

## Die Europäische öffentliche Urkunde – ein Eckpfeiler der vorsorgenden Rechtspflege

von o. Univ.-Prof. Dr. h.c. Dr. Walter H. Rechberger, Wien

1. Auf der Basis einer Studie des CNUE (Conseil des Notariats de l'Union Européenne) kam es zur „Entschließung des Europäischen Parlaments vom 18. Dezember 2008 mit Empfehlungen an die Kommission zur europäischen öffentlichen Urkunde“. Darin findet sich die Forderung nach einer Verordnung, welche die bestehenden Rechtsakte über die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen, die auch öffentliche Urkunden mit einbeziehen (Brüssel I-VO, Brüssel II-VO, EuVTVO, EuUnterhaltsVO), ergänzen soll.

In den „ausführlichen Empfehlungen“ heißt es:

- Das gegenseitige Vertrauen in das Recht innerhalb der Gemeinschaft rechtfertigt es, dass die Verfahren zur Überprüfung der Richtigkeit von öffentlichen Urkunden im grenzüberschreitenden Bereich künftig abgeschafft werden.
- Diese Anerkennung von öffentlichen Urkunden zum Zwecke ihrer Verwendung in einem ersuchten Mitgliedstaat darf nur dann verweigert werden, wenn ernste und begründete Zweifel an ihrer Echtheit bestehen oder wenn die Anerkennung der öffentlichen Ordnung des ersuchten Mitgliedstaates widerspricht.
- Das Parlament fordert die Kommission auf, ihm nach Artikel 65 Buchstabe a und Artikel 67 Absatz 5 zweiter Spiegelstrich des EG-Vertrags einen Legislativvorschlag zur Einführung der gegenseitigen Anerkennung und Vollstreckung von öffentlichen Urkunden zu unterbreiten.
- Der Rechtsakt, der Gegenstand des Legislativvorschlags ist, muss für alle öffentlichen Urkunden in Zivil- und Handelssachen mit Ausnahme derer gelten, die sich auf unbewegliche Sachen beziehen und in einem öffentlichen Register eingetragen oder genannt werden müssen oder können. Er darf weder auf Fragen Anwendung finden, die sich auf das anwendbare Recht für öffentliche Urkunden beziehen, noch auf Fragen betreffend die Zuständigkeit, die Organisation und Struktur der Behörden und Urkundsbeamten, einschließlich des Beurkundungsverfahrens.

2. Hinsichtlich des Begriffs der öffentlichen Urkunden soll die geplante Verordnung den bestehenden Verordnungen folgen, die sich an den Kriterien orientieren, die der EuGH in der Rechtssache „Unibank“ (17.6.1997, C-260/97) entwickelt hat. Danach hängt das Zustandekommen einer öffentlichen Urkunde von der Beteiligung einer Behörde oder einer mit *imperium* ausgestatteten Stelle ab. In diesem Zusammenhang wird in der Entschließung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Institution der öffentlichen Urkunde im angelsächsischen Recht, insbesondere im englischen und walisischen Recht, und im Recht der skandinavischen Staaten nicht existiert.

Demgegenüber warnt der CCBE (Conseil des Barreaux Européens) in einem Alternativvorschlag zur Entschließung des Europäischen Parlaments vom 29. November 2008 vor einer Diskriminierung der Rechtsberufe des angelsächsischen und skandinavischen Rechts und schlägt vor, Schriftstücke mit gleichwertigen Rechtswirkungen, wie sie den kontinentaleuropäischen öffentlichen Urkunden zukommen, in die geplante Verordnung mit einzubeziehen. In Österreich soll nach den Vorstellungen der Rechtsanwaltskammer Wien ein – zu schaffender – „vollstreckbarer Rechtsanwaltsvergleich“ neben dem gerichtlichen Vergleich und dem Notariatsakt „die ideale europäische öffentliche Urkunde“ darstellen.

Eine Aufweichung des gemeinschaftsrechtlichen Begriffs der öffentlichen Urkunde durch die geplante Verordnung ist aber weder zu empfehlen noch zu erwarten. Soweit es um die Vollstreckbarkeit geht, ist zu bedenken, dass mit der Schaffung eines Vollstreckungstitels die Möglichkeit von Zwangsvollstreckungsmaß-

nahmen bezweckt wird, was es – nach österreichischen Rechtsvorstellungen, die mit jenen der „Unibank“-Entscheidung des EuGH übereinstimmen – notwendig macht, dass bei seiner Schaffung eine staatliche oder staatlich anerkannte Rechtspflegeinstanz, deren Objektivität und Unabhängigkeit garantiert ist, substantiell beteiligt ist. Da auch eine Verordnung über die „Europäische öffentliche Urkunde“ keinem Mitgliedstaat verbieten kann, an *seinem* Begriff der öffentlichen Urkunde festzuhalten, könnte zB Urkunden der *Notaries public* – sollten sie von einem (neuen) Begriff der öffentlichen Urkunde in der geplanten Verordnung erfasst werden – auf dem Kontinent trotzdem die Anerkennung unter Berufung auf den *ordre public* versagt werden. Ein „Begriffswechsel“ in der nunmehr fünften Verordnung, die öffentliche Urkunden betrifft, erscheint allerdings unwahrscheinlich.

3. Die Vollstreckbarkeit öffentlicher Urkunden ist nach Art 57 Brüssel I-VO grundsätzlich für alle (vollstreckbaren) öffentlichen Urkunden in Zivil- und Handelssachen gegeben, nach Art 46 Brüssel IIa-VO für öffentliche Urkunden in Ehesachen und in Angelegenheiten der elterlichen Verantwortung (soweit hier eine Vollstreckung überhaupt in Frage kommt), nach Art 3 Abs 1 lit d) EuVTVO für öffentliche Urkunden, in denen der Schuldner eine Geldforderung ausdrücklich anerkannt hat, und nach Art 48 Abs 1 EuUnterhaltsVO für öffentliche Urkunden in Unterhaltssachen. Auch Art 35 des kürzlich vorgelegten Entwurfs für eine VO zum Erb- und Testamentsrecht sieht die Vollstreckung öffentlicher Urkunden in diesem Bereich vor.

Im Hinblick auf die Vollstreckbarkeit besteht daher keine Notwendigkeit für eine Verordnung, die – mit den in den Empfehlungen des Europäischen Parlaments genannten Ausnahmen – für alle öffentlichen Urkunden in Zivil- und Handelssachen gelten soll.

4. Nach dem Vorbild von Art 46 Brüssel IIa-VO, Art 48 Abs 1 EuUnterhaltsVO und Art 34 des Entwurfs für eine VO zum Erb- und Testamentsrecht sehen die Empfehlungen des Europäischen Parlaments auch – und wohl vor allem – die gegenseitige Anerkennung öffentlicher Urkunden in den Mitgliedsstaaten vor. Damit stellt sich erneut die – schon seit der Brüssel II-VO diskutierte – Frage, worum es bei der „Anerkennung“ einer öffentlichen Urkunde geht.

Die „Anerkennung“ einer ausländischen öffentlichen Urkunde hat mit der Wirkungserstreckung eines ausländischen Urteils nichts gemein. Bei einer öffentlichen Urkunde stellt sich nämlich (bloß) die Frage, ