenheit. Die Gerichtsbarkeit sei unabhängig und weisungsfrei und daraus ergebe sich, dass Tätigkeiten die der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugeordnet seien, sofern sie diese Kriterien erfüllten, als verwaltende Tätigkeit anzusehen seien. Nun gebe es im Bereich der

freiwilligen Gerichtsbarkeit, wie schon erwähnt, auch streitige Verfahren, die Streiterledigung durch Richterspruch. Ein Beispiel hierfür neben den bereits erwähnten sei die Hausratsverordnung, auch hier gehe es um streitige Entscheidungen. Die anderen Tätigkeiten seien eben verwaltende Tätigkeiten, nicht Rechtsprechung, sondern Verwaltung im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Es sei wichtig, deutlich zu machen, dass man es mit unterschiedlichen Funktionsbereichen im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder der Gerichtsbarkeit insgesamt zu tun habe. Das Registerwesen, Handelsregister- und Grundbuchwesen, die Führung der Register sei im Sinne der genannten Kriterien nicht der Rechtsprechung, sondern der verwaltenden Tätigkeit im Rahmen der Gerichtsbarkeit zuzuordnen. Wenn man sich überlege, welche Relevanz diese Überlegungen zur Struktur der Tätigkeiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit habe, dann sei die Antwort bezogen auf das deutsche Recht, dass die Relevanz denkbar gering sei. Dies gelte für die Praxis deshalb, weil im Grunde alle Fragen, die sich hier stellten, Abgrenzungsfragen, Zuordnungsfragen, Fragen der Zuständigkeit seien, und sich im positiven Recht mehr oder weniger eindeutige Regelungen fänden. Zur Anwendung des geltenden Rechts müsse nicht auf Fragen nach der Rechtsnatur dieses Regelungsbereiches zurückgegriffen werden. Die Wissenschaft habe sich zuletzt vor ungefähr 40 Jahren mit der grundsätzlichen Frage nach der Rechtsnatur der freiwilligen Gerichtsbarkeit beschäftigt, und das Ergebnis sei etwas unbefriedigend gewesen. Das Ergebnis sei gewesen, dass man das eigentlich gar nicht richtig systematisieren könne, weil der Gesetzgeber immer wieder Aufgaben dorthin geschoben habe, ohne dass dem ein erkennbares Ordnungsprinzip zu Grunde liege. So habe auch die Wissenschaft ihr Interesse an diesem Thema verloren; wenn es keine praktische Relevanz habe, lohne es sich im Grunde auch nicht, hier systematische Überlegungen anzustellen. Das habe sich durch den Anstoß, der

vom europäischen Recht ausgegangen sei, geändert, die Frage, ob die Tätigkeit der Notare Ausübung öffentlicher Gewalt sei und ob sie zu den Staatsaufgaben gehöre oder ob es sich um eine gewillkürte Staatsaufgabe handle. Gewillkürte Staatsaufgabe sei in dem Sinne zu verstehen, dass der Gesetzgeber etwas, was eigentlich eine privatwirtschaftliche Tätigkeit sei, durch gesetzliche Definition als Staatsaufgabe umformuliert habe. Das sei der Hintergrund der Auseinandersetzung, der Gegenstand des Vertragsverletzungsverfahrens um den Anwendungsbereich des Artikels 45 EGV. Vor diesem Hintergrund gewinne nun die Frage eine ganz unerwartete und neue Aktualität, worum es sich eigentlich bei diesen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit handle, um die Ausübung öffentlicher Gewalt oder eine Tätigkeit, die ihrer Natur nach eben dem privaten Bereich angehöre.

Die freiwillige Gerichtsbarkeit als vorsorgende Rechtspflege umfasse Aufgabenbereiche, die nicht ohne weiteres generell als Ausübung hoheitlicher Gewalt angesehen würden. Solche Bereiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die mit unmittelbaren Eingriffen in die Selbstbestimmung der Individuen verbunden seien, seien in jedem Falle Ausübung öffentlicher Gewalt. Es handle sich um Eingriffe und Wirkungen, die nicht von der Privatautonomie, von der Selbstbestimmung der Betroffenen gedeckt seien, sondern ohne oder gegen deren Willen vorgenommen würden, und dafür gebe es selbstverständlich viele Beispiele. Zu nennen seien Vormundschaftsentscheidungen, teilweise auch Betreuungsangelegenheiten, generell alle Entscheidungen, die zu Freiheitsentziehungen führten und deshalb dem Richterprivileg nach Artikel 104 Abs. 2 GG unterworfen seien.

Andere der klassischen Bereiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit wiesen weniger eindeutig einen solchen Eingriffscharakter auf, zum Beispiel das Registerwesen. Diese Register dienten in erster Linie der Informationsbe-

schaffung und seien nicht per se eine genuin staatliche Angelegenheit. Informationsbeschaffung werde in der Wirtschaft und in der Gesellschaft durch viele Institutionen nicht staatlicher Art gewährleistet. Beispiel sei die Schufaliste oder die Schwacke-Liste. Es gebe auch Beispiele in anderen Ländern dafür, dass diese Informationsfunktionen durch nicht-staatliche Institutionen wahrgenommen würden. Das amerikanische Grundstücksrecht komme ohne ein Grundbuch, ein öffentliches Register, in unserem Sinne, aus; die Informationsbeschaffung sei privaten Gesellschaften überlassen. Dies spreche dafür, dass es sich hier um eine Frage handle, die nicht per se und ohne weiteres den Staatsaufgaben zuzurechnen sei. Das Kriterium für die Ausübung öffentlicher Gewalt sei das Vorliegen eines Eingriffs in die Selbstbestimmungsrechte der Betroffenen, der nicht durch ihren Konsens gedeckt sei. Die Kontroverse um die Tätigkeit der Notare werfe genau diese Fragen, inwieweit der Gesetzgeber hier Funktionen auf die Notare übertragen habe, die in unmittelbarer und spezifischer Weise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden seien, auf. Die vorsorgende Rechtspflege als staatliche Hilfestellung für den Rechtsverkehr sei nicht ohne weiteres Ausübung öffentlicher Gewalt, sondern sei zunächst einmal eine Hilfestellung des Staates.

Ein Vergleich sei reizvoll mit der Bereitstellung einer dispositiven Rechtsordnung durch den Staat. Die Ordnung, die das BGB bietet, sei ein Beispiel. Darin liege eine Hilfestellung des Staates zur Entlastung des Rechtsverkehrs. Wenn die Parteien nichts anderes vereinbarten, greife eine Reserveordnung ein, die aber nicht zwingend sei, sondern zur Disposition der Beteiligten stehe. Die staatliche Anerkennung von schiedsrichterlichen Vereinbarungen sei ebenfalls eine Hilfestellung, die aber nicht mit Eingriffen in die Selbstbestimmung der Beteiligten verbunden sei, denn es liege an ihnen, ob sie sich einer solchen Schiedsgerichtsklausel unterwerfen und ein Schiedsverfahren und die Entschei-

dungen akzeptieren wollten oder nicht. Die grundsätzlichen Ausführungen zur Abgrenzung dieser Serviceleistungen des Staates gegenüber der Ausübung öffentlicher Gewalt führe nun speziell zum Verhältnis der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur streitigen Gerichtsbarkeit. Diese Frage erscheine schon deshalb besonders wichtig, weil die Kommission in ihrer Kontroverse mit der Bundesregierung im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens immer wieder auf die streitige Gerichtsbarkeit als Maßstab für die Beurteilung der Tätigkeit der Notare abgestellt habe. Die Kommission sage, richterliche Tätigkeit und Gerichtsbarkeit im Sinne der Ausübung öffentlicher Gewalt sei zu messen an der streitentscheidenden, strafverhängenden oder rechtsfortbildenden Tätigkeit von Richtern. Daraus folge im Umkehrschluss, dass, was nicht eine solche streitentscheidende, strafverhängende oder rechtsfortbildende Tätigkeit von Richtern sei, nicht zur Ausübung öffentlicher Gewalt gehöre. Dies führe zu der Frage nach dem Vergleichsmaßstab und mache es notwendig, diesen Vergleichsmaßstab der streitigen Gerichtsbarkeit etwas genauer anzuschauen und dann den Vergleich mit der freiwilligen Gerichtsbarkeit noch einmal zu überprüfen. Auch die streitige Gerichtsbarkeit sei nicht ein einheitlicher homogener Bereich der Rechtsordnung, sondern sei gekennzeichnet durch ein entscheidendes Maß an Heterogenität. Die Streitentscheidung und Rechtsfortbildung sei eine zweifellos äußerst wichtige Aufgabe der streitigen Gerichtsbarkeit, aber keineswegs deren einzige Aufgabe. Lasse man den Bereich des Strafrechts außen vor und betrachte die Zivilprozesse, sei zu sagen, dass der Zivilrichter in einem Verfahren nicht nur zur Streitentscheidung und Rechtsfortbildung tätig sei. Aus seiner nebenamtlichen über 20-jährigen Tätigkeit als Richter am OLG Hamburg könne er bestätigen, dass die Aufgabe eben in einem erheblichen Maße auch aus anderen Tätigkeiten bestehe. Auch der Zivilprozess sei auf das Prinzip der Privatautonomie aufgebaut, es herrsche der Dispositionsgrundsatz und die Ver-

handlungsmaxime. Auch der Zivilprozess sei kein hoheitliches Verfahren, das gegen den Willen der Beteiligten durchgeführt werde. Es sei zwar keine Frage, dass die richterliche Tätigkeit in diesem Bereich Ausübung öffentlicher Gewalt sei, wenn Urteile erlassen würden. Die richterliche Tätigkeit bestehe aber auch aus anderen Bereichen, vor allem Konfliktlösung durch Konsensspiele in der streitigen Gerichtsbarkeit eine außerordentlich große Rolle. Bei den Landgerichten in erstinstanzlichen Verfahren seien im Jahr 2000 27% der anhängigen Verfahren durch streitiges Urteil und 17% Verfahren durch Vergleich erledigt worden. Der Rest sei auf andere Weise, vor allem durch Zurücknahme der Klage oder Versäumnisurteil erledigt worden.

Das heiße aber, die streitentscheidende Tätigkeit, so prägend und wichtig sie sei, sei nicht alles, was in der streitigen Gerichtsbarkeit ablaufe. Wenn man nach dieser kurzen Strukturanalyse der streitigen Gerichtsbarkeit noch einmal die Frage stelle, was Gegenstand der freiwilligen Gerichtsbarkeit sei, so werde nach geltendem Recht eine Abgrenzung nach Verfahrensarten vorgenommen, und der Gesetzgeber habe bestimmte Angelegenheiten den Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugewiesen, und zwar aus Gründen der Zweckmäßigkeit, weil man hier einfachere und schnellere und für besondere Angelegenheiten geeignetere Verfahrensarten zur Verfügung habe. Maßgeblich sei eine Abgrenzung und Zuweisung nach Zweckmäßigkeit.

Dies führe zum nächsten Punkt, der Frage nach der europarechtlichen Einordnung. Die Ansicht, dass Artikel 45 EGV gemeinschaftsrechtliche Begriffe enthalte, sei zu teilen. Das bedeute, ob eine Tätigkeit mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sei, entscheide der Europäische Gerichtshof, der nationale Gesetzgeber habe hier keine Definitionshoheit in dem Sinne, dass er gewissermaßen eine beliebige Tätigkeit durch nationales Gesetz als Ausübung öffentlicher Gewalt dekla-

rieren und damit den Grundfreiheiten des Vertrags entziehen könne. Der Gesetzgeber könne eine Tätigkeit nur dann der Bereichsausnahme unterstellen, wenn er sie funktional mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbinde und die Tätigkeit dementsprechend ausgestalte. Auf das Kriterium des Eingriffs in die Selbstbestimmung der Betroffenen sei in diesem Zusammenhang zu verweisen. Die anschließende Frage sei, wie weit die Bereichsausnahme des Artikels 45 EGV reiche und worauf sich die Bereichsausnahme beziehe. Eindeutig sei, dass die Ausnahme sich auf Tätigkeiten und auf Tätigkeitsfelder beziehe.

Professor Ott erläuterte seine Position, dass Artikel 45 EGV dem Staat die Organisationshoheit für die Ausübung öffentlicher Gewalt belasse. Wenn es sich um die Wahrnehmung öffentlicher Funktionen, also Tätigkeiten mit Ausübung öffentlicher Gewalt, handle, habe der Staat die Organisationshoheit. Im deutschen Recht sehe Artikel 33 Abs. 4 GG vor, dass solche Aufgaben grundsätzlich den Beamten zu übertragen seien. Dem Staat obliege es, diese besondere Treuebindung der Organe staatlicher Gewalt auszugestalten und Vorkehrungen für das Bestehen dieser Treuebindung zu treffen. Eine Möglichkeit dazu sei es, die Tätigkeit an die Staatsangehörigkeit zu

binden. Auch wenn die Treuebindung auf anderem Wege erreicht werden könne, unterfalle diese Entscheidung letztlich der Organisationshoheit des Staates.

Die Frage, wie weit die Bereichsausnahme reiche und welche Tätigkeiten sie umfasse, sei nur durch Anknüpfung an den Sachzusammenhang zu beantworten. Jede Tätigkeit, auch die richterliche streitentscheidende Tätigkeit, bestehe nicht von morgens bis abends in dem Erlass von Entscheidungen, die in die Selbstbestimmung der Beteiligten eingreifen, sondern sei zu großen Teilen mit vorbereitender, verwaltender, streitschlichtender, klärender Tätigkeit verbunden. Es könne sinnvollerweise nicht so sein, dass man die Bereichsausnahme nur auf den eigentlichen Eingriffsakt beschränke und die ganze Tätigkeit, die im Sachzusammenhang damit stehe, der Bereichsausnahme entziehe. Das heiße nicht, dass jedes beliebige Berufsbild der Bereichsausnahme unterworfen werden könne, das heiße aber wohl, dass die Reichweite der Bereichsausnahme nach dem Sachzusammenhang der Tätigkeit bestimmt werden müsse.

Bei dem Stichwort „Publizität im Rechtsverkehr“ stelle sich erneut die Frage, ob die Führung des Grundbuchs und des Handelsregisters eine Tätig-



Podium: Notar Dr. Manfred Wenckstern, Professor Dr. Claus Ott, Notar Dr. Stefan Zimmermann

keit genuin staatlicher Art sei. Wieder sei das Merkmal des Eingriffs in die Selbstbestimmung der Beteiligten zu untersuchen. Auf den ersten Blick würde man diesen Registern eine Informationsfunktion und eine Publizitätsfunktion zubilligen und dies wieder als eine Hilfestellung des Staates im Bereich des rechtsgeschäftlichen Verkehrs interpretieren. Wenn man diesen Bereich genauer anschaut, ergebe sich aber ein anderes Bild. Das Grundbuch habe eine Informationsfunktion, vor allem aber habe es auch eine Konstitutivfunktion. Die Eintragungen im Grundbuch veränderten die materiellrechtliche Rechtslage. Dies sei gedeckt durch das Selbstbestimmungsrecht der Beteiligten, denn zu der Eintragung müsse der Konsens der Beteiligten hinzukommen. Aber die Eintragung im Grundbuch vollende als wesentlicher Bestandteil die Rechtsübertragung und hieran knüpften die Garantiefunktion, die Publizität, der öffentliche Glaube und die Beweisfunktion des Grundbuchs an. Damit werde deutlich, dass die Eintragungen im Grundbuch auch zu Eingriffen in das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen führen könnten, weil zu Gunsten des gutgläubigen Rechtsverkehrs derjenige als Eigentümer gelte, der im Grundbuch eingetragen sei. Die Konsequenz sei, dass der wahre Eigentümer sein Recht an den Bucheigentümer verliere. Hier liege der Eingriff. Der Unterschied zum Verwaltungsakt liege darin, dass die Eintragung als solche diese Eingriffswirkung noch nicht auslöse, dazu müsse ein Rechtsverkehrsgeschäft kommen. Im Ergebnis handele es sich hier um einen Eingriff in die Selbstbestimmung des Betroffenen und sei insofern dem Bereich der öffentlichen Gewalt zuzurechnen.

Für den Bereich des Handelsregisters ergäben sich gewisse Unterschiede, da die meisten Eintragungen im Handelsregister deklaratorisch und nicht konstitutiv seien. Auch bei diesen deklaratorischen Eintragungen sei eine Garantiefunktion des Handelsregisters festzustellen. Das Ergebnis sei wiederum, dass die Eintragung im Handels-

register oder die unterbliebene Eintragung im Handelsregister verbunden mit einem entsprechenden Verkehrsgeschäft zu Rechtsverlusten oder Rechtsbelastungen führen könne, dass beispielsweise der Geschäftsherr sich dann ein Rechtsgeschäft zurechnen lassen müsse, das jemand abgeschlossen habe, der im Handelsregister als Prokurist stehe und dort fälschlicherweise eingetragen worden sei. Auch bei deklaratorischen Eintragungen gebe es demnach Einwirkungen in die Rechtssphäre der Betroffenen. Daraus ergebe sich, dass diese Register etwas fundamental anderes seien als Schwackeliste oder Schufa. Dieser entscheidende Unterschied lasse den Schluss zu, dass es sich hier in der Tat um die Ausübung öffentlicher Gewalt handele.

Dies sei in einem nächsten Punkt näher zu untersuchen. Das Registerwesen setze für seine Funktionsfähigkeit im Interesse des Rechtsverkehrs eine so gut wie absolute Richtigkeitsgewähr der Eintragungen voraus. Fehler in diesen Registern wirkten sich zu Lasten der Eintragungspflichtigen oder der wahren Berechtigten im Falle des Grundbuchs negativ aus, führten zu Rechtsverlust oder zu rechtlichen Belastungen. Die Richtigkeitsgewähr solcher Register sei von zentraler Bedeutung; und dazu gebe es sehr eingehende Verfahrensvorschriften, wie die Grundbuchordnung. Um die Ordnung, die Organisation der Institution im Wege von Unabhängigkeit und Neutralität zu gewährleisten, werde diese Aufgabe einem besonderen Personal zugeordnet, Hoheitsträgern, Beamten oder Notaren als Träger eines öffentlichen Amtes. Die Unabhängigkeit und die Neutralität seien gewährleistet durch die entsprechende Ausgestaltung der Institutionen und der personellen Anforderungen. Zentral in diesem Zusammenhang im Hinblick auf die Beurkundungsfunktion der Notare sei die Kontrolle von Identität und Authentizität. Es müsse sichergestellt werden, dass die Identität des Antragstellers gewährleistet sei und es müsse vor allem sichergestellt sein, dass die Er-

klärung auch dem authentischen Willen des Antragstellers entspreche, sonst sei auch die Funktionsfähigkeit der Register nicht gewährleistet.

Anzusprechen sei in diesem Zusammenhang auch die Debatte zur Regulierung des Handelsregisters, wobei auf die bekannten Vorstöße des deutschen Industrie- und Handelstages von 1991 mit dem Ziel, die Zuständigkeit auf die IHK zu übertragen, nicht noch einmal einzugehen sei. Neuerdings gebe es wieder ähnliche Initiativen wie derzeit in Hamburg. Aufgrund der langen Verfahrensdauer solle eine Übertragung auf die Handelskammer erfolgen, mithin nicht aus rechtlichen, sondern aus praktischen Gründen. Durch das elektronisch geführte Handelsregister seien die Bearbeitungszeiten trotz rückläufigem Personalbestand deutlich verkürzt worden. Damit seien die praktischen Argumente insofern vom Tisch, und was bleibe, seien dann ordnungspolitische Vorstellungen der Regulierung als gesellschaftlichem Ordnungsprinzip: Der Staat solle Dinge abgeben, die nicht wirklich zum Kernbereich der Staatsaufgaben gehörten. Hier stelle sich wieder das Problem von Unabhängigkeit und Neutralität der Beteiligten. Außerdem liege in einer Übertragung an die Handelskammern keine Übertragung an den Markt, Handelskammern seien öffentlich-rechtliche Selbstverwaltungskörperschaften. Wichtig sei, nicht fiskalisch vordergründig damit zu argumentieren, dass nach der Rechtsprechung des EuGH der Staat nichts mehr an der Registerführung verdienen dürfe und diese deshalb auch auf Private übertragen werden könne, zentral sei die Funktion der Registerführung und die Problematik der Richtigkeitsgewähr.

Alternativen zum Grundbuch – es sei zunächst das amerikanische Recording System zu erwähnen. Bei diesem System verändere ein Eintrag die materielle Rechtslage nicht, eine sichere Gewähr über die Rechtslage gebe es nicht, was wiederum zur Entwicklung eines Versicherungssystems geführt habe. Die bekannten Title In-

insurance Companies versichern gegen einen möglichen Rechtsverlust, der sich etwa daraus ergeben könnte, dass derjenige, von dem man Eigentum zu erwerben meine, gar nicht Eigentümer sei. Dieses System funktioniere ganz offensichtlich, weil nämlich der Grundstücksmarkt in Amerika durchaus funktioniere. Man könne nicht ohne weiteres sagen, dass das Recording System dem deutschen Grundbuchsystem unterlegen sei. Hierzu seien einige Hinweise auf die ökonomische Analyse des Rechts zu geben. Für einen Vergleich beider Systeme aus ökonomischer Sicht müsse man bei den Grundproblemen, die jedes dieser Systeme zu lösen habe, ansetzen. Dieses Problem sei für den Grundstücksmarkt die Investitionssicherheit, also die Gewährleistung von Rechtssicherheit, um die Transaktionen möglich zu machen. Je höher das Risiko in einem System sei, desto höher seien auch die Kreditkosten. Das führe dann zu komplizierten Überlegungen; man könne nicht einfach die Betriebskosten miteinander vergleichen, sondern müsse die Errichtungs- und die Betriebskosten mit den direkten Kosten potentieller Rechtsverluste, den Kosten künftiger Transaktionen und den Opportunitätskosten vergleichen. Diese ganzen Kosten müssten in die Überlegung einbezogen werden und dazu gebe es interessante theoretische, aber leider keine empirischen Untersuchungen. Die ökonomische Theorie sei zu interessanten Erkenntnissen gekommen: Ausgehend von den Präferenzen eines Individuums werde unterschieden nach dem Wert des Grundstücks. Das System der Title Insurance werde aus der Sicht der Betroffenen bei geringen Grundstückswerten präferiert, konsequenterweise gebe es auch Grundstücke, für die die Betroffenen auf Registrierung oder Recording ganz verzichten würden. Je höher der Wert eines Grundstücks sei, desto mehr Argumente sprächen aus Sicht der Betroffenen für das Grundbuch. Es gebe keine empirische Studie, die einen Kostenvergleich zwischen dem Grundbuchsystem und dem System der Title Insurance durchführe.

Es gehe im Kern um das Problem der Informationsasymmetrie: Der potentielle Erwerber eines Rechts sei typischerweise weniger gut informiert als der Veräußerer des Rechts, die Informationslage über vertragsrelevante Informationen sei unterschiedlich. Hierbei handele es sich um ein gängiges Problem in jeder Privatrechtsordnung. Im deutschen Recht gebe es angefangen bei den Verbraucherschutzvorschriften bis hin zu der Rechtsprechung zu vorvertraglichen Informationspflichten eine große Fülle von Regeln, die eben dieses Problem der Informationsasymmetrie erfassten und ihrer Überwindung dienten. Wenn Marktteilnehmer nicht ausreichend informiert seien, würden sich im Laufe der Zeit die schlechtesten Produkte durchsetzen. Ein Beispiel dafür seien die allgemeinen Geschäftsbedingungen: Keiner habe ein Interesse daran, gute AGB zu bieten, weil die Verbraucher deren Wert ex ante gar nicht beurteilen könnten. Also würden sich – überließe man den Markt sich selbst – die verbraucherungünstigsten AGB durchsetzen. Zur Überwindung von Informationsasymmetrien, wie den beschriebenen, dienten die Register und das führe dann zu der Frage nach der Richtigkeitsgewähr.

Es müsse eine Richtigkeitsgewähr bestehen, denn wenn man nicht zuverlässig damit rechnen könne, dass das, was im Grundbuch oder im Handelsregister stehe, auch richtig sei, würde man sich bei entsprechend relevanten Geschäften nicht mit dem Grundbuch oder dem Handelsregister zufrieden geben, sondern würde eigene Aufwendungen betreiben, um die Informationen zu überprüfen. Dann habe das Register seine Funktion verloren. Richtigkeitsgewähr sei der entscheidende Gesichtspunkt und diese Richtigkeitsgewähr könne man aus ökonomischer Sicht erreichen entweder durch zivilrechtliche Haftung oder durch öffentlich-rechtliche Regulierung. Wenn eine Organisation, die ein solches Handelsregister oder Grundbuch führe, damit rechnen müsse, dass sie für die Folgen von fehlerhaften Ein-

tragungen zur Verantwortung gezogen werde, dann werde sie die Kosten des Schadensersatzes in ihre Kalkulation einbeziehen und ihre Vorsorgeaufwendungen so hoch schrauben, dass entsprechende Schadenshaftungsfälle vermieden werden. Dies sei aus rationaler Sicht ohne weiteres nachvollziehbar, aber dieses System funktioniere nur unter einer Reihe von einschränkenden Voraussetzungen. Wenn nämlich nicht gewährleistet sei, dass alle Schadensfälle haftungsrechtlich erfasst werden, dann funktioniere diese Steuerungswirkung nicht. Man könne nicht davon ausgehen, dass jeder Schadensfall zu einer Haftung führe, weil viele Geschädigte auf die Realisierung der Haftung, sprich auf die Führung eines Prozesses, verzichten würden, wenn ihnen das Prozessrisiko im Verhältnis zu ihrem betroffenen Interesse zu hoch erscheine. Dies habe zur Folge, dass die Register mit weniger Sorgfalt geführt würden und sich die Fehlerquote erhöhe. Die andere Möglichkeit sei, die Regulierung durch öffentliches Recht – das System von Grundbuch und Handelsregister. Es werde eine Institution aufgebaut, die mit hohen Kosten verbunden sei, die aber so organisiert sei, dass Fehler so gut wie ausgeschlossen seien. Und wenn man diese beiden Möglichkeiten vergleiche, dann werde man sagen, je wichtiger es sei, dass Schadensfälle überhaupt vermieden würden, desto eher werde man zu öffentlichen Regulierungen greifen. Ein anschauliches Beispiel seien Gefahrguttransporte und Atomkraftanlagen. Da werde man sich nicht damit zufrieden geben, dass, wenn ein Atomkraftwerk in die Luft gehe oder ein Gefahrguttransport im Elbtunnel explodiere, Haftung bestehe. Da greife man öffentlich-rechtlich regulierend ein und sage, es dürfe überhaupt nicht dazu kommen. Um den Bogen zum Grundstücksrecht zu spannen, sei ein Hinweis auf das schwedische Recht angebracht. Professor Hans-Heinrich Vogel aus Lund habe darüber geschrieben, dass in Schweden im Grundstücksverkehr auf Identitätskontrollen verzichtet werde. Das führe dazu, dass dann gelegentlich Rechte von Leuten

übertragen würden, die gar nicht verfügbarsbefugt seien. Im schwedischen Recht sei nun diskutiert worden, ob man das System ändern solle. Gegenargument sei gewesen, dass im Schadensfall der Staat eintrete und da es zahlenmäßig wenig Schadensfälle gebe, könne man es so laufen lassen. Der Kostenvergleich spreche gegen eine Änderung. Vogel habe den Schluss gezogen, dass, wenn solcher Betrug professionalisiert werde, die Rechnung für den Staat ganz schnell negativ werde und die Funktionsfähigkeit des Rechtsverkehrs in diesem Bereich gefährdet sei. Insgesamt sprächen die überzeugenderen Argumente für ein Regulierungssystem, in diesem Falle durch eine entsprechende Organisation und Institution.

Diskussion

Dr. Wenckstern leitete die Diskussion mit einem Dank an Herrn Professor Ott für sein Referat ein. Dieses habe einen weiten Bogen gespannt. Er habe die freiwillige Gerichtsbarkeit ebenso wie die streitige Gerichtsbarkeit analysiert und Gemeinsamkeiten herausgearbeitet. Er habe sich dann der europarechtlichen Einordnung zugewandt, die Verfahren bei den Registergerichten und deren Eingriffswirkungen problematisiert und sodann die Arbeit der Notare und deren Zuarbeit eingebunden, Sachverhaltsermittlung, Identitäts- und Authentizitätsprüfung als integralem Bestandteil des späteren Verfahrens mit Eingriffswirkungen als einheitlich eingeordnet und dabei mit einem Zivilrichter verglichen, der Sachverhaltsaufklärung betreibe, bis es dann zu einem streitigem Urteil komme.

Notar Kleppi, Bonn, schilderte seine Beobachtungen mit einem Kaufvertrag, der in Kanada (Nova Scotia) abgeschlossen wurde. Kaufgegenstand sei ein Ferienhaus für 215.000 kanadische Dollar gewesen. Auf beiden Seiten des Vertrages seien Solicitors beteiligt, die sich auch gleichzeitig Notary public nannten. Die Gebühren-

rechnung des Kollegen auf der Verkäuferseite habe ungefähr 600 kanadische Dollar betragen. Dabei habe es sich um Zeitgebühren gehandelt, für die minutiös jedes Telefongespräch, jeder Handschlag, auch des Personals computermäßig aufgelistet worden seien. Auf der anderen Seite sei die Rechnung ungefähr gleich hoch gewesen. 1200 \$ zu 215.000 \$ seien ungefähr 0,6 %. Eine Title insurance sei in Nova Scotia nicht üblich, also diese Kosten, die dann vielleicht ein gewisses Risiko offen ließen, seien nicht zu berücksichtigen. Diese Zahlen sprächen bei diesem Geschäftswert nicht dafür, dass diese Transferkosten wesentlich höher seien als beim deutschen Notar. Jedoch müsse auch der Zeitaufwand der Beteiligten berücksichtigt werden, der wesentlich größer gewesen sei. Der Verkäufer habe die Kontakte mit seinem Anwalt aufnehmen müssen, der Käufer mit seinem. Auch müsse berücksichtigt werden, dass nur Musterverträge verwendet worden seien und jedwede Anpassung auf den Einzelfall gefehlt habe. Auch dies solle zum Gegenstand von Studien gemacht werden.

Notar Dr. Wolfsteiner, München, erwiderte auf die Charakterisierung der Register durch Professor Ott, dass diese nach seiner Ansicht weit mehr Eingriffscharakter als dargestellt hätten. Dieser Eingriffscharakter entstehe bei konstitutiven Eintragungen schon durch den Zwang, das Register in Anspruch zu nehmen, um überhaupt eine Transaktion vornehmen zu können. Das sei hier so selbstverständlich, dass es kaum auffalle. Ein Amerikaner oder Kanadier empfinde es aber als einen Eingriff in seine persönliche Freiheit, wenn er ein Grundstück nur übertragen könnte, indem er das staatliche Register in Anspruch nehme. Der zweite Freiheitseingriff liege in der Publizität. Es sei ein deutlicher Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung, zum Beispiel nicht Geschäftsführer einer GmbH sein zu können, ohne dies veröffentlicht zu müssen. Im Bereich der nichtkonstitutiven Geschäfte liege ein zweiter Bereich, der Sektor des Ver-

fentlichungszwangs und des Eintragungszwangs: mit Geldstrafen werde man gezwungen, eine persönliche Information durch Eintragung in das Register allgemein zugänglich zu machen. Auch darin liege bereits ein erheblicher Eingriff.

Eingriffscharakter habe auch, dass diese Schutzwirkungen, diese Gutgläubenswirkungen des Grundbuchs auch dort durch Beurkundungspflicht und Eintragungszwang bei hohen Kosten herbeigeführt würden, wo die Beteiligten diesen Schutz nicht in Anspruch nehmen wollten. Er wolle nicht diskutieren, warum dieser Zwang richtig sei, sondern es gehe ihm nur darum, dass der Eingriffscharakter des Registers und der Beurkundung stärker sei als dargestellt. Der Beurkundungszwang sei ein Eingriff in die persönliche Freiheit des Eigentümers, weil er über sein Eigentum nur verfügen könne, indem er letztlich eine staatliche Stelle, öffentliche Gewalt, in Anspruch nehme. Der Grund sei einfach der – und das sei auch der historisch richtige Grund –, dass der Staat wissen wolle, was mit seinem Grund und Boden passiere; er wolle informiert sein über das, was seine Bürger tun – und das sei natürlich ein Eingriff.

Notar Richter, Landau in der Pfalz, erklärte, er teile die Einschätzung von Herrn Professor Ott zur europarechtlichen Einordnung der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht. Er meine, dass dessen Begründung, dass es bei der funktionalen Betrachtung durch den EuGH um direkte Eingriffe in Selbstbestimmung gehen müsse, zu kurz greife. Wenn man die EuGH-Rechtsprechung analysiere, gehe der EuGH von dem Recht jedes Staates zu seiner eigenen Organisation aus. Die staatliche Organisationsgewalt werde anerkannt. Staatliche Organisationsgewalt manifestiere sich nicht nur in Deutschland, sondern vor allem auch in anderen kontinentaleuropäischen Rechten, nicht nur in der Eingriffsverwaltung. Seit Forsthoff wisse man, dass Leistungsverwaltung auch Ausübung staatlicher Organisationsgewalt sei. Ob eine deut-

sche Werft aus Brüssel eine Subvention von 1 Milliarde bekomme oder nicht, sei wohl zweifelsfrei Ausübung staatlicher und hoheitlicher Tätigkeit und nicht ein privates Geschäft, das eine Organisation wie die EU so nebenbei betreibe. Er wolle damit das Grundkriterium anzweifeln. Er persönlich meine, dass die staatliche Organisationsgewalt das entscheidende Kriterium sei, das im Rahmen dieser funktionalen Betrachtungen akzeptiert werden müsse. Es gehe nicht darum, öffentliche Gewalt zu konstruieren, um Schutzzräume zu errichten wie im Fall der griechischen Privatschullehrer.

Seines Erachtens gehe es um vier knallharte Fakten: 1. um justizförmige Verfahren, die die freiwillige Gerichtsbarkeit immer habe, 2. um die Gewährung von rechtlichem Gehör, 3. um die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Rechtspflegeorgane und 4. um einen gesicherten Rechtsschutz und um Dienstaufsicht. Das seien die entscheidenden Merkmale. Er glaube, das Merkmal der Eingriffsverwaltung sei nicht ausreichend.

Notar Dr. Zimmermann, Köln, bemerkte, Professor Ott habe zum Schluss im Zusammenhang mit der Richtigkeitsgewähr sehr stark auf die Haftung als ein mögliches Element der Richtigkeitsgewähr abgestellt. Er frage, inwieweit Professor Ott einen Anknüpfungspunkt für die Argumentation sehe, dass diese Richtigkeitsgewähr auch der Urkundstätigkeit eben durch die unbegrenzte Haftung sichergestellt werden müsse. Könne man in diesem Zusammenhang überhaupt Überlegungen zur Haftungsbegrenzung an-

stellen, die in anderen Bereichen schon stattfänden?

Rechtsanwalt und Notar Volker G. Heinz, Berlin, Barrister and Notary Public, London, sagte, Professor Ott habe mit leiser Stimme Sprengstoff in den Saal getragen. Die Beantwortung der entscheidenden Frage habe er offen gelassen, um nicht zu sagen, umgangen, nämlich ob die Schlussfolgerung erlaubt sei, dass der Notar hoheitliche Tätigkeit ausübe oder nicht. Herr Wenckstern habe die Schlussfolgerung für sich selbst gezogen und vorgetragen, dass er die Zuarbeit, die große Nähe zum hoheitlichen Charakter des Registerwesens für ausreichend erachte, um die Position weiterhin vertreten zu können, dass hoheitlicher Charakter vorliegt. Ihn interessiere aus dem Munde von Herrn Professor Ott, ob er diese Schlussfolgerung teile.

Professor Ott antwortete, er wolle erst etwas zu der Anmerkung von Herrn Richter sagen. Dabei gehe es um den Begriff Ausübung öffentlicher Gewalt. Er erinnere an die EuGH-Urteile zum Sicherheitsgewerbe und zu den Wirtschaftsprüfern, in denen der EuGH ausgeführt habe, es müsse eine unmittelbare und spezifische Teilhabe an der Ausübung öffentlicher Gewalt bestehen. Die Frage der Unabhängigkeit und der Rolle durch Aufsicht usw. sei nicht das entscheidende Kriterium. Auch die Wirtschaftsprüfer seien ausgestaltet als unabhängig im Sinne von „weisungsungebunden“. Das sei im Einzelnen in verschiedenen Gesetzen geregelt. Auch diese unterlägen einer

Aufsicht und Kontrolle, also öffentlicher Gewalt im herkömmlichen Sinne, der auch in diesem Zusammenhang maßgeblich sei. Eingriffe in die Rechtssphäre, in die Selbstbestimmung eines Rechtsunterworfenen ohne Rücksicht darauf, ob er zustimme oder nicht, sei das entscheidende Kriterium für die Ausübung öffentlicher Gewalt, und daran müsse man die Tätigkeit innerhalb der freiwilligen Gerichtsbarkeit und auch die Tätigkeiten der Notare messen. Was Dr. Wolfsteiner gesagt habe, bestärke seine Position, dass die Registerführung – Handelsregister, Grundbuch und andere Register – mit einem solchen Eingriff im Sinne der Ausübung hoheitlicher, öffentlicher Gewalt verbunden sei. Dr. Wolfsteiner habe zu Recht darauf hingewiesen, der Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung, auch der Beurkundungszwang, sei ein solcher Eingriff. Das Ganze hänge an der Funktion der Register. Wenn man die Funktion der Register in der Richtigkeitsgewähr sehe, die mit diesen Registern verbunden sei, legitimiere sich von daher auch der Beurkundungszwang und die Eintragungspflicht und der Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung. Im Wege der Rechts- und Güterabwägung sage man, dass dieser Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung im Interesse des Rechtsverkehrs hingenommen werden müsse. Letzten Endes komme das System auch denen zu Gute, die dieser Eintragungspflicht selbst unterlägen. Zu Herrn Heinz gewandt bestätigte Professor Ott, dass er die Zuarbeit der Notare zur Registerführung als eine genuin staatliche Aufgabe ansehe.

Vortrag von Dr. Wolfgang Riering, LL.M., DNotl, Würzburg Europäische Perspektiven im Erb- und Nachlassrecht

Herr Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Riering, LL.M., Leiter des Referates Ausländisches und Internationales Privatrecht beim Deutschen Notarinstitut, Würzburg, dankte zunächst für die Gelegenheit, bei der dritten Tagung Be-

rufspolitik referieren zu dürfen. Anlass seines Referats sei ein Gutachten gewesen, das die Europäische Kommission vor gut einem Jahr in Auftrag gegeben habe. Dieses Gutachten habe der Vereinheitlichung des internatio-

nal Erbrechts dienen sollen. Das Gutachten habe vier Punkte untersucht:

1. Internationale Zuständigkeit in Erbrechtsangelegenheiten,
2. Anerkennung von Entscheidungen

und Maßnahmen in Erbrechtsangelegenheiten,

3. anwendbares Recht im internationalen Erbrecht und
4. Überblick über das materielle Erbrecht in den 15 Mitgliedstaaten.

Dabei sei zu beachten, dass unter den 15 Mitgliedstaaten einige mit Rechtsspaltungen seien; so gebe es in Spanien noch einige Foralrechte, Großbritannien sei gespalten zwischen England, Wales, Schottland, und dann gebe es noch die Kanalinseln. Alles in allem komme man auf deutlich über 20 Rechtsordnungen. Das Gutachten sei in deutsch-französischer Zusammenarbeit erstellt worden und könne auf der Homepage der EU-Kommission in der französischen, demnächst auch in deutscher Fassung, abgerufen werden (http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/events/wai/news_events_en.htm).

Kompetenzgrundlage für die Europäische Kommission sei Artikel 65 des Römischen Vertrages. Danach könne die EU Maßnahmen treffen, die der Förderung der Vereinbarkeit der in den Mitgliedsländern geltenden Kollisionsnormen und Vorschriften zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten dienen. Die Europäische Union habe, wie Dr. Riering hervorhob, keine Kompetenz zur Vereinheitlichung des materiellen Erbrechts.

Soweit die EU die Kompetenz habe, stelle sich immer die erste Frage: „Besteht überhaupt ein Bedürfnis dafür, hier Maßnahmen zu treffen?“ Dies sei dementsprechend auch der erste Aspekt gewesen, der in der Studie untersucht worden sei. Man habe dabei die Migrationsbewegungen betrachtet, die in Europa existierten, und diese in Prozentzahlen ausgedrückt. Danach gebe es Länder, in denen prozentual sehr viele EU-Ausländer lebten, an allererster Stelle Luxemburg, mit ungefähr 20 %, gefolgt von Belgien, wahrscheinlich auf Brüssel zurückzuführen, mit 5,5 % sowie Deutschland, Irland, Schweden, jeweils mit etwa 2 %. Der

geringste Anteil von EU-Ausländern sei in Italien, Griechenland und Portugal zu verzeichnen. In absoluten Zahlen heiße das, dass in Deutschland ungefähr 1,85 Millionen EU-Ausländer lebten, in Frankreich eine gute Million, in Großbritannien 860.000 und in Belgien 560.000. Zudem gebe es, wenn man die Statistik von einer anderen Seite her betrachte, traditionelle Auswanderungsländer. Dies sei an allererster Stelle Irland; 11,6 % der Iren lebten im EU-Ausland, die meisten wahrscheinlich in England. Außerdem lebten 8,2 % der Portugiesen und 4,2 % der Griechen im EU-Ausland. In absoluten Zahlen führe Irland mit einer Million EU-Auswanderern, gefolgt von Portugal mit 800.000. Dies verdeutliche einmal, wie viele Personen EU-Ausländer seien. Daneben sei der Aspekt zu sehen, wer Vermögen im Ausland besitze. An entsprechende Zahlen zu gelangen, bereite große Schwierigkeiten. Man schätze, dass ungefähr eine Million Deutsche eine Immobilie im Ausland hätten, ein Drittel davon in Spanien, 150.000 ungefähr je in Frankreich und Italien. Die Angaben seien aber reine Schätzungen. Zu Bankkonten lägen nicht einmal Schätzungen vor. Aber man könne sich leicht vorstellen, dass es sich um gewaltige Beträge handle. Irgendwann müsse das Vermögen in die nächste Generation übergehen. Das Erbrecht in den europäischen Mitgliedsländern sei vollkommen unterschiedlich. Hier gebe es ganz verschiedene Rechtskreise. Auf der einen Seite habe man den Kreis der Common Law-Staaten, auf der anderen Seite den ganz großen Kreis des Code Napoleon mit den Beneluxstaaten, Frankreich, Spanien, Portugal, Italien. Daneben gebe es den germanischen Rechtskreis mit Deutschland und Österreich als Hauptvertretern. Weiter gebe es die schwer einzuordnende Gruppe der Skandinavier, die erbrechtlich jeweils sehr eigene Wege gingen. Die Niederlande schließlich hätten ihr Erbrecht kürzlich erst ganz neu gestaltet.

Erbrecht sei eine Rechtsmaterie, die typisch national bedingt und von

den sozialen, kulturellen und religiösen Besonderheiten geprägt sei. Von einem einheitlichen Erbrecht in Europa könne nicht einmal ansatzweise gesprochen werden. Ein einheitliches Erbrecht gebe es nicht und werde es auch in Zukunft oder jedenfalls in naher Zukunft nicht geben.

Dr. Riering ging sodann punktuell auf wesentliche Unterschiede in den verschiedenen Erbrechtsordnungen der europäischen Mitgliedsländer ein. Ein wichtiger Aspekt sei die Verwandtenerbfolge und das Erbrecht des überlebenden Ehegatten. Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten sei zunächst einmal davon abhängig, welche Art von Güterstand bestehe und wie der Güterstand auseinander zu setzen sei. Nur was nicht güterrechtlich übergehe, falle in den Nachlass. Die Güterstände wiederum seien ganz verschieden. In den romanischen Rechtsordnungen gebe es etwa die Errungenschaftsgemeinschaft, in den Niederlanden die Gütergemeinschaft und in Österreich die Gütertrennung. Schon auf güterrechtlicher Seite bestünden demnach große Unterschiede, so dass es auf das Erbrecht erst in zweiter Linie ankomme. Auch hier gebe es ganz erhebliche Unterschiede. Nach dem Code Napoleon oder beruhend auf dem Code Napoleon bekomme der überlebende Ehegatte grundsätzlich nur ein Nießbrauchsrecht. In den germanischen Rechtsordnungen Deutschland und Österreich bekomme der überlebende Ehegatte dagegen eine bestimmte Quote zu Eigentum im Todesfall. Die Höhe der Quote hänge wiederum davon ab, mit wem er konkurriere. In der englischen Rechtsordnung schließlich erhalte der überlebende Ehegatte im Wesentlichen eine bestimmte pauschale Geldsumme. Diese belaufe sich gegenwärtig auf 125.000 Pfund, wenn er mit Kindern konkurriere. Bei mittleren Nachlässen stelle dies in der Regel den Gesamtnachlass dar.

Kurz kam Dr. Riering sodann auf die registrierten Partnerschaften zu sprechen. In den skandinavischen Ländern, in Deutschland und in den Niederlan-

den seien registrierte Partner erbberechtigt, nicht erbberechtigt seien die registrierten Partner in Belgien und Frankreich. Dies hänge damit zusammen, dass die registrierte Partnerschaft in Belgien und Frankreich auch heterosexuellen Partnern offen stehe. Hätte man diesen auch noch eine Erbberichtigung eingeräumt, dann hätte man eine Art „Mini-Ehe“ oder kleine Ehe geschaffen und den Unterschied zur eigentlichen Ehe weitgehend aufgehoben.

Zu den unterschiedlichen Testamentsformen erklärte Dr. Riering, dass es holographische, notarielle und Zwei-Zeugen-Testamente gebe. In den Niederlanden sei das notarielle Testament die Regel. Große Unterschiede zeigten sich im notariell sehr relevanten Bereich bei gemeinschaftlichen Testamenten und Erbverträgen. Viele Rechtsordnungen verbieten das gemeinschaftliche Testament und auch

den Erbvertrag, insbesondere jene Rechtsordnungen, die auf dem Code Napoleon aufbauten, und das seien in Europa zahlenmäßig die meisten.

Dr. Riering ging sodann auf das Pflichtteilsrecht ein, das von großer praktischer Bedeutung sei. Auch im Pflichtteilsrecht gebe es große dogmatische Unterschiede in Europa. Das Pflichtteilsrecht könne dinglich ausgestaltet sein, wie in den romanischen Rechtsordnungen, oder es könne nur einen schuldrechtlichen Anspruch darstellen, wie es aus Deutschland bekannt sei. Der Kreis der Berechtigten sei ganz unterschiedlich, immer seien die Kinder dabei beteiligt, nicht immer aber auch die Eltern. Teilweise gebe es aber auch überhaupt kein Pflichtteilsrecht, wie zum Beispiel in Großbritannien. Auch die Höhe des Pflichtteilsrechts sei ganz unterschiedlicher Natur. Es gebe teilweise bestimmte Quoten, teilweise finde eine Schätzung der

Pflichtteilsquote statt, wie zum Beispiel in Irland.

Danach behandelte Dr. Riering das internationale Erbrecht und damit die eigentlichen Aspekte, die das Gutachten betraf. Er berichtete zum Status Quo, dass es in Europa bestimmte Staatsverträge gebe, die das internationale Erbrecht regelten. So etwa das Haager Erbrechtsübereinkommen, das bisher nur für die Niederlande von Bedeutung sei, aber dann natürlich auch im deutsch-niederländischen Rechtsverkehr Bedeutung erlangt habe und das anwendbare Recht regelte. Es gebe das Haager Nachlassverwaltungsabkommen, das ein Nachlassverwaltungszeugnis vorsehe und innerhalb der europäischen Union nur für Portugal von Bedeutung sei. Es gebe das Haager Trustabkommen, das nur von wenigen EU-Ländern ratifiziert worden sei, und zwar von Italien, dem Vereinigten Königreich und den Niederlan-

■ RISIKOMANAGEMENT FÜR NOTARE



Risikomanagement für Notare - das bedeutet vor allem Beratung in allen Fragen der beruflichen Versicherungen und der persönlichen Vorsorge. Die Funk Gruppe, Internationale Versicherungsmakler und Risk Consultants, hat gemeinsam mit dem Deutschen Notarverein kostengünstige Rahmenverträge entwickelt, mit dem Sie sowohl Ihre beruflichen Risiken als auch Ihre private Vorsorge- und Vermögensplanung optimal gestalten können.

Sie legen Wert auf:

- Optimalen Deckungsschutz i. R. Ihrer Berufshaftpflicht
- die Absicherung Ihrer Familie
- die Absicherung im Falle der Berufsunfähigkeit
- renditeorientierten Kapitalaufbau für den Ruhestand
- Vorsorge für den Praxisausfall

Wir legen Wert auf fachliches Know-how, innovative Riskobewältigung / Risikovorsorge und Unabhängigkeit - an 24 Standorten in Europa und gemeinsam mit unseren Partnern in über 70 Ländern der Welt. Übrigens seit 1879.

www.funk-gruppe.de
info@funk-gruppe.de



Funk Gruppe

**Internationale Versicherungsmakler
& Risk Consultants**

Valentinskamp 20 ■ 20354 Hamburg
fon +49(0)40 35914-0 ■ fax +49(0)40 35914-407

den. Auch dieses Abkommen sei praktisch nicht von großer Bedeutung. Das Washingtoner Testamentsformabkommen sei noch zu nennen, das ein einheitliches Testament vorsehe. Dieses Abkommen sei zwar von verschiedenen Ländern ratifiziert worden, sei aber in diesen Ländern ohne jegliche praktische Bedeutung geblieben. Von größerer Bedeutung sei das Baseler Abkommen über die Registrierung von Testamenten. Dieses Abkommen sei von sehr vielen Ländern in Europa ratifiziert worden und habe auch zur Einrichtung zentraler Testamentsregister geführt. Deutschland habe das Abkommen nur gezeichnet, aber nicht ratifiziert. Das hänge wohl damit zusammen, dass das Bundesministerium der Justiz kein zentrales Testamentsregister haben wolle, weil es die Kosten scheue, die damit einhergingen, das gegenwärtige System auf ein zentrales Testamentsregister zu verlagern. Unter dem europäischen Aspekt lasse sich feststellen, dass die Benachrichtigung in Nachlasssachen in rein deutschen Fällen auch ganz gut funktioniere. Problematisch werde es aber dann, wenn ein Deutscher im Ausland sterbe. In solchen Fällen könne sich ein zentrales Testamentsregister als erforderlich erweisen. Dr. Riering ging weiter auf das Haager Testamentsformabkommen ein, das die Form eines Testaments regle und von fast allen Staaten in Europa ratifiziert sei. Das einzige Land, das Sorgen bereite, sei Portugal, weil Portugal auf materiell-rechtlicher Ebene Besonderheiten für die Testamentserrichtung auch von im Ausland lebenden Portugiesen vorsehe.

Neben diesen multilateralen Staatsverträgen gebe es in Europa zwischen den EU-Mitgliedsländern ungefähr 30 bilaterale Staatsverträge, die das internationale Erbrecht mitregeln. Das mache die Rechtsfindung teilweise vollkommen unübersichtlich und unmöglich.

Dr. Riering meinte, das sei ungefähr der internationale Zustand auf Staatsvertragebene im internationalen Erbrecht. Wenn man sich jenseits

der Staatsverträge bewege und frage, woran die Rechtsnachfolge von Todes wegen objektiv anknüpfe, so habe man im Prinzip drei Systeme in Europa, die sich gegenüber stünden. Es gebe die Länder, die an die Staatsangehörigkeit anknüpften, wie zum Beispiel die Bundesrepublik Deutschland. Andere Länder knüpften an das Domizil, den letzten gewöhnlichen Aufenthaltsort des Erblassers, an. Dies sei in Dänemark der Fall. Daneben gebe es eine Vielzahl von Ländern, die eine Nachlassspaltung vornähmen, also den beweglichen Nachlass nach dem Domizil des Erblassers und den unbeweglichen Teil des Nachlasses nach dem Recht am Belegenheitsort beurteilten. In den neueren Rechtsordnungen werde neben der objektiven Anknüpfung regelmäßig auch eine subjektive Anknüpfung zugelassen. Verschiedene Länder würden eine Rechtswahl zulassen, wie in Deutschland gemäß Art. 25 Abs. 2 EGBGB. Allerdings könne man in Deutschland nur für unbewegliches Vermögen deutsches Recht wählen. Die Schweiz, Rumänien, Estland, Italien, Niederlande, Liechtenstein und Finnland gingen weiter. In diesen Ländern könne man für das gesamte Vermögen das Recht beispielsweise des Aufenthaltslandes wählen. Diese unterschiedliche Anknüpfung bereiten in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten. Sterbe ein Franzose in Deutschland, ein an sich ganz banaler Fall, dann komme man auf Grund der verschiedenen Regeln des IPR als deutscher Notar zu anderen Ergebnissen als ein französischer Richter, Notar oder Rechtsanwalt.

Die unterschiedliche Anknüpfung im IPR führe also zu einer Entscheidungsdivergenz bei möglichen Streitfällen. Die unterschiedliche Anknüpfung könne natürlich auch dazu führen, dass man sich den entsprechenden Gerichtsstand aussuche, je nachdem, wie es am geschicktesten erscheine. Wenn zum Beispiel der französische Richter zur Anwendung französischen Rechts komme, das traditionell sehr hohe Pflichtteilsansprüche kenne, dann klage man in Frankreich,

weil man dort Pflichtteilsansprüche erhalte, die vielleicht in Deutschland oder England nicht zu bekommen wären. Für die Testamentsgestaltung sei diese unterschiedliche Anknüpfung ein großes Hindernis. Man könne ein Testament nicht planen. Der Franzose, der in Deutschland lebe, werde zum gegenwärtigen Zeitpunkt, wenn er heute versterbe, nach deutschem Recht beerbt, wenn er in ein anderes Land ziehe, werde er aber womöglich nach einem ganz anderen Recht beerbt. Bei Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten habe man das Problem, dass diese nach zahlreichen Rechtsordnungen verboten seien und man auf diese Gestaltungsmöglichkeiten im internationalen Rechtsverkehr nur sehr selten zurückgreifen könne.

Sodann ging Dr. Riering zum internationalen Verfahrensrecht über. Er stellte fest, dass das internationale Erbverfahrensrecht bislang nicht einheitlich sei. Das EuGVÜ, das Lugano-Übereinkommen oder Brüssel I klammerten das internationale Erbrecht aus. Es sei also nicht mit umfasst von diesen Regeln. Es gebe eine Reihe von bilateralen Staatsverträgen, die eine Anerkennung und eine Zuständigkeit in internationalen Erbrechtsangelegenheiten vorsähen, insbesondere bei den nordischen Ländern, aber das seien nur bilaterale Verträge; es bestehe kein internationaler oder multilateraler Staatsvertrag mit Ausnahme der nordischen Konvention, der entsprechende Regelungen enthalte. Die Anerkennung und Zuständigkeit von erbrechtlichen Entscheidungen werde in eigentlich allen Rechtsordnungen auf die allgemeinen Regeln verlagert, und wenn man die allgemeinen Regeln betrachte, so finde man wiederum ein Sammelsurium von Zuständigkeitsregeln in den verschiedenen Rechtsordnungen. Da gebe es zum Beispiel das Domizil des Erblassers, die Staatsangehörigkeit des Erblassers, das Domizil des Beklagten oder die Staatsangehörigkeit des Antragstellers. Alle möglichen Anknüpfungsmöglichkeiten seien zu finden, und das führe zum Teil zu bizarren Fällen. Als Beispiel nannte

Dr. Riering einen Niederländer, der in den Niederlanden sterbe, ein Haus in England und Vermögen in Frankreich hinterlasse. Dann erkläre sich der niederländische Richter für das gesamte Vermögen zuständig, weil der Erblasser Niederländer gewesen sei, der englische Richter sehe sich zuständig für das Haus in England und der französische Richter sei dann zuständig, wenn es einen französischen Pflichtteilsberechtigten gebe. Mit der doppelten Staatsbürgerschaft könne man die Angelegenheit noch zusätzlich verkomplizieren. Diese Zuständigkeiten führten natürlich zu Möglichkeiten des Forumshoppings. Man könne sich, wenn man gut beraten sei, das beste Recht aussuchen. Durch die mehrfache Zuständigkeit bestehe zudem die Gefahr von Entscheidungsdivergenzen und es stelle sich die Problematik der fehlenden Anerkennung von Entscheidungen. Die Problematik der fehlenden Anerkennungen betreffe insbesondere die freiwillige Gerichtsbarkeit. Man kenne das beim Erbschein; der deutsche Erbschein werde in Frankreich nicht anerkannt, oder der Letter of Administration, den ein englisches Gericht aushändige, werde in Deutschland nicht anerkannt: Entsprechendes könne man grenzüberschreitend zu fast allen Ländern Europas sagen.

Dr. Riering kam zu dem Schluss, dass eine Vereinheitlichung der internationalen Zuständigkeit mit der Tendenz, eine einzige Zuständigkeit in Erbrechtsangelegenheiten zu begründen, wünschenswert sei. Diese Zuständigkeit solle grundsätzlich am Ort des letzten gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers bestehen. Dies könne man weitestgehend erreichen, in dem man die Brüssel I-Verordnung modifiziere und die Passage streiche, wonach erbrechtliche Angelegenheiten ausgenommen sind. Damit sei dann auch die Frage der Anerkennung von erbrechtlichen Entscheidungen geregelt, denn Brüssel I regle nicht nur die Zuständigkeit, sondern auch die zwingende Anerkennung. Nur in Ausnahmefällen könne die Anerkennung verweigert

werden. Ein weiterer Vorschlag sei, einen einheitlichen europäischen Erbschein zu schaffen, der orientiert sei an den Erbscheinen oder an den Nachlassverwaltungszeugnissen entsprechend dem Haager Nachlassverwaltungsabkommen. Außerdem könne man sich an eine Regelung anlehnen, wie sie in Quebec zu finden sei. Dort gebe es einen Erbschein, der für das Ausland bestimmt sei. Aus beiden Regelungen habe das Gutachten versucht, gleichsam das Beste herauszufiltern. Man habe sich gedacht, das könne auch ein Modell für Europa sein, das es in grenzüberschreitenden Fällen ermögliche, dass man mit einem englischen Erbschein oder mit einem deutschen Erbschein an die Bankkonten in Luxemburg und auch in die Grundbücher gelange. Dieser Erbschein sollte Legitimationswirkung haben; die gesamten Wirkungen, die auch ein deutscher Erbschein habe. Das sei der Vorschlag. Es würde zu einer enormen Vereinfachung im europäischen Rechtsverkehr bei Auslandsnachlässen führen, wenn man tatsächlich ein solches Modell schaffe. Dr. Riering meinte, in diesem Zusammenhang seien auch die Notare gefragt, weil sie das erforderliche Know-how hätten. Zuständig für die Erteilung dieses Erbscheins wäre wiederum das Gericht oder der Notar, je nachdem wie das die nationalen Länder regeln wollten, und zwar das Gericht oder der Notar am letzten gewöhnlichen Aufenthaltsort des Erblassers.

Weiter forderte Dr. Riering eine einheitliche Kollisionsregel für ganz Europa und nicht nur für ganz Europa. Sie solle darüber hinaus umfassend auch für Staaten gelten, die nicht der EU angehörten. Wenn beispielsweise ein Amerikaner in Deutschland sterbe, müsse es trotzdem bei der Kollisionsregel „Anknüpfung an das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Erblassers“ bleiben. Von besonderer Bedeutung sei dann natürlich die Möglichkeit der Rechtswahl. Nach dem Vorschlag in dem deutsch-französischen Gutachten könne man das Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort oder das

Heimatrecht wählen und stelle dabei auf den Zeitpunkt der Wahl als solcher ab. Ein Franzose, der bei einem deutschen Notar ein Testament errichten wolle, könne dann deutsches Recht oder französisches Recht wählen. Dies würde die Planungssicherheit im Rahmen der Testamentserrichtung ganz erheblich erhöhen.

Zum Schluss ging Dr. Riering auf Forderungen zur Vereinheitlichung des materiellen Erbrechts in Europa ein. Er betonte erneut, dass die Europäische Union bislang keine Kompetenz habe, das materielle Erbrecht zu vereinheitlichen. Auch sei zweifelhaft, ob sie die Kompetenz hierzu je erhalten werde. Auch wenn sie die Kompetenz bekommen sollte, müsste aber mit großer Sorgfalt und Umsicht verfahren werden, weil im Erbrecht doch sehr sensible Bereiche berührt würden. Im internationalen Bereich seien zur Zeit keine Bestrebungen erkennbar, die sich darum bemühten, ein einheitliches materielles Erbrecht zu entwickeln. Etwas Vergleichbares wie die Lando-Kommission gebe es für das Erbrecht nicht. Man sei deshalb auch nicht vorbereitet, wenn irgendwann einmal die EU zu dem Schluss komme oder sie irgendwann einmal die Kompetenz bekommen sollte, auch das materielle Erbrecht im Rahmen eines einheitlichen europäischen Zivilgesetzbuches zu regeln. Solche gemeinsamen Tendenzen ließen sich durchaus finden, dies betreffe das Ehegattenerbrecht und auch die Pflichtteilsansprüche. Hier gebe es durchaus Gemeinsamkeiten auch im Erbrecht, aber die müssten erstmal erforscht und erkundet werden. Dr. Riering endete mit der Bibel, Matthäus 25: „Sehen wir zu, dass unsere Öllampen noch brennen, wenn die EU zu den Jungfrauen kommt.“

Schlusswort

In seinem Schlusswort zog Dr. Zimmermann das Resümee: Man habe im Prinzip zwei große Komplexe behandelt: Der erste Komplex – das sei die notarielle Tätigkeit und deren Einordnung im Bereich der europäischen Rechtssetzung. Auch am zweiten Tag habe man Revue passieren lassen, welche Aufgabenstellungen es – auch für die weitere Argumentation – auf europäischer Ebene gebe. Zum Stichwort „Vertragsverletzungsverfahren“ gebe es noch Gesprächsbedarf. Die Frage sei zu klären, wie man nationale Interessen an der Funktionsfähigkeit des Rechtssystems auch für den Fall absichere, dass der Staatsangehörigkeitsvorbehalt sich nicht als Bollwerk erweise. Diese Kooperation bei aller Vorsicht der nationalen Interessenwahrung anzugehen sei Gebot der Stunde.

Bei Herrn Professor Ott sei deutlich geworden, dass es um die Frage gehe, wie man Tätigkeitsbereiche ab-

grenzen könne. Es sei unschwer zu erkennen gewesen, dass man hier auch mit nationalen Auslegungen vorsichtig sein müsse, weil eine Entscheidung in die Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofes fallen werde. Man habe gleichwohl starke Argumente für den Standpunkt gewonnen, die notarielle Tätigkeit als einheitliche Tätigkeit der hoheitlichen Gewalt zuzuordnen.

Der zweite große Komplex sei das materielle Recht gewesen, sowohl im Bereich der Schuldrechtsüberlegungen wie auch im Bereich dessen, was Herr Dr. Riering untersucht habe. Man sei in Europa auf dem Wege, schuldrechtliche Vereinheitlichungen zu diskutieren. Auch hier müsse man damit rechnen, dass kleine Schritte zu einem Ganzen führten. Herr Dr. Staudenmayer widme sich dieser Thematik sehr engagiert. Man habe dort auch in Zukunft einen großen Betätigungsbereich,

wenn es um die Mitwirkung an entsprechenden Vorhaben gehe.

Dr. Zimmermann bezeichnete das Wochenende als äußerst ertragreich. Er verband dies mit einem herzlichen Dank an die Referenten für ihre gute Vorbereitung und ihre interessanten Ausführungen und einem herzlichen Dank an die Teilnehmer der Veranstaltung.

Grundlage der Tagungsdokumentation sind Manuskripte der Referenten, Mitschriften und Tonbandmitschnitte. Leider wurden durch einen technischen Defekt nicht alle Teile der Veranstaltung mitgeschnitten. Die unterschiedliche Gewichtung in der Dokumentation ist überwiegend den Tücken der Technik geschuldet.

DH TF TS

Das Ventôse-Gesetz von 1803 – Aufbruch in ein modernes Notariat

Festansprache Notar Professor Walter Böhringer, Gerstetten, am 24.1.2003 zur Eröffnung der Brüsseler Büros des Deutschen Notarvereins und der DNotV GmbH

Der 200. Geburtstag des Ventôse-Gesetzes veranlasst uns, in unserer täglichen Arbeit innezuhalten und einen Blick in die Vergangenheit zu werfen. Voller Hochachtung schauen wir auf den französischen Gesetzgeber zurück, der das Ventôse-Gesetz verfasst und

am 16. März 1803 in Kraft gesetzt hat. In äußerst schwierigen Zeiten wurde ein Regelwerk für den Notarstand geschaffen, das heute noch Vorbild für unsere notariellen Tätigkeiten ist. Das Ventôse-Gesetz kann mit Fug und Recht als die Geburtsstunde des Notariats moderner Prägung angesehen werden.

Ein weiter Bogen spannt sich von den Notariatsformen der Antike über das Mittelalter zu dem Notariat der Gegenwart. Ein bedeutender Markstein in der Entwicklung des Notarstandes ist dabei das Ventôse-Gesetz. Dieses

französische Notariatsgesetz hat weltweit das moderne Notarrecht maßgeblich beeinflusst und bildet auch heute noch die gemeinsame Grundlage der in der Union des Lateinischen Notariats zusammen geschlossenen Notare in aller Welt. Viele Vorschriften des Ventôse-Gesetzes reichen bis in die Neuzeit hinein.

1. Das Notariat hat eine lange Entwicklungszeit

Notare gab es in Deutschland schon seit vielen Jahrhunderten. Ihre Arbeits-

Dieser Beitrag wurde in Auszügen bereits in der Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg, 8/2002, S. 165-, veröffentlicht. Der Nachdruck erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Autors und der BWNotZ.



Notar Professor Walter Böhringer

weise und ihre Akzeptanz entwickelten sich recht unterschiedlich. Erst die Reichsnotariatsordnung von Kaiser Maximilian I. vom 8.10.1512 stellte einen ersten neuzeitlichen Versuch dar, das Notariatswesen legislatorisch zu fassen, nicht zuletzt unter dem Einfluss der Rezeption. Erstmals wurde eine einheitliche Rechtsgrundlage für das Notariat im gesamten damaligen Reichsgebiet geschaffen. Doch deren Wirkung war als Folge des Verfalls der Reichsautorität und der wachsenden Macht der Fürsten gering geblieben. Auch dem eigentlichen Übel des gemeinrechtlichen Notariats, nämlich der Unwissenheit und Unerfahrenheit der Notare, war mit der Reichsnotariatsordnung von 1512 keineswegs Rechnung getragen. Es verstummten auch danach nicht die Klagen über untaugliche Notare. So berichtet Hans Jakob Christoph von Grimmelshausen in „Der Abenteuerliche Simplicissimus Teutsch“ von einem sonderbaren „Notarium“. Auch an anderen Stellen des Buches ist von Notaren die Rede – eindrucksvoll wird die damalige Situation der Notare und ihr Ansehen in der Bevölkerung geschildert.

In den letzten beiden Jahrhunderten des alten Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation stellten sich im kaiserlichen Notariat immer mehr Missstände ein, die einer Ablösung des maroden Notariatssystems Vorschub leis-

teten. Wegweisend für ein modernes Notariat war dabei Frankreich. Die napoleonische Gesetzgebung schuf am 16.3.1803 das Ventôse-Gesetz. Auf der Grundlage dieses Gesetzes entsprach das französische Notariat dem fortschrittlichen und freien Geiste des 19. Jahrhunderts. Das Ventôse-Gesetz belebte nunmehr wieder die im klassisch-oberitalienischen Notariat entwickelten Grundgedanken, die einst Vorbild auch für das nördlich der Alpen wirksame Reichsnotariat waren. Auch Regelungen der Reichsnotarordnung von 1512 fanden Eingang in das Ventôse-Gesetz. Dieses Gesetz brachte nunmehr das durch lange Zeit Erprobte in ein klares und folgerichtiges System.

2. Grundsätze des Ventôse-Gesetzes

Der Zeitgeist zu Beginn des 19. Jahrhunderts verlangte eine moderne Ausprägung des Notariats. Nach dem Ventôse-Gesetz wurden die verschiedenen Arten der Urkundspersonen (Notare, Tabellionen) zu Gunsten des Amtes der öffentlichen Notare (*notaires publics*) beseitigt. Die Ernennung der Notare oblag der staatlichen Justizverwaltung und nicht mehr den Hofpfalzgrafen. Die Anzahl der Notarstellen wurde von der Justizverwaltung bestimmt. Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit gewährleisteten die Unabhängigkeit gegenüber dem Notaramt. Wichtig ist die Statuierung der Unvereinbarkeit des Notaramts mit anderen öffentlichen Ämtern, nämlich mit dem Amte eines Richters, Regierungskommissars bei den Tribunalen, eines Advokaten oder Prokurators, Gerichtsschreibers, Vollstreckungsbeamten u.a. Der französische Gesetzgeber schuf das Amt des öffentlichen Notars als eine selbstständige Einrichtung der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die mit den Aufgaben anderer staatlicher Ämter unvereinbar war. Damit war eine klare Trennung zwischen freiwilliger und streitiger Gerichtsbarkeit gezogen. Strenge Verfahrens- und Haftungsbestimmungen gewährleisteten den Schutz des Rechtsuchenden. Alle notariellen Akte genießen öffentlichen Glauben.

Die Beweiskraft der Notariatsakten als öffentliche Urkunden wurde gewährleistet, ebenso die Vollstreckbarkeit der Urkunden ohne Vermittlung eines Gerichts durch Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen. Die freiberufliche Amtsausübung mit dem Recht, Gebühren nach gesetzlich geregelten Tarifen zu erheben, gab dem Notar die notwendige Bewegungsfreiheit. Das Ventôse-Gesetz schaffte den Verkauf und die Vererbung der notariellen Urkundensammlung und des Aktenbestandes ab.

Das Ventôse-Gesetz enthielt zugleich die Zulassungsbeschränkungen zum Notariat und schuf die Grundlage der dem französischen Notariat eigentümlichen und in der historischen Entwicklung des italienisch-französischen Notariats wurzelnden Einrichtung der Notarkammern (*chambres de notaires*). Die Kammern waren Selbstverwaltungsorgane des Notarstandes und beaufsichtigten die Notare. Gerade das Fehlen von Notarkammern (Notariatskollegien) im alten Reich war mit ein Grund dafür, dass die guten Absichten der Reichsnotariatsordnung von 1512 unverwirklicht blieben.

Das Ventôse-Gesetz war damals technisch ganz anders aufgebaut als wir es heute gewohnt sind. Verfahrensrechtliche Vorschriften wurden unbekümmert neben materiellrechtliche gestellt, Standesrecht neben Bestimmungen über die Errichtung gerichtlicher oder notarieller Urkunden, grundsätzliche Entscheidungen finden sich neben Anweisungen, die nach heutiger Auffassung in Ministerialverfügungen gehören. Neben solchem für uns Fremdartigem bleibt aber die erstaunliche Tatsache bestehen, dass die Substanz des Ventôse-Gesetzes in unserer Rechtsordnung erhalten geblieben ist – mitunter verändert und den neuen Verhältnissen angepasst. Dies hätte nie geschehen können, wenn sich nicht in dem Ventôse-Gesetz das Beste der abendländischen Notartradition gleichsam kristallisiert hätte, so dass es auch in Deutschland keineswegs als fremd angesehen wurde, vielmehr als das, allerdings auf französischem Bo-

den gereifte Produkt eigener, jahrhundertelanger Rechtsentwicklung. Unser allseits bekannter Kollege Hermann Schippel bezeichnete deshalb das Ventöse-Gesetz zu Recht als „die Mutter des modernen Notarrechts im Gebiete des lateinischen Notariats“ und wies auf die weltweite Ausstrahlung von dessen Gedanken auf alle Erdteile – mit Ausnahme Australiens – hin.

3. Rezeption des Ventöse-Gesetzes in Deutschland

Bald nach der von Napoleon verursachten Auflösung des alten Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation – als der österreichische Kaiser Franz II. am 6. August 1806 die deutsche Kaiserkrone niederlegte – fanden die im Ventöse-Gesetz niedergelegten Grundsätze des neuzeitlichen Notariats auch in Deutschland Eingang. Für die deutschen Länder bestand nach dem Wegfall der kaiserlichen Gewalt nun die Möglichkeit, das bisher dem Kaiser offiziell unterstehende Notariatswesen endlich in die eigene Zuständigkeit zu bekommen. Mit dem französischen Notariat wurde eine Einrichtung übernommen, die im Nachbarland besser die geschichtlichen Überlieferungen des klassischen italienischen Notariats bewahrt hatte als in Deutschland. Viele deutsche Länder ordneten nun ihre Notariatsverfassungen nach den Prinzipien des Ventöse-Gesetzes neu. Größtenteils trat in den deutschen Ländern das reine Notariat (Nur-Notariat) dem in Norddeutschland, insbesondere in Preußen, herrschenden Anwaltsnotariat und den süddeutschen Formen des Behörden- und Richternotariates gegenüber. In Baden und Württemberg wurden zwar Bestandteile des französischen Amtssystems der Idee nach übernommen, ein reines Beurkundungsnotariat aber abgelehnt. Das Amtsnotariat in Baden-Württemberg in Bezug auf die Übertragung der Grundbuchführung, der Vormundschafts- und Nachlassgerichtsbarkeit erklärte sich aus süddeutschen Überlieferungen.

Zur Zeit der Reichsgründung 1871 waren die Unterschiede des Notariats-

rechts der größeren deutschen Bundesstaaten gleichwohl groß, obwohl das französische Recht zum Aufschwung des Notariats in Deutschland außerordentlich viel beigetragen hatte. Auch im Deutschen Reich Bismarcks und in der Weimarer Republik blieb die Notariatsverfassung der einzelnen deutschen Staaten unterschiedlich.

1937 wurde im Zuge der Überleitung der Rechtspflege auf das Reich eine Vereinheitlichung der Notariatsverfassungen angestrebt. Die am 13. Februar 1937 neu geschaffene Reichsnotarordnung sah – unter Aufrechterhaltung der besonderen Notariatsverfassung in Baden und Württemberg – die Einführung des freiberuflichen Nurnotariats für ganz Deutschland vor, ließ aber vorläufig die Gebiete des Anwaltsnotariats bestehen. Mit dem Zusammenbruch des Deutschen Reiches im Jahre 1945 und der ihm folgenden Aufteilung Deutschlands in vier Besatzungszonen entwickelten sich die Notariatsverfassungen in den verschiedenen Gebieten allerdings nicht einheitlich. Erst die Bundesnotarordnung vom 24. Februar 1961 knüpfte wieder an frühere Entwicklungen an und goss Bewährtes und Erprobtes im Wesentlichen lediglich in neue Formen; sie führte zu einer organisierten Weiterentwicklung des deutschen Notariats.

4. Das Ventöse-Gesetz – Vorbild für viele Staaten der Welt

Die Grundsätze des Ventöse-Gesetzes hatten in den letzten 200 Jahren eine ungeheure Ausstrahlungskraft. Sie gelten heute in vielen europäischen Staaten – auch in den osteuropäischen Reformstaaten –, in Süd- und Mittelamerika, auch in manchen asiatischen Ländern. Das so genannte „Lateinische Notariat“ ist in Wirklichkeit das französische Notariat der „Loi de Ventöse“. Die Bundesrepublik Deutschland dürfte allerdings heute das einzige Land der Welt sein, in dem sämtliche denkbaren Formen einer Notariatsverfassung nebeneinander bestehen (Nur-



Publikum Festakt

notariat, Anwaltsnotariat, Behördennotariat).

5. Blick in die Zukunft

Der Rückblick darf aber nicht nur ein beschaulicher oder bewundernder sein, er muss uns auch Ansporn sein, unseren heutigen und künftigen Standort im Gefüge des Rechts und der Justiz genau zu bestimmen, uns dem Wandel der Zeiten in unserer Arbeit anzupassen, und wie unsere Vorgänger zum Wohle aller in guter Tradition, aber nicht in festgefahrenen Geleisen, den Weg fortzusetzen. Überall ist der Notar zu einem wichtigen Bestandteil der Rechtssysteme geworden, die die Philosophie der vorsorgenden Rechtspflege verfolgen. Dieses gilt es zu bewahren und zu verteidigen. Der Notarstand hat – wie schon in der Vergangenheit – auch künftig die Aufgabe, sich dem gesellschaftlichen Wandel anzupassen.

Wenn es in Zukunft zu einem europäischen Zivilrecht kommt, müssen die Notare des Lateinischen Notariats ihre besondere Stellung behaupten. Das Notariat steht schon jetzt in verschiedenen Spannungsfeldern. Zum einen tangiert uns der Wettkampf der Rechtssysteme, der im internationalen Rechts- und Wirtschaftsverkehr zwischen common law und dem geschriebenen, kontinentalen Zivilrecht

entstanden ist. Zum anderen berührt uns die Schaffung eines einheitlichen europäischen Rechtsbesorgungsmarktes mit entsprechenden Regeln. Das Verhältnis von Amtstätigkeit und Dienstleistung wird in den nächsten Jahrzehnten ein Kernthema der Entwicklung des notariellen Berufsrechts sein. Die Anforderungen an notarielle Tätigkeiten werden sich ändern, die notariellen Dienstleistungen ausgebaut, der Notar wird sich am Rechtsbesorgungsmarkt behaupten müssen.

Die Bedeutung der notariellen Dienstleistungen als positiver Standortfaktor wird zukünftig eine Rolle im Wirtschaftsleben spielen. Wir müssen auch mit einem Vorurteil der Wirtschaft aufräumen, der Notar sei ein wirtschaftshemmendes Relikt der Rechtsgeschichte. Wir Notare müssen unsere Leistungen besser darstellen, im Angebot wie auch in der Beschränkung durch das Amt.

Büro in Brüssel

Der Deutsche Notarverein beteiligt sich seit jeher aktiv in der europäischen Rechtsentwicklung. Zahlreiche Stellungnahmen zu europäischen Rechtsetzungsverfahren sowie die Teilhabe des Deutschen Notarvereins an europäischen Rechtsberatungsprojekten sind Beleg hierfür. Der Vorstand des Deutschen Notarvereins hatte auf seiner Vorstandssitzung am 11. September 2002 beschlossen, die Gründung einer eigenen Repräsentanz des Deutschen Notarvereins und der DNotV GmbH in Brüssel konkret vorzubereiten und der Mitgliederversammlung im Oktober 2002 ein Konzept vorzuschlagen. Am 18. Oktober 2002 hatte die Mitgliederversammlung einen entsprechenden Beschluss gefasst, der zügig umgesetzt wurde.

Bereits am 3. Februar 2003 haben der Deutsche Notarverein und die DNotV GmbH ihr gemeinsames Büro in Brüssel, im Haus des BDI, Rue du commerce 31, bezogen und die Arbeit

Die schon vor 200 Jahren geschaffenen Instrumente des Notariats zur Amtsausübung, zur Erstellung notarieller Beweis- und Vollstreckungsurkunden müssen auch in einer neuen europäischen Rechtsordnung erhalten bleiben. Allerdings dürfen wir nicht allein dem traditionellen Verständnis verhaftet bleiben. Wir haben wohl Kompromisse zu schließen, um innerstaatliche und vor allem europäische Angriffe in Grenzen halten zu können. Dem deutschen Notariat wird im europäischen Haus mancher Gegenwind begegnen. Keiner von uns hat Patentrezepte. Es muss uns klar sein, dass der neue europäische politische Wille entscheidend ist; ich habe die Hoffnung, dass dieser politische Wille nicht leichtfertig bewährte nationale Strukturen in Frage stellt.

6. Schlussbetrachtung

Wenn man das Bild des Notars in den letzten zweihundert Jahren Revue

passieren lässt, so entwickelte sich auf dem Fundament des Ventöse-Gesetzes ein Notarstand, der heute – auch im Blick auf das Medienzeitalter – voll auf der Höhe des Geschehens ist. Wir begehen den 200. Geburtstag des Ventöse-Gesetzes in der beruhigenden Gewissheit, über einen in wechselvoller Geschichte bewährten Notarstand zu verfügen. Die Sachkunde der Notare und ihre Bürgernähe garantieren eine optimale Betreuung der Bürger. Die Notare leisten einen bedeutenden Beitrag zur Verwirklichung von Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Rechtsfrieden. Es muss eine Aufgabe der Europäer sein, das lateinische Notariat im gesamten europäischen Raum zu etablieren bzw. zu bewahren. Ich wünsche uns allen, dass der Notarstand auf der Grundlage der Tradition des Ventöse-Gesetzes auch weiterhin seine Aufgaben im Dienste des Rechts und der Allgemeinheit in der bewährten Weise erfüllt. Ich wünsche dem Notariat weiterhin eine glückliche Entwicklung und ein gutes Gedeihen.

aufgenommen. Die Leitung des Büros ist Notarassessor Till Franzmann, M. Jur., Maître en droit, übertragen. Notarassessor Franzmann von der Landesnotarkammer Bayern ist seit dem 14.03.2003 neben den in der Geschäftsstelle in Berlin tätigen Notaras-



sessoren Detlef Heins und Dr. Thomas Schwerin, LL.M., dritter Geschäftsführer des Deutschen Notarvereins.

Der Deutsche Notarverein möchte für die europäischen Institutionen, für die europäischen Organisationen und Verbände vor Ort Ansprechpartner sein.

Die Repräsentanz in Brüssel soll dazu dienen, die Positionen des Deutschen Notarvereins zu den laufenden und anstehenden Rechtsetzungsverfahren, vom Verfassungskonvent bis zur Verbraucherkreditrichtlinie, zu transportieren und die Entwicklung im Bereich des Europäischen Vertragsrechts aktiv mitzugestalten.

Für die Arbeit der DNotV GmbH haben Rechtsberatungsprojekte, in erster Linie in den Reformstaaten Mittel- und Osteuropas, in den letzten Jahren stark an Bedeutung gewonnen. Um diese für den Berufsstand wichtige Arbeit in Zukunft ausweiten zu können, gibt die Präsenz in Brüssel die Möglichkeit, Projekte zu akquirieren, die bestehenden Kontakte zu in diesem Bereich tätigen Organisationen zu pflegen und auszubauen.

An dieser Stelle sollen den Lesern in Zukunft Themen aus Europa vorgestellt werden. TF

Termine 2003

Veranstalter	Anlass	Termin	Ort
Österreichische Notariatsakademie	15. Europäische Notarentage	24.04.–26.04. 2003	Salzburg
Europäischer Juristentag	2. Europäischer Juristentag	30.04.–03.05.2003	Athen Hotel Intercontinental
Deutscher Notarverein	Mitgliederversammlung	13.06.2003	Dessau
Notarbünde*	Drei-Jahres-Treffen 2003	13.06.–15.06.2003	Dessau
Württembergischer Notarverein	Mitgliederversammlung	11.10.2003	Stuttgart Hotel Maritim
Deutscher Notarverein	Mitgliederversammlung	17.10.2003	Würzburg
Bayerischer Notarverein	Bayerisch-Pfälzischer Notartag	17.10.–19.10.2003	Würzburg
Verein für das Rheinische Notariat	Jahresversammlung	07.11.–09.11.2003	Düsseldorf
Notarkammer Pfalz	200 Jahre Notarkammer Pfalz	15.11.2003	Zweibrücken Herzogliches Schloss

* Die fünf Notarbünde von Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen veranstalten vom 13. bis zum 15. Juni 2003 ihr „Drei-Jahres-Treffen der Notarbünde“ in Dessau und Wörlitz. Für den 13. Juni ist ein geselliger Auftakt im Hangar der Junkers-Flugzeugwerke geplant. Am 14. Juni wird Notar Dr. Helmut Fessler, Ehrenpräsident der UINL, den Festvortrag „Ein Europa des Rechts – Herausforderungen und Chancen für das Notariat“ halten. Programmpunkte im Wörlitzer Park und ein Opernbesuch mit anschließender Künstlerserenade am Samstag sowie Rundgänge durch Dessau am Sonntag gestalten den weiteren Rahmen. Die Notarbünde freuen sich über alle Kolleginnen und Kollegen, die an diesem Fest teilnehmen möchten. Weitere Informationen und Anmeldeunterlagen sind über Herrn Notar Dr. Woellert per Fax unter 03841-267727 erhältlich.

Gebührenabschlag Ost teilweise verfassungswidrig

Durch Urteil vom 28.01.2003 (Az. BvR 487/01) hat das Bundesverfassungsgericht auf die Klage einer Dresdner Rechtsanwältin hin entschieden, dass der Gebührenabschlag Ost für Rechtsanwälte verfassungswidrig sei, soweit er allein an den Kanzleisitz anknüpfe. Dem Gesetzgeber wurde zur Umsetzung des Urteils eine Frist bis zum 31.12.2003 gegeben.

Das Urteil betrifft Notare nicht unmittelbar, weil Notare (West) Mandanten (Ost) keinen Gebührenabschlag gewähren dürfen, ebenso wenig Notare (Ost) ihren Mandanten (West). Indem das Bundesverfassungsgericht

sein Urteil nur auf Art. 3 GG gestützt und dem Gesetzgeber eine Umsetzungsfrist einräumte hat, hat es weniger entschieden, als es konnte. Dennoch hat es mehr gesagt, als es musste. In den Entscheidungsgründen wird ausdrücklich das Kostenermäßigungs- und Aufhebungsgesetz (Berlin) angesprochen. Aus Art. 12 GG wird die Verpflichtung des Staates abgeleitet, soweit dieser Gebühren- und Kostenordnungen schaffe, müsse er angemessene Vergütungen gewährleisten. Das Bundesverfassungsgericht stellt klar, dass die Beibehaltung des Gebührenabschlags als Ungleichbehandlung einer Rechtfertigung bedürfe,

nicht dessen Abschaffung.

Der Deutsche Notarverein hat dieses Urteil und die Entschliebung der Justizministerkonferenz vom 14. November 2002 zum Anlass genommen, erneut die Aufhebung der Doppelbenachteiligung von Notaren und Rechtsanwälten zu fordern. Wer einen Gleichlauf mit den Einkommen im öffentlichen Dienst fordere, müsse den Abschlag abschaffen: Ausgehend von durchschnittlichen Grundstückspreisen liegt das Gebührenaufkommen bei 60% vom Westniveau, ohne den Gebührenabschlag würden ca. 64% erreicht.

DH

Antrittsbesuch bei der Bundesministerin der Justiz Brigitte Zypries

Am 17. Dezember 2002 stattete der Präsident des Deutschen Notarvereins Dr. Zimmermann in Begleitung der Vizepräsidenten Lohr und Dr. Wolfsteiner sowie der Geschäftsführer Dr. Schmitz und Heins einen Antrittsbesuch bei der Bundesministerin der Justiz Zypries ab. Die Ministerin ihrerseits hatte die Referatsleiter zu den angesprochen Themen hinzugezogen.

Dem vertrauensvollen Verhältnis zwischen dem Bundesministerium der Justiz und dem Deutschen Notarverein entsprechend verlief das Gespräch offen und harmonisch. Dr. Zimmermann unterstrich die Bereitschaft der Notare, Bürgernähe in der Justiz zu wahren, wenn Gerichte, insbesondere Registergerichte und Grundbuchämter,

auf wenige Standorte konzentriert würden. Die Elektronisierung des Rechtsverkehrs führe dazu, dass die Notare zunehmend die Schnittstelle für Bürger und Unternehmen sein könnten, aber auch müssten.

Frau Ministerin Zypries lud den Deutschen Notarverein ein, auch bei der FGG-Reform Ideen einzubringen. Sie unterstrich die gemeinsame Haltung gegenüber der Europäischen Union. Hierfür dankte Dr. Zimmermann. Er berichtete zudem, dass der Deutsche Notarverein auf europäischer Ebene mitgestalte. Hervorzuhebende Beispiele seien das europäische Vertragsrecht und die Stellungnahme gegenüber der High Level Expert Group zum Gesellschaftsrecht. Er bat jedoch

weiterhin um Wachsamkeit, was die Stellung der vorsorgenden Rechtspflege angehe.

Die Ministerin nahm die Position des Deutschen Notarvereins zur Notariatsverfassung in Baden zur Kenntnis und ließ bestätigend die vorläufige Haltung des Ministeriums darstellen.

Dr. Zimmermann trug vor, dass die Notare weiterhin bereit seien, an der Strukturreform der Kostenordnung mitzuwirken. Er bat darum, im Hinblick auf die geänderte Rechtslage in Berlin und laufende Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht die Aufhebung des Gebührenabschlags Ost erneut zu prüfen. DH

Gespräch mit Frau Ministerin Richstein am 03. Februar 2003 in Potsdam

„Die Situation unserer Kolleginnen und Kollegen in den neuen Bundesländern war stets ein besonderes Anliegen des Deutschen Notarvereins“, erklärte der Präsident des Deutschen Notarvereins Dr. Stefan Zimmermann bei einem Arbeitstreffen am 03. Februar 2003 in Potsdam Frau Barbara Richstein, der Ministerin der Justiz und für Europaangelegenheiten des Landes Brandenburg. Der Deutsche Notarverein hatte um ein Gespräch mit der Ministerin gebeten, um Fragen der anstehenden Kostenrechtsreform, der Einführung elektronischer Register und der Juristenausbildung zu diskutieren.

Im Mittelpunkt des Gesprächs stand die Situation der hauptamtlichen Notare in den neuen Ländern. Die Ministerin war sich mit dem Präsidenten des Deutschen Notarvereins einig, dass nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur (teilweisen) Verfassungswidrigkeit des Gebührenabschlags für Rechtsanwälte in den

neuen Bundesländern auch das Ende des Abschlags-Ost für die Notare in den neuen Ländern bevorstehe. Frau Richstein erläuterte, dass die Justizministerkonferenz das Bundesjustizministerium bereits im vergangenen Jahr aufgefordert habe, eine Kostenstrukturnovelle vorzulegen, und zwar ohne Ab-

schlag-Ost. Es sei beabsichtigt, dass diese Kostenstrukturnovelle zum 1. Januar 2004 in Kraft treten solle. Herr Dr. Zimmermann schlug vor, die Frage der Abschaffung des Abschlags-Ost von der Kostenstrukturreform abzukoppeln, um keine unnötige Zeit zu verlieren.



Von links: VizPräsLG Ehlert, Ministerin Richtstein, MR Borchert, Kleingünther, Dr. Schwerin, Dr. Zimmermann

Einen weiteren Gesprächsschwerpunkt bildete die beabsichtigte flächendeckende Einführung des elektronischen Handelsregisters und des elektronischen Grundbuchs in Brandenburg. Vertreter des Justizministeriums berichteten über den Stand der Entwicklung. Der Präsident des Deutschen Notarvereins begrüßte die weit fortgeschrittene Umsetzung der Planungen des Justizministeriums. Notare in Brandenburg werden künftig von ihrem Büro aus ohne Zeitverlust Einsicht in das Handelsregister und das Grundbuch nehmen können. Wünschenswert wäre es, auch Notaren außerhalb Brandenburgs elektronische Grundbuch- und Handelsregistereinsichten zu ermöglichen. Herr Dr. Zimmermann war sich mit der Ministerin einig, dass sich der forcierte Einsatz der elektronischen Datenübertragung bei den Grundbuchämtern und Handelsregistern in Brandenburg nicht nur positiv auf die Beurkundungs- und Vollzugstätigkeit der Notare auswirken

wird, sondern auch ein wichtiger Beitrag zur Stärkung des Wirtschaftsstandortes Brandenburg ist.

Sodann berichtete die Ministerin darüber, dass es weiterhin Überlegungen zu einer Fusion der Bundesländer Brandenburg und Berlin gebe. Es sei denkbar, dass das Kammergericht und das OLG Brandenburg im Vorwege einer Länderfusion miteinander vereinigt würden. Konkrete Schritte seien gegenwärtig allerdings nicht geplant; im Falle einer Fusion der Gerichte stelle sich zudem die Frage nach der Finanzierbarkeit dann notwendiger Baumaßnahmen. Sie betonte, dass weder die Länderfusion noch die Vereinigung der Gerichte Einfluss auf die Notariatsform im jeweiligen Landesgebiet hätte.

Kurz wurden noch Fragen der Reform der Referendarausbildung in Brandenburg angesprochen, deren Neuausrichtung von einer gemeinsa-

men Kommission der Länder Brandenburg und Berlin erarbeitet worden war. Der Präsident des Landesjustizprüfungsamtes, Herr MR Hans-Ulrich Borchert, erläuterte, dass künftig drei Monate der neunmonatigen Anwaltsstation sowie die gesamte viermonatige Wahlstation bei einem Notar abgeleistet werden könnten. Berufsrecht, Kostenrecht und Haftungsrecht würden zukünftig zum Prüfungsstoff im Zweiten Staatsexamen in Brandenburg zählen.

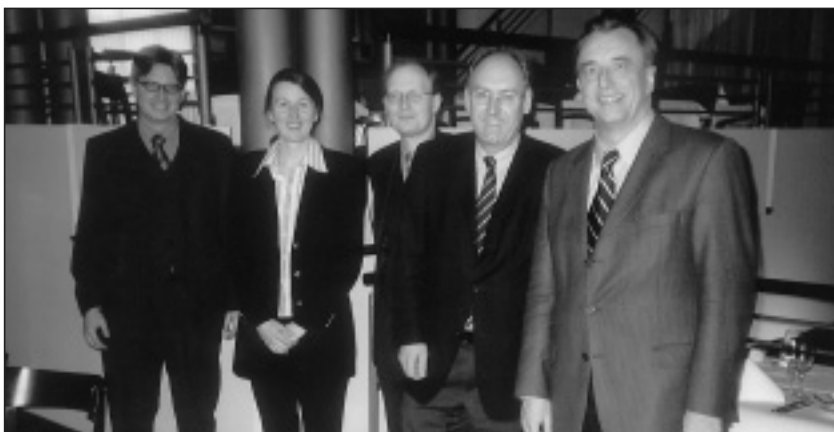
Frau Ministerin Richstein erklärte im Anschluss an das Gespräch: „Der gute Arbeitskontakt mit dem Deutschen Notarverein als Vertreter der hauptamtlichen Notare insbesondere in den neuen Bundesländern ist mir ein wichtiges Anliegen. Die Notare nehmen in unserer Rechtsordnung eine für den Bürger und die Wirtschaft wichtige Aufgabe wahr. Als Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist ein gestärktes Notariatswesen gerade in den neuen Ländern für die Justiz unverzichtbar.“ TS

Gespräch mit Herrn Andreas Schmidt, MdB, Vorsitzender des Rechtsausschusses

Am 12. März traf der Präsident des Deutschen Notarvereins, Notar Dr. Stefan Zimmermann, mit dem CDU-Bundestagsabgeordneten und Vorsitzenden des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, Rechtsanwalt Andreas Schmidt, zu einem Gespräch

zusammen. Der Deutsche Notarverein hatte zu einem Mittagessen eingeladen. Das Gespräch, an dem neben dem Ausschussvorsitzenden Schmidt auch die Regierungsdirektoren Dr. Krebs und Dr. Kremer vom Sekretariat des Rechtsausschusses und von Seiten des Deut-

schen Notarvereins die Geschäftsführer Dr. Schwerin und Franzmann teilnahmen, bot die Möglichkeit, die traditionell guten Kontakte zum Rechtsausschuss zu pflegen. Dr. Zimmermann nutzte die Gelegenheit zu einer tour d'horizon durch die aktuellen Themen des Notariats. Insbesondere wurden die anstehende Kostenrechtsreform und die Entwicklungen im Recht des Verbraucherschutzes diskutiert. Besonderes Interesse fand auch das von Dr. Zimmermann erläuterte Engagement des Deutschen Notarvereins in den Reformstaaten Mittel- und Osteuropas. In dem Bereich der Fortbildungs- und Hospitationsprojekte wird in Zukunft eine weitere Möglichkeit der Zusammenarbeit zwischen dem Rechtsausschuss und dem Deutschen Notarverein liegen. Es wurde vereinbart, sich auch zukünftig gegenseitig über laufende Projekte zu informieren und die Zusammenarbeit zu suchen. TF



Von links: Till Franzmann, Dr. Krebs, Dr. Kremer, Andreas Schmidt, MdB und Dr. Zimmermann

Vorratsgesellschaften – am Ende?

Notarassessor Detlef Heins, Berlin

Der Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 9. Dezember 2002 II ZB 12/02 (NJW 2003, 892, ZIP 2003, 251, DStR 2003, 298. m. Anm. Goette) hat in der Tagespresse zu Nachrufen auf die Vorratsgesellschaft geführt. Zu Recht?

Dieser Beschluss des BGH enthält eine klare Handlungsanweisung an die neuen Geschäftsführer: Haben die neuen Gesellschafter Satzungsänderungen beschlossen, reicht es nicht aus, nur diese zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Der BGH fordert, dass die Geschäftsführer bei dieser Gelegenheit auch versichern müssen, dass das Stamm- (bzw. Grund-)kapital der Gesellschaft bei der wirtschaftlichen Neugründung noch zur Verfügung steht.

Im Übrigen teilt der BGH mit, worüber er *nicht* entschieden habe, nämlich über die entsprechende Anwendbarkeit von sonstigen Gründungsvorschriften. Weil damit Unsicherheit bleibt, erklären manche die Vorratsgesellschaft für tot. Dies ist voreilig, denn die Unsicherheit bestand schon vorher; und der BGH trifft auch Aussagen *zugunsten* der Vorratsgesellschaften.

Von gebrauchten Mänteln und neuen Vorratsgesellschaften

Die Entscheidung des BGH ist am besten nachzuvollziehen, wenn man die Erscheinungsformen von Mantel- und Vorratsgesellschaften betrachtet.

Bis vor wenigen Jahren hatten „gebrauchte Mäntel“ Hochkonjunktur, wirtschaftlich ausgebrannte GmbH ohne Geschäftsbetrieb, noch nicht konkurs-, aber liquidationsreif. Diese GmbH waren mit Verlustvortrag, dafür ohne Eigenkapital und zu kaufpreisentprechend niedrigen Notarkosten zu haben. Fehlende Kapitaldecke und fehlende Finanzkraft ihrer Verwender

gaben diesen Gesellschaften rasch den Verdacht des Unseriösen; und der Konkursverwalter suchte in der Pleite nach Anspruchsgrundlagen gegen die Mantelverwender.

Priester (Mantelverwendung und Mantelgründung bei der GmbH, DB 1983, 2291 ff.) und Ulmer (Die wirtschaftliche Neugründung einer GmbH unter Verwendung eines GmbH-Mantels, BB 1983, 1123) entwickelten 1983 ein Analogiekonzept zum Gläubigerschutz: Wer eine rechtliche Neugründung und die damit verbundene Kapitalaufbringung umgeht, wirtschaftlich aber als Neugründer zu behandeln ist, muss sich gefallen lassen, dass die Gründungsvorschriften entsprechend herangezogen werden. Der BGH hat dieses Konzept seinen Entscheidungen 1992 (BGHZ 117, 323 ff.) und 2002 zu Grunde gelegt. Auf dogmatische Kritik ist der BGH leider nicht eingegangen (eine umfassende Darstellung zum Stand 2000 gibt Auernhammer, Die Vorratsgründung und Mantelverwendung bei der GmbH, MittRh-NotK 2000, 137 ff.).

Obwohl Steuervorteile seit der Änderung des § 8 Abs. 4 KStG nicht mehr anerkannt werden und das Stamm-/Grundkapital nach der Rechtsprechung neu aufzubringen ist, wuchs die Nachfrage nach bereits eingetragenen Gesellschaften. Aus der Schubladengesellschaft des Steuerberaters oder der Hausbank wurde die Vorratsgesellschaft, angeboten von spezialisierten Unternehmen. Der einfache Grund: Es ist nicht jedem künftigen Gesellschafter und nicht überall möglich, sofort eine GmbH eintragen zu lassen. Die Sicherheit, innerhalb weniger Stunden eine bereits bestehende GmbH oder AG mit vollem Stamm- (Grund-)kapital zu erwerben, ist den Erwerbern zusätzliche Kosten zu den „Sowiesokosten“ für Gründung und Kapitalaufbringung wert. Hier kann von Umgehung

nicht die Rede sein. Die Gründer durchlaufen alle Gründungsstufen im Interesse der späteren Gesellschafter. Die Gründungsvorschriften sollen bei Aufnahme der aktiven Geschäftstätigkeit erfüllt sein, was dem Konzept des Gesetzgebers von 1892 sehr nahe kommt. Deshalb wurde erwogen, zwischen einer (anrühigen) Mantelverwendung und dem Einsatz einer (sauberen) Vorratsgesellschaft zu differenzieren.

Wann aber ist eine Vorratsgesellschaft „sauber“? Genau darüber hatte das OLG Schleswig (Urt. v. 20.7.2000 – 5 U 2/00, GmbHR 2000, 1022) zu entscheiden. Gründer von Vorratsgesellschaften hatten das Stammkapital auf den ersten Blick ordnungsgemäß eingezahlt, dem Registergericht den Kontoauszug präsentiert, dann aber das Geld als Darlehen an sich selbst von der Gesellschaft zurückgeholt, um die nächste Gesellschaft mit Stammkapital auszustatten. Materiellrechtlich kann dieser Fall einer verdeckten Sachgründung als schlichter Gründungsfehler behandelt werden. Die Einlageforderung ist dann nicht erfüllt. Die Gesellschaft kann dann über § 16 Abs. 3 GmbHG im schlimmsten Fall auch die Erwerber der Vorratsgesellschaft in Anspruch nehmen. Das von Priester und Ulmer entwickelte Analogiekonzept im eigentlichen Sinn soll die Fälle erfassen, in denen die Einlageforderung erfüllt war, das Stammkapital ohne Rechtsverstoß schlicht verbraucht ist und dann der „gebrauchte, leere Mantel“ wie eine neue Gesellschaft eingesetzt wird.

Dass in der Praxis Vorratsgesellschaften mit Gründungsfehlern, d.h. mit fehlerhafter Kapitalaufbringung auftauchten, hat die Registergerichte und sie bestätigend den BGH veranlasst, nicht nur bei dem Verdacht einer wirtschaftlichen Neugründung unter Verwendung eines gebrauchten Man-

tels, sondern auch bei Vorratsgesellschaften genauer hinzuschauen und zu fragen, ob das Stammkapital ordnungsgemäß erbracht und erhalten ist. Für einige Anbieter von Vorratsgesellschaften war schon die Entscheidung des OLG Schleswig Anlass, die Kapitalaufbringung ernst zu nehmen und den Erwerbern der Geschäftsanteile zu garantieren.

Das BGH-Konzept fortentwickelt: Kompromiss zwischen wirtschaftlichem Bedürfnis nach der bereits eingetragenen Gesellschaft und Gläubigerschutz?

Diese Fallgestaltungen bilden den Hintergrund des BGH-Beschlusses. In diesem Kontext können die Ausführungen des BGH auch positiv verstanden werden. Bei genauer Analyse bringen sie nach meiner Meinung gerade durch die obiter dicta ein „Mehr“ an Rechtssicherheit für die Verwender von Vorratsgesellschaften:

- Der Bundesgerichtshof erkennt das Motiv an, den mit der Dauer des Eintragungsvorgangs bei einer Neugründung „normalerweise“ verbundenen Zeitverlust zu vermeiden, und stellt fest, dass es durch die Versicherung des Kapitalerhalts nicht unterlaufen werde. Die Prüfung des BGH, ob den Erwerbern der Gesellschaft und der neuen Geschäftsführung eine Versicherung gegenüber dem Registergericht *zumutbar* ist, stellt einen Maßstab auf, der auch für die analoge Anwendung weiterer Gründungsvorschriften gelten muss.
- Der Bundesgerichtshof erstreckt die Pflicht der neuen Geschäftsführer zur Versicherung über die Unversehrtheit des Stammkapitals auch auf die Geschäftsführung von Vorratsgesellschaften, weil leider nicht immer, sondern nur in der Regel das Stammkapital nicht durch eine vorhergehende Geschäftstätigkeit bzw. durch Rückzahlung an die Gründungsgesellschafter gemindert ist. Gerade durch die Versicherung kann das Registergericht

erkennen, ob es sich um einen leeren Mantel, eine fehlerhaft gegründete bzw. doch in Betrieb gesetzte Vorratsgesellschaft oder um eine „echte“ Vorratsgesellschaft handelt.

- Dass der BGH Gründungsvorschriften für entsprechend anwendbar hält und erklärt, er treffe noch keine abschließenden Aussagen zu den Einzelheiten der rechtlichen Ausgestaltung dieser Analogie, hat zu Unrecht irritiert. Denn tatsächlich gibt der BGH wichtige Hinweise, wo Haftungsrisiken bestehen: Sei die gesetzliche und gesellschaftsvertragliche Kapitalausstattung „bei Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit“ nicht (mehr) vorhanden, liege eine Umgehung der Gründungsvorschriften vor, welche deren sinngemäße Anwendung rechtfertige. Eine Analogie unter dem Gesichtspunkt der Umgehung von Rechtsvorschriften kann aber nur so weit reichen wie der Schutzzweck der umgangenen Norm. Dies beschränkt neben der oben genannten Zumutbarkeit für die Erwerber und die neuen Geschäftsführer die Reichweite der analogen Anwendung.

Dies gilt besonders für den Zeitpunkt, zu dem das Stammkapital unversehrt sein muss. Die Formulierung „bei Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit“ ist dabei m.E. nach den tatsächlichen Umständen zu beurteilen und nicht auf eine Satzungsänderung zu beschränken, da eine neue Tätigkeit rechtlich nicht an eine Satzungsänderung gebunden ist. Es gibt auch Fälle, in denen die Satzung zu dem neuen Unternehmen passt und eine anpassende Satzungsänderung nicht angezeigt ist. Würde zur Begrenzung der Gründerhaftung nur auf die Anmeldung oder gar Eintragung einer Satzungsänderung abgestellt werden, würde in den Fällen, in denen keine Satzungsänderung erfolgt, aus der GmbH eine Gesellschaft mit unbegrenzter Nachschusspflicht – ein Ergebnis, dass vom Schutzzweck der Analogie nicht ge-

rechtfertigt wäre. Würde andererseits das Fehlen eines Stichtages dazu führen, dass die Gründungsvorschriften nicht herangezogen würden, liefe das Gläubigerschutzkonzept des BGH in diesen Fällen leer. Folgerichtig ist deshalb auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Geschäftsaufnahme abzustellen, der auch in einer Vorbereitungsphase wie der Anmeldung eines neuen Unternehmensgegenstandes, einer neuen Firma oder eines neuen Sitzes liegen kann.

Da der BGH (ebenso wie z.B. Ulmer, BB 1983, 1123, 1126) hier nur den Fall der „wirtschaftlichen Neugründung mit Registeranmeldung“ problematisiert und deshalb den Zeitpunkt der Anmeldung zur Eintragung von Änderungen in das Handelsregister als maßgeblich darstellt, sollte er für die Fälle, in denen die tatsächliche Geschäftsaufnahme vor einer Anmeldung erfolgt oder eine Anmeldung zum Handelsregister nicht erforderlich ist, beim Wort genommen werden mit der Folge, dass die Kapitalausstattung zum Stichtag „Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit“ maßgeblich ist. Dennoch sollte zum Schutz der neuen Gesellschafter in der notariellen Praxis versucht werden, eine erforderliche Registeranmeldung mit einer den Anforderungen der Rechtsprechung genügenden Versicherung der neuen Geschäftsführung beim zuständigen Gericht einzureichen, bevor Folgegeschäfte getätigt werden.

Hervorzuheben ist nicht zuletzt, dass der BGH die Vorbelastung der Gesellschaft durch Gründungskosten und Kosten der Ingangsetzung für unschädlich zu halten scheint. Ob die übliche Satzungsklausel, dass die Gesellschaft die Gründungskosten trägt, auch die Ingangsetzungskosten erfasst, hat der BGH offen gelassen. Dies klarzustellen, kann zusätzliche Sicherheit schaffen.

Der sicherste Weg

Selbstverständlich ist, dass schon aus Kostengründen stets eine Neugründung erwogen werden sollte. Wie

auch der BGH anerkennt, reicht dafür die Zeit nicht immer. Dann ist ein zuverlässiges Angebot entscheidend.

Für den Notar gilt: Er muss über die Risiken der wirtschaftlichen Neugründung belehren und diese Risiken minimieren.

■ Die Amtspflicht, zur ausgewogenen Vertragsgestaltung beizutragen, erlaubt dem Notar zu raten, als Garantie, mindestens als Beschaffensvereinbarung vertraglich abzusichern, dass der Verkäufer das Stammkapital eingezahlt hat und außer für Gründungskosten keine Auszahlungen vom Geschäftskonto vorgenommen wurden, und dass außer dem in der Satzung ausgewiesenen Gründungsaufwand keine Verbindlichkeiten begründet worden sind.

■ Ferner sollte der Notar darauf hinweisen, dass sich der Erwerber

Gründungsfehler zurechnen lassen muss und bei einer wirtschaftlichen Neugründung Gründungsvorschriften entsprechend gelten können.

■ Obwohl – wie dargelegt – viel dafür spricht, dass das Stammkapital bei der tatsächlichen Aufnahme der Geschäftstätigkeit vorhanden sein muss – auf der sicheren Seite ist, wer die Anmeldung von Satzungsänderungen (ggf. auch die Anmeldung der neuen Geschäftsführung) vor dem Beginn der Geschäfte dem Handelsregister einreicht. Eine etwaige Unterbilanzhaftung ist erst dann sicher ausgeschlossen, wenn die Satzungsänderungen eingetragen sind.

■ Es ist richtig, die neuen Geschäftsführer die Versicherung abgeben zu lassen – denn diesen muss für einen ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb das Kapital zur Verfügung stehen. Die Geschäftsführer sind

darüber zu belehren, dass, auch wenn die Strafnorm für falsche Versicherungen wegen des strafrechtlichen Analogieverbots nicht greifen dürfte, zumindest zivilrechtliche Risiken bei einer unrichtigen Versicherung bestehen.

■ Bei Verträgen der neuen Gesellschafter mit der Vorratsgesellschaft bleibt die Gefahr der verdeckten Sachgründung. Als sicherer Weg kann in Frage kommen, die Sachwerte nicht zu verkaufen, sondern schlicht und ohne Kapitalerhöhung der Gesellschaft als Eigenkapital zuzuführen. Allerdings müssen die gesellschafts- und steuerrechtlichen Folgen (z.B. § 20 UmwStG) im Einzelfall geprüft werden.

Der Text entspricht der persönlichen Ansicht des Verfassers.

Erste Informationsveranstaltung zur DNotV Privatrente in Köln

Die DNotV GmbH, die Servicegesellschaft des Deutschen Notarvereins, hat gemeinsam mit der eVorsorge.de Vermittlungsgesellschaft mbH, einem Unternehmen des Lufthansa Konzerns, ein Altersvorsorge-Konzept für das Notariat entwickelt (wir berichteten im *notar* 2002, 95). Den Anstoß zur Entwicklung eines eigenen Modells für die betriebliche Altersvorsorge im Notariat haben zahlreiche Nachfragen aus dem Kreis der Mitglieder des Deutschen Notarvereins gegeben. An der Ausarbeitung des nun vorliegenden Konzepts war von Seiten des Deutschen Notarvereins Herr Dr. Peter Schmitz maßgeblich beteiligt, der unterdessen Notar in Köln und Geschäftsführer der DNotV GmbH ist. Im Vorfeld der Produktentwicklung wurden sowohl die möglichen Durchführungsvarianten als auch die Angebote des Marktes geprüft.

Am 26. Februar 2003 fand die erste Informationsveranstaltung zu dem neuen Altersvorsorgekonzept für das Notariat in den Räumen der Rheinischen Notarkammer in Köln statt. Die Rheinische Notarkammer hatte in einem Kammerrundschreiben auf die Informationsveranstaltung hingewiesen. Die etwa 30 erschienenen Notare folgten den instruktiven Ausführungen von Herrn Marcus Wetzel, Geschäftsführer von eVorsorge.de, mit großem Interesse. Herr Wetzel erläuterte unter anderem, dass im Mittelpunkt des Konzepts die „DNotV Privatrente“ stehe, mit der bis zu 4 % des Brutto-Entgelts steuerfrei und bis einschließlich 2008 gegebenenfalls auch sozialversicherungsfrei in Beiträge für eine Pensionskasse umgewandelt werden könne. Für bestimmte Notariatsmitarbeiter bestehe darüber hinaus die Möglichkeit, zu-

sätzlichen Vorsorgebedarf über eine Direktversicherung abzudecken. Mit der DNotV Privatrente könne der Notar bei geringem eigenen Verwaltungsaufwand den Anspruch seiner Mitarbeiter auf Entgeltumwandlung nach § 1a BetrAVG erfüllen.

Die fachkundigen Fragen der anwesenden Notare, die allesamt kompetent beantwortet werden konnten, bewiesen die praktische Relevanz des Themas. So wurde erörtert, dass eine persönliche Haftung des Notars für die Versorgungsansprüche seiner Mitarbeiter nicht bestehe, die Beiträge zur Pensionskasse als Betriebsausgaben steuerlich gewinnmindernd geltend gemacht werden könnten und, anders als bei anderen betrieblichen Modellen, keine Beiträge an den Pensionsversicherungsverein gezahlt werden müssen.

ten. Die Vorzüge des vorgestellten Konzepts gegenüber anderen Durchführungsvarianten wurden anhand konkreter Zahlen belegt. Auch wurde vor dem Hintergrund des langfristig sinkenden Rentenniveaus die Notwendigkeit privater Altersvorsorge herausgestellt.

Zum Abschluss der Veranstaltung erklärte der Präsident des Deutschen Notarvereins, Notar Dr. Stefan Zimmermann, dass man sich nach einer eingehenden Marktanalyse für ein Konzept entschieden habe, das für das Notariat am geeignetsten erscheine.

Dr. Zimmermann wies darauf hin, dass die DNotV GmbH mit diesem Konzept keine Provisionen erhalte, sondern einen guten Service für die Mitglieder anbieten wolle. Er dankte Herrn Notar Dr. Peter Schmitz dafür, entscheidend am Erfolg des Konzepts mitgewirkt zu haben.

Die zeitnahe Durchführung ähnlicher Informationsveranstaltungen über die betriebliche Altersvorsorge im Notariat im Bereich weiterer Notarkammern ist geplant. Genaue Termine standen bei Redaktionsschluss jedoch noch nicht fest. Außer den Notaren sol-

len auch die Notariatsmitarbeiter auf eigenen Informationsveranstaltungen über das Altersvorsorge-Konzept unterrichtet werden.

Weitere Informationen zum DNotV Konzept finden sich im Internet unter www.eVorsorge.de. Ein Link zu diesem Internetportal befindet sich auch auf der Homepage des Deutschen Notarvereins unter www.dnotv.de. Außerdem werden telefonische Auskünfte unter der kostenlosen Rufnummer 0800 55 66 222 erteilt und auf Wunsch Informationsbroschüren kostenfrei zur Verfügung gestellt. TS

Zehn Jahre Notarkammer Litauen

Am 28. November 2002 feierte die Notarkammer Litauen ihr zehnjähriges Bestehen mit einem Gottesdienst in der St.-Teresa-Kirche in Vilnius und einem Festakt im Rathaus von Vilnius. Der Staatspräsident der Republik Litauen, der Parlamentspräsident, der Ministerpräsident und sowohl der frühere als auch der gegenwärtige Justizminister unterstrichen durch ihre Teilnahme den Stellenwert des Notariats in Litauen. Als Ehrengäste aus Deutschland nahmen Vertreter der Notarkammer Koblenz teil, die die litauischen Kolleginnen und Kollegen in den Jahren des Aufbaus begleitet hat. Diese überbrachten auch die Grüße des Deutschen Notarvereins, der 1991 und 1992 die Arbeiten am Notariatsgesetz begleitete und die Patenschaft mit der Notarkammer Koblenz vermittelte.

In ihrer Festrede stellte die Präsidentin der Notarkammer Litauen, Notarin Ona Adomaviviene, die Schaffung eines freien lateinischen Notariats in engen Zusammenhang mit dem kommenden EU-Beitritt:

Der Weg des Litauischen Notariats

Festrede der Präsidentin der Notarkammer Litauen, Notarin Ona Adomaviviene

„Heute haben wir das Privileg, vor dem Hintergrund von richtungsweisenden Ereignissen wie der Einladung Litauens zur NATO und der bevorstehenden Aufnahme in die Europäische Union den Jahrestag des litauischen Notariats zu begehen. Der Jahrestag ist zwar ein bescheidener – seit der Gründung sind erst zehn Jahre vergangen, doch wir können berechtigt stolz darauf sein, dass das litauische Notariat bereits jetzt den Kriterien des freien oder lateinischen Notariats voll entspricht.“

Das heutige Notariat, sei betont, entstand nicht an leerer Stelle. Die Ursprünge des lateinischen Notariats in Litauen gehen mehr als 80 Jahre zurück.

Im Jahr 1920, als sich der litauische Staat unter schwierigen Bedingungen zu behaupten suchte, fand der erste Notar-Kongress im unabhängigen Litauen am 19. April in Kaunas statt. Die Delegierten haben den Wunsch geäußert, dass „eine Körperschaft der Gemeinschaft der Notare geschaffen wird“, und beschlossen, „den Herrn Justizminister zu bitten, Notare als Staatsbeamte durch Notare des freiberuflichen Standes zu ersetzen, indem eine Notarkörperschaft mit dem Rat an der Spitze und einem Ehrengericht ins Leben gerufen wird“. Das war der Anfang.

Seit 1932 galten Notare als fest eingestellte Staatsbeamte ohne Gehalt. 26 Notarbüros mit insgesamt 65 Notaren (darunter 63 Männer und zwei Frauen) verrichteten 1939 in Litauen ihre Amtsgeschäfte. Nach der Besatzung und Eingliederung Litauens durch die Sowjetunion 1940 wurde das System des staatlich organisierten Notariates dem Land aufgezwungen. Alle Notare wurden in die Arbeitslosigkeit ent-



Von links nach rechts: Präsidentin der Notarkammer Litauen Notarin Ona Adomaviviene, der ehemalige Vizepräsident der Notarkammer Koblenz Notar JR Hanns Dieter Lohnes und der Präsident der Republik Litauen, Valdas Adamkus.

lassen und das Notariat wurde durch die Eröffnung von 48 staatlichen Büros umorganisiert.

Vor 1940 arbeiteten viele bekannte und wegen ihrer Verdienste um das eigene Land sehr angesehene Persönlichkeiten in großen und kleinen litauischen Städten als Notare. Einer von ihnen war Aleksandras Zilinskas, der als Justizminister die Gerichtsreform umgesetzt hatte. Später arbeitete er als Notar in Kaunas, wurde am 14. Juni 1941 festgenommen und deportiert. Er starb 1942 in der Archangelsk-Region.

Wir sollten auch des ehemaligen Richters von Kretinga und des langjährigen Notars der Stadt Šiauliai Vidas Kaveckas gedenken. Ein engagierter Kämpfer für gesellschaftliche Belange, Mitglied im Schützenverein, einer der Gründer des Museums Austra wurde 1940 von Bolschewiki festgenommen, in den Gefängnissen von Šiauliai und Telšiai inhaftiert und am 25. Juni 1941 zusammen mit anderen politischen Gefangenen im Wald von Rainiai zu Tode gequält. Die sterblichen Überreste des den Märtyrertod gestorbenen Notars ruhen auf dem Friedhof von Telšiai.

Der Notar aus Kaunas Jonas Dikinis wurde nach der Festnahme im Jahr

1940 zusammen mit dem Justizminister Antanas Tamošaitis im Gefängnis von Kaunas eingesperrt. Wegen der Mitgliedschaft im National-Verein Tautininkai wurde er vom Sondergericht (OSO) zu fünf Jahren Verbannung verurteilt. Ein ähnliches Schicksal hat die Notare von Rokiškis, Raseiniai, Kaišiadoriai und Kretinga ereilt – Festnahme, Haft, Verbannung und das Leben in Sibirien weit von der Heimat. Andere Notare entkamen der Deportation und landeten im Westen. Das waren vorwiegend dynamische und gebildete Leute, die sich um die litauische Gemeinschaft im Exil sehr verdient gemacht haben.

Zu beiden Seiten des Pazifik ist der Notar von Biržai, Dichter und Verfasser von etlichen Gedichtsbänden, Pranas Lembertas, gut bekannt. Er ist u.a. der Autor des noch heute weit verbreiteten Volksliedes „Für dich, meine kleine Schwester, grüne Gartenraute und für mich das Schwert an der Seite“.

Der langjährige Notar in Prienai und der Träger des Ordens des litauischen Großfürsten Gediminas, Juozas Vilkuaitis, der der Deportation nach Sibirien entkam, wird von vielen Literaturforschern als der Autor des populären litauischen Lustspiels „Amerika im Dampfbad“ bezeichnet.

Gen Westen zog auch der vom NKWD verfolgte Notar von Panevėžys Algirdas Moigis. Er war Sohn von Jonas Moigis, der ebenfalls ein Notar, bekannter Intellektueller von Panevėžys, Aktivist und Kulturmensch war. Als einen der Mitbegründer des Stadtmuseums von Panevėžys nannte man ihn noch „die wandernde Gerechtigkeit“.

Mögen diese Worte auf bescheidene Weise das Andenken an sie und andere Notare wach halten.

Die Aufzählung der angesehenen Notare, die sich um Litauen verdient gemacht haben, ließe sich noch lange fortsetzen. In der Zeit der sowjetischen und nazistischen Besatzung blieb das Notariat die am wenigsten politisierte Institution. Die Notare, soweit das damalige Umfeld es zuließ, dienten ihren Mitbürgern, indem sie ihnen Rechts Hilfe im Bereich der zivilrechtlichen Beziehungen leisteten. Viele von ihnen werden in guter Erinnerung gehalten: zum Beispiel die Notarin des ersten staatlichen Notarbüros von Vilnius, Stasė Bieksiene, die viele junge Notare zu echten Profis ihres Faches ausgebildet hat.

Die wichtigsten Grundsätze des heutigen Notariats heißen Unbefangenheit, Rechtmäßigkeit der notariellen Handlungen, Belehrungspflicht, Unabhängigkeit, Vertraulichkeit, finanzielle Selbständigkeit, Berufshaftung u.s.w. Die Gesellschaft zeigt, dass sie den Notaren vertraut, indem sie sich auf ihre berufliche Ausbildung, ihre Integrität und die öffentliche Beurkundungsgewalt, die ihnen vom Staat verliehen worden ist, verlässt. In den meisten europäischen Ländern sind die Eignungsanforderungen für den Zugang zum Notaramt viel härter als für andere juristische Berufe.

Der Klassiker der Weltliteratur, Honoré de Balzac, hat einmal gesagt, dass der Notar über bestimmte Eigenschaften, die üblicherweise als Berufung bezeichnet werden, verfügen muss. Diese Arbeit verlangt größtmögliche Sorgfalt und Förmlichkeit (im guten Sinne

des Wortes), weil ein falsches Zeichen den Inhalt einer Urkunde verfälschen und die Interessen des Kunden schädigen kann. De Balzac schrieb, er könne sich einen unordentlichen Richter oder Rechtsanwalt, aber wohl keinen Notar vorstellen. Ein Notar ist Hüter der menschlichen Geheimnisse. Die berufliche Ethik untersagt ihm, ihm bekannte gewordene Tatsachen der Polizei mitzuteilen. Der Notar, wie der Arzt und der Priester, steht den Menschen in schwierigsten Augenblicken ihres Lebens bei.

Der Ehrenkodex der Notare verlangt von den Notaren Unparteilichkeit. Dies steht voll im Einklang mit der Meinung des bekannten litauischen Juristen aus der Vorkriegszeit, Professor Petras Leonas, dass der Jurist unter keinen Umständen Kompromisse mit seinem Gewissen machen darf.

Einer der bekanntesten Vertreter des Notarstandes, UINL-Ex-Präsident und der jetzige Ehrenpräsident Juan Vallet de Goisolo hat einmal gesagt: „wenn es den Notaren an Kenntnissen mangeln würde, könnten sie mehr oder weniger zufriedenstellend arbeiten. Doch ohne Moral und Rechtschaffenheit ist ihre Arbeit schier unmöglich“.

Napoleon Bonaparte hat das Notariat mit der „Betreuung“ des neuen Zivilgesetzbuches beauftragt. Nach der Einführung des Notariates hat einer der kaiserlichen Berater festgestellt: „Bonaparte hat sich mit einem ihm typischen Sinn für Realität nicht vorstellen können, wie die Reform des französischen Rechts durchzuführen wäre ohne fachkundige Juristen, die sie zugunsten des Volkes umsetzen könnten“. Diese fachkundigen Juristen waren Notare.

Anfang des 20. Jahrhunderts hieß eine notariell beglaubigte Urkunde in Litauen etwa gefestigt, in Russland wurde sie als notarielle Festung bezeichnet, in Korea als heilig u.s.w.

In der Zeit des Aufbaus und der Fortentwicklung des litauischen Zivilrechts stehen die Notare vor einer

schweren und verantwortungsvollen Aufgabe – sie müssen die Rechtmäßigkeit der Rechtsgeschäfte sicherstellen.

Mit dem Inkrafttreten des neuen Zivilgesetzbuches der Republik Litauen hat das Risiko der notariellen Amtstätigkeit noch mehr zugenommen, weil die Notare sich bei der Beurkundung von den Grundsätzen der Richtigkeit, Vernunft und Gewissenhaftigkeit leiten lassen müssen, wobei die Notare und Richter bei der Bewertung dieser Grundsätze erhebliche Meinungsunterschiede haben können.

Der Notar trägt die materielle Haftung für seine Amtstätigkeit. Bei unstabiler Gesetzgebung ist das Risiko sehr groß. Die materielle Haftung für den durch eigene Handlungen verursachten Schaden hängt über dem Kopf des Notars als Damoklesschwert. Die Feststellung der persönlichen Daten ist beispielsweise immer problematisch. Die ausgeklügelte Fälschungstechnik erlaubt die Herstellung von Pässen, die täuschend echt aussehen. Allerdings sollte die Besprechung unserer Probleme lieber in einer anderen Umgebung und nicht in dieser Festveranstaltung erfolgen.

Ein Jahrzehnt ist ein langer Zeitschnitt im Leben eines Menschen, aber ein kurzer für eine Institution. Die Grundlagen für das litauische Notariat wurden am 1. Dezember 1992 mit dem Notariatsgesetz der Republik Litauen geschaffen. Die Ausarbeitung dieses Gesetzes wurde vom damaligen Justizminister Vytautas Pakaniškis angeschoben, der eine Arbeitsgruppe nach Deutschland geschickt hat, damit sie sich mit der Arbeit der deutschen Notare vertraut macht. Die grundlegenden und zusammen mit den deutschen Kollegen entwickelten Ideen und Bestimmungen des litauischen Notariats fanden ihren Niederschlag im Notariatsgesetz, das vom Obersten Rat/Konstituierenden Seimas verabschiedet und vom Präsidenten des Obersten Rates/Konstituierenden Seimas, Vytautas Landsbergis, unterzeichnet wurde.

Die Vollversammlung der litauischen Notare bestätigte am 12. Februar 1993 die Satzung der Notarkammer und wählte den Vorstand der Notarkammer, die Revisionskommission und das Ehrengericht. Die wichtigsten Aufgaben der Notarkammer bestehen darin, die Arbeit der Notare zu koordinieren, für Fortbildungsmaßnahmen zu sorgen, die Interessen der Notare den staatlichen Behörden gegenüber zu vertreten und zu verteidigen, Entwürfe der einschlägigen Rechtsvorschriften auszuarbeiten und auch zu überwachen, dass die Notare ihr Amt ordentlich ausüben. Zur Zeit arbeiten 146 Notarbüros mit 192 Notaren, darunter 183 Frauen und neun Männer, in Litauen. Alle Notare gehören der Notarkammer an.

Die Reform des Notariats verlief erfolgreich, so dass Litauen als eines der ersten postkommunistischen Länder in die Internationale Union des Lateinischen Notariats (UINL) aufgenommen wurde. Diese Organisation beschäftigt sich unter aktiver Mitwirkung des litauischen Notariats mit den strategischen Anliegen des Notariats, ist für die wissenschaftliche Betätigung der Notare zuständig und veranstaltet verschiedene Kongresse.

Die Notarkammer Litauen hat Verträge über die Zusammenarbeit mit den Notariaten Lettlands, Estlands und Polens sowie mit der juristischen Fakultät der Universität Vilnius unterzeichnet und die Zusammenarbeit hat bereits greifbare Ergebnisse, was die Verbesserung der notariellen Arbeit betrifft, gebracht. Besonders enge Zusammenarbeit verbindet uns mit der Notarkammer Koblenz aus Deutschland, mit der wir gemeinsam Konferenzen, Kolloquien und sonstige Veranstaltungen durchführen. Es werden auch Kontakte mit Amtskollegen aus anderen Ländern geknüpft.

In diesem Saal, am ehrwürdigen Platz, sehen wir die Fahne der Notarkammer. In der Urkunde zur Wiederverleihung der Fahne heißt es, ich zitiere: „Anlässlich des fünfjährigen Be-

stehens des freien Notariats in der Republik Litauen wurde diese Fahne als Symbol der Einheit, der beruflichen Solidarität und der Ehre der Notare geschaffen. Der Entwurf der Fahne und des Wappens der Notarkammer stammen vom Maler Arvydas Každailis, und die Umsetzung ist durch die Malerin Regina Každailienė erfolgt. Die Fahne wurde am 28. November 1997 in der Kathedrale des Hl. Stanislaus in Vilnius geweiht und wird in der Notarkammer ewig aufbewahrt.

Diese Urkunde wurde am Ausklang des zweiten Jahrtausends unterzeichnet und ist den Notaren des dritten Jahrtausends gewidmet. Die Präsidentin der Notarkammer Janina Girnienė, Vilnius, am 28. November 1997“.

Auf der Fahne sehen wir die Waage der Göttin Justitia und das Symbol des Notars – die Schreibfeder als das Arbeitsinstrument und die Ernährerin des Notars. Die Schalen der Waage befinden sich im Gleichgewicht zueinander, weil der Notar die Interessen der beiden Parteien vertritt. Der lateinische Spruch auf der Flagge lautet „lex est quod notamus“ – zum Gesetz wird, was der Notar beurkundet. Rechtsanwälte leben vom Streit, während der Notar sich von der Eintracht ernährt. Eine der Eidesformeln des lateinischen Notariats besagt, dass der Auftrag des Notars ist, zwischen den Menschen zu schlichten. Dass es gut klappt, zeigt die Geschichte: Bedenken wir nur, dass seit der Unterzeichnung der ersten notariellen Urkunde auf Sizilien im Jahr 400 mehr als anderthalbtausend Jahren vergangen sind. Und wer hat erfasst, wie viele Konflikte dank der sorgfältigen und alltäglichen Arbeit der litauischen Notare vermieden werden konnten? Daher lasst uns allen wünschen, dass die Feder in unserer Hand nie stumpf wird, dass sie auf dem Papier keine Tintenflecken hinterlässt und bei den Menschen kein Misstrauen und keine Bitterkeit weckt. Und dass die Waage der Justitia immer im Gleichgewicht bleibt.

Zum Abschluss möchte ich im Namen aller Notare fest zusichern, dass



In den Räumen der Notarkammer Litauen (von links nach rechts): Notar JR Hanns Dieter Lohnes, Notar a.D. JR Hans-Joachim Massing, Präsident der Österreichischen Notariatskammer Notar Professor Dr. Georg Weißmann, Präsidentin der Notarkammer Litauen Ona Adomaviviene, Notar Vittorio di Cagno und Notar Evangelos Sarris, Vertreter des Präsidenten der Griechischen Notarkammer.

wir alle unsere Kräfte und juristischen Kenntnisse zugunsten des jungen litauischen Staates und seiner auf dem Weg in die Europäische Union schreitenden Bürger einsetzen werden.

Im Namen der litauischen Notare danke ich allen lieben Gästen, die sich in diesem Festsaal versammelt und mit ihrer Aufmerksamkeit und Teilnahme das Jubiläum des litauischen Notariats geehrt haben.“

Anschließend sprachen der ehemalige Justizminister, Vytautas Pakal-

niskis, der derzeitige Justizminister, Vytautas Markevicius, der Präsident der Österreichischen Notariatskammer, Notar Dr. Georg Weißmann und der Abgesandte der UINL, Notar Vittorio di Cagno. Zum Abschluss überbrachte Notar a. D. Justizrat Massing die Grüße der Notarkammer Koblenz. In Anwesenheit des zwischenzeitlich eingetroffenen Präsidenten der Republik Litauen, Valdas Adamkus, würdigte er die in den zurückliegenden zehn Jahren erbrachten Leistungen der litauischen Notarinnen und Notare.

Grußworte anlässlich des Festakts zum 10-jährigen Bestehen der Notarkammer Litauen

Notar a.D. Justizrat Hans-Joachim Massing, Andernach

„Fast auf den Tag genau vor 10 Jahren, am 1. Dezember 1992, haben wir mit einer Delegation von litauischen Notarinnen unter der Führung der damaligen Leiterin der für Notare zuständigen Abteilung des litauischen Justizministeriums, Frau Maria Liutkeviciene in Andernach das Inkrafttreten des Gesetzes gefeiert, mit dem die litauischen Notarinnen und Notare ihre Selbständigkeit erhielten. Nach einem schönen Konzert mit dem Kammeror-

chester Jean-Francois Paillard aus Paris, in dem wir unter anderem Vivaldis „Vier Jahreszeiten“ hörten, haben wir bei mir zu Hause auf die Zukunft des freiberuflichen Notariats in Litauen angestoßen. Ihre Empfindungen waren damals sehr zwiespältig: auf der einen Seite waren Sie froh, aus der staatlichen Kuratel entlassen zu sein, auf der anderen Seite waren Sie unsicher, ob Sie die richtige Entscheidung getroffen hatten und die wirtschaftlichen Risiken

nicht größer als die Chancen sein würden.

Wenn wir nun heute auf 10 Jahre freiberufliches Notariat in Litauen zurückblicken, können wir mit Zufriedenheit und Dankbarkeit feststellen, dass Sie, die litauischen Notarinnen und Notare, damals die richtige Entscheidung getroffen haben. Trotz aller Veränderungen und Umwälzungen in den letzten zehn Jahren ist es Ihnen wie kaum einem anderen Berufsstand gelungen, Ihr hohes Ansehen zu bewahren und zu festigen.

Seit 1992 hat sich in Ihrem Land wirklich viel verändert. Sie mussten sich von einem unselbständigen Teilstaat der Sowjetunion zu einem selbständigen, demokratisch legitimierten Rechtsstaat transformieren, Ihre Wirtschaft von einer Planwirtschaft, in der die staatliche Zentrale alles vorschreibt, in eine Marktwirtschaft, in der die privaten Marktteilnehmer die wirtschaftlichen Entscheidungen treffen, verändern. Dies alles konnte sich nicht ohne Brüche und Reibungsverluste vollziehen. Dennoch: Sie, die Menschen in Litauen, haben es geschafft. Ich habe mich bei jedem meiner Besuche, die mich seit 1994 regelmäßig in Ihr schönes Land führten, davon überzeugen können. Es ist leider in einigen Teilen Westeuropas nicht hinreichend bekannt, welch bewundernswerte Anstrengungen Ihr Land seit seiner Unabhängigkeit unternommen hat. Der staatliche, wirtschaftliche und kulturelle Wiederaufbau Litauens nach 50 Jahren Fremdbestimmung erforderte eine unglaubliche Willensleistung des gesamten Volkes, die nicht genug gewürdigt werden kann.

Seit drei Jahren führt Litauen Beitrittsverhandlungen mit der Europäischen Union. Während Sie sich anfangs etwas schwer taten, die Bedingungen für einen Beitritt zu erreichen, gehört Litauen seit den letzten Jahren zu den Ländern mit den besten Voraussetzungen für eine Aufnahme in die Union. Der neueste Bericht über die wirtschaftliche Lage Ihres Landes weist eindrucksvolle Zahlen aus:

Nach einer Wachstumsrate von fast 6 % im Vorjahr wird Litauen in diesem Jahr ein Wirtschaftswachstum von 5 % verzeichnen und auch für das nächste Jahr wird eine ähnliche Steigerung erwartet. Die Inflationsrate liegt 2002 bei 0,5 %, das staatliche Haushaltsdefizit wird bei 1,5 % relativ zum Bruttoinlandsprodukt liegen. All das sind Zahlen, von denen andere Mitglieder der Europäischen Union nur träumen können, insbesondere Deutschland.

Auch die Arbeitsmarktstatistik entspricht europäischem Standard. Die Quote wird in diesem Jahr bei 11,5 % liegen. Das ist für die von der Arbeitslosigkeit betroffenen Menschen sicherlich schmerzlich, aber es ist als Preis für die Globalisierung der Märkte unvermeidlich.

Die Angleichung des Rechtssystems Litauens an die europäischen Standards ist ebenfalls weitestgehend erfolgt. Ein Eckstein hierbei ist das Inkraft-Treten des neuen litauischen Zivilgesetzbuches am 1. Juli 2001 gewesen.

Nationale Zivilgesetze können ihre Aufgabe im wirtschaftlichen und sozialen Gefüge eines Landes dann am ehesten erfüllen, wenn sie einerseits zukunftsorientiert sind und den sich ändernden individuellen Bedürfnissen der Menschen Rechnung tragen, andererseits eine Ordnungsfunktion wahrnehmen, indem sie den Schwächeren vor der Macht des Stärkeren, den Verbraucher vor der Macht großer Wirtschaftseinheiten schützen. Kein Gesetzgeber kann jedoch künftige Entwicklungen im Detail vorhersehen und kein Gesetzgeber kann auch die Verbraucher lückenlos vor der Übermacht der professionellen Anbieter von Waren und Dienstleistungen schützen. Dies ist vielmehr die Aufgabe der Rechtsprechung und der vorsorgenden Rechtspflege, deren Teil in den Ländern mit kontinentaleuropäischen Rechtssystemen die Notarinnen und Notare sind.

Sie vermitteln zwischen den Interessen der Vertragsbeteiligten, sie ge-

stalten im Rahmen ihrer Zuständigkeit und der Gesetze die rechtlichen Verhältnisse von Privatpersonen und haben zunehmend eine wichtige Funktion in dem an Bedeutung gewinnenden Verbraucherschutzrecht übernommen. Sie bieten Gewähr für die Richtigkeit und Vollständigkeit der von ihnen errichteten Urkunden und sie leisten die Vorarbeit für die Eintragungen in die staatlichen Register. In der Rechtspraxis waren und sind die Notare ein nicht wegzudenkender Baustein für das Wirtschaftsleben in Europa, sie sind in vielen wirtschaftlich relevanten Bereichen Anstoß und Motor für neue rechtliche Gestaltungen und Entwicklungen, sie tragen dazu bei, Streitfälle zu vermeiden, entlasten damit die Justiz und dienen so dem friedlichen Zusammenleben der Menschen.

Die litauischen Notarinnen und Notare haben in den letzten zehn Jahren in eindrucksvoller Weise gezeigt, dass sie den wechselnden Anforderungen gesellschaftlicher, wirtschaftlicher und rechtlicher Entwicklungen gerecht werden können.

Doch es gibt kein Ausruhen. Die europäische Einigung, die Globalisierung nicht nur der Wirtschaft sowie die Internationalisierung der Rechtsverhältnisse zwischen Privatpersonen erfordern künftig auch in Litauen eine qualifizierte Beratung und Betreuung durch den Notarstand. Alle seine Mitglieder und die Notarkammer sind aufgerufen, in enger und vertrauensvoller Zusammenarbeit mit der Justizverwaltung und den Gerichten für eine schnelle, unbürokratische und effiziente Amtsgewährung der Notarinnen und Notare zu sorgen, damit das Vertrauen der Bevölkerung in ihre fachliche Kompetenz und ihre persönliche Integrität immer gewahrt bleibt.

Ich wünsche Ihnen, ich wünsche uns allen, dass es den litauischen Notarinnen und Notaren auch weiterhin gelingt, Legitimität vor Ort zu erzeugen und ein Höchstmaß an Gesetzmäßigkeit mit den individuellen Bedürfnissen der Menschen zu verbinden, da-

mit Gerechtigkeit und Friede in der litauischen Gesellschaft immer mehr wachsen können.

Ich hoffe, dass wir als Ihre deutschen Partner im Rahmen weiterer Kolloquien auch künftig etwas dazu beitragen können, diese Ziele in Ihrem schönen Land zu verwirklichen. Unsere vorbildliche partnerschaftliche Zu-

sammenarbeit ist jedem, der einmal in den Genuss Ihrer großen Gastfreundschaft gekommen ist, eine Herzensangelegenheit.“

Am 29. November 2002 konnten sich die Mitglieder der deutschen Delegation sowie die übrigen ausländischen Gäste in den Amtsräumen verschiedener litauischer Notarinnen von

deren hochmoderner Einrichtung und perfekter Organisation beeindrucken lassen. Darüber hinaus empfing sie der Staatssekretär des Ministeriums der Justiz der Republik Litauen, Paulius Koverovas. Ein Besuch der Geschäftsstelle der Notarkammer Litauen schloss das Programm an diesem Tag ab.

*Texte der Reden:
Notarkammer Koblenz*

Präsident der Österreichischen Notariatskammer Professor Dr. Georg Weißmann 70 Jahre

Der Deutsche Notarverein gratuliert Herrn Präsidenten Professor Dr. Georg Weißmann herzlich zu seinem 70. Geburtstag, der am 6. Februar 2003 mit einem Festakt in der Hofburg in Wien begangen wurde. Dr. Weißmann ist öffentlicher Notar aus Berufung und Standesvertreter des Notarberufs auf vielen Ebenen. Er versteht es, den Charakter des Notariats als Ausdruck der Autorität des Staates und Garant sozialen Ausgleichs zu festigen. In seiner nunmehr fast 12-jährigen Amtszeit als Präsident der österreichischen Notariatskammer prägte er die Voraussetzungen, das österreichische Notariat zu

einem Muster zeitgemäßer Klientenbetreuung zu machen. Qualitätsmanagement und elektronischer Rechtsverkehr sind von der Österreichischen Notariatskammer beispielhaft umgesetzt. Ein besonderes Anliegen war ihm auch die Vertretung der Interessen des Berufsstandes auf europäischer Ebene, vor allem in seiner Funktion als Mitglied der Präsidentenkonferenz der EU-Notariate, deren Vorsitz er 2000 innehatte.

Die Verdienste von Präsident Professor Dr. Weißmann sind in Österreich ebenso wie im Ausland anerkannt: Die

Bundesrepublik Deutschland hat Herrn Präsidenten Dr. Weißmann das Große Bundesverdienstkreuz verliehen. Freunde und Weggefährten, unter ihnen der Vizepräsident des Deutschen Notarvereins Dr. Hans Wolfsteiner, würdigen ihn mit einer Festschrift. In Anerkennung seiner wissenschaftlichen Verdienste hat ihn die Universität Wien zudem zum Honorarprofessor berufen.

Der Deutsche Notarverein wünscht Herrn Präsidenten Professor Dr. Weißmann weiterhin gute Gesundheit und ein erfolgreiches Wirken. *DH*

notar buch

Haft/Schlieffen (Hrsg.), Handbuch Mediation, C.H. Beck Verlag, München 2002, 1474 Seiten, 128 Euro

Mediation ist kein ausschließlich juristisches Thema; neben rechtlichen sind kommunikationswissenschaftliche, psychologische und soziologische Aspekte zu berücksichtigen. Dementsprechend verfolgt auch das von *Haft/Schlieffen* herausgegebene Handbuch einen interdisziplinären Ansatz und lässt neben Juristen Psychologen, Sozialpädagogen, Patentanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer zu Wort kommen.

Das Handbuch ist in sieben Kapiteln gegliedert. Das erste Kapitel befasst

sich mit den Grundlagen. Wer keine Vorstellung davon hat, was Mediation ist und wie ein Mediationsverfahren verläuft, gewinnt bei der Lektüre des von *Schlieffen* verfassten Propädeutikums, das das erste Kapitel einleitet, einen lebendigen Eindruck. Fast schon belletristisch schildert *Schlieffen* einen einfachen Mediationsfall. Dieser handelt von Bienen, Hühnern und sich streitenden Nachbarn. Der Leser hat ausreichend Gelegenheit zum Schmunzeln und gewinnt eine ungefähre Vorstellung davon, wie die Berufspraxis eines Mediators aussehen mag. Nach diesem lebhaften Einstieg werden im weiteren Verlauf des ersten Kapitels des Handbuchs vor allem die geschichtlichen Hintergründe der Mediation sowie rechtspolitische Fragen

und Grundprinzipien der Konfliktbeilegung erörtert. Das zweite Kapitel ist dem Verhandeln als Grundlage der Mediation gewidmet. In der Abhandlung von *Haft* über intuitive und rationale Verhandlung werden einige Ergebnisse der modernen Verhandlungsforschung vor- und Verhaltensregeln für eine erfolgreiche Verhandlung aufgestellt. Eine Verhandlung lässt sich danach insbesondere dann erfolgreich führen, wenn Positionen aufgelöst und Interessen erkannt und definiert werden. Unterhaltsam ist der anschließende Beitrag von *Schweizer*, der tagebuchartig von einer Reise durch die Vereinigten Staaten berichtet und gleichsam en passant Beispiele für kooperatives Verhalten gibt. Außerdem werden im zweiten Kapitel unter anderem noch

die Sozialpsychologie des Verhandelns, das interkulturelle Verhandeln sowie die Organisation von Mediationsverhandlungen untersucht. Das folgende dritte Kapitel befasst sich mit der Durchführung der Mediation. *Kracht* geht in seinem Beitrag auf die Rolle und Aufgabe des Mediators ein, der als neutraler Dritter Garant für die Prinzipien der Mediation (Freiwilligkeit, Selbstverantwortlichkeit, Informiertheit und Vertraulichkeit) ist. Weitere Beiträge befassen sich unter anderem mit der Mediation als Kommunikationsprozess, ihrer Vermarktung sowie mit ökonomischen Aspekten der Mediation.

Das vierte Kapitel handelt von Mediation und klassischen Berufsbildern. Hervorzuheben ist der Beitrag von *Walz*, der die Vertragsmediation der Notare thematisiert. *Walz* betont zwar, dem Leser nicht die berechtigte Freude darüber verderben zu wollen, dass mit der Mediation ein noch recht neues und überdies aus Amerika stammendes Verfahren endlich auch im deutschen Rechtsraum Anerkennung findet. Er

weist jedoch zu Recht darauf hin, dass notarielle Berufsausübung seit jeher zu einem nicht geringen Teil als mediative Tätigkeit beschrieben werden kann. Der Autor grenzt die Vertrags- von der Konfliktmediation ab und kommt zu dem Ergebnis, dass die Vertragsmediation eine eigenständige Form von Mediation darstellt, für die besondere Regeln gelten und die zur Zeit wohl ausschließlich von Notaren betrieben wird. Auch *Wagner* befasst sich mit dem Themenkomplex Notariat und Mediation. Er arbeitet heraus, dass die präventive Streitvermeidung und Streitbeilegung durch Notare viele Vorzüge gegenüber Angeboten anderer Berufssparten einerseits und staatlichen Angeboten andererseits aufweisen. Dabei beschränkt sich *Wagner* nicht auf das Thema Mediation, sondern er geht auch auf die Bedeutung von Schiedsvereinbarungen und die Rolle notarieller Schiedsgerichte ein.

Im fünften Kapitel werden die rechtlichen Rahmenbedingungen der Mediation erläutert. Instrukтив sind dabei die

Ausführungen zu Mediation und Verwaltungsprozess von *Ortloff*, der einen Wandel im Verwaltungsprozess feststellt und das Modell einer gerichtsverbundenen Mediation entwickelt. Das sechste Kapitel beschreibt die Arbeitsgebiete der Mediation von der Familienmediation bis zur Online-Mediation. Das siebte und letzte Kapitel des Handbuchs befasst sich mit den Möglichkeiten der Aus- und Weiterbildung.

Insgesamt bietet das Handbuch Mediation einen reichen Fundus an Informationen zu nahezu allen Fragen, die einen Bezug zum Thema Mediation aufweisen. Die Qualität der einzelnen Beiträge entspricht dem gewohnt hohen Niveau des C.H. Beck Verlages. Allerdings ist das Handbuch Mediation nicht speziell auf Notare zugeschnitten, so dass sich eine Anschaffung nur für diejenigen empfehlen wird, der einen umfassenden und vertiefenden Einblick in die Thematik gewinnen will.

*Notarassessor Dr. Thomas Schwerin,
LL. M., Berlin*

Bettendorf (Hrsg.), EDV und Internet in der notariellen Praxis, Carl Heymanns Verlag, Köln Berlin Bonn München 2002, 274 Seiten, 52 Euro

Elektronische Datenverarbeitung und elektronische Medien sind heute fester Bestandteil des Notariats. Notare können sich zugute halten, bei diesem Prozess keine Verweigerer oder Nachzügler gewesen zu sein, sondern kritische Mitgestalter.

Das Berufsrecht ist schon in der Papierzeit kein Selbstzweck. Auch neue technische Rahmenbedingungen müssen sich daran messen lassen, ob der Schutz des notariellen Verfahrens, der Schutz der Vertraulichkeit der Kommunikation und der Schutz der dauerhaften, fälschungssicheren Verkörperung notarieller und gerichtlicher Akte

gewahrt bleibt. Das Spannungsfeld zwischen dem flexiblen Einsatz neuer Techniken und der berechtigten Erwartung, dass im Notariat Sicherheits- und Qualitätsmaßstäbe gesetzt werden, durchzieht das Buch.

In einem ersten Abschnitt werden technische Aspekte und Anwendungsbereiche der EDV dargestellt, in einem zweiten die Rechtsgrundlagen sowie das Ständerecht, und in einem dritten Abschnitt runden Dokumente das Werk ab. Die Verfasser können in ihrer Darstellung nicht nur auf eigene Erfahrungen im Notariat, sondern auf ihre Tätigkeit in der Bundesnotarkammer und der Österreichischen Notariatskammer zurückgreifen. Ihnen gelingt es, in leicht lesbarer Weise durch das Thema Notariat und EDV und Internet zu führen. Neben unmittelbar umsetzbaren Hinweisen zeigen sie auch, dass

für viele Bereiche der externe Experte unerlässlich sein wird, verdeutlichen aber die Verantwortung des Notars und helfen ihm, gegenüber diesen Experten die richtigen Anforderungen zu formulieren und die richtigen Fragen zu stellen. Ein Buch aus der Praxis für die Praxis – sehr empfehlenswert!

Notarassessor Detlef Heins, Berlin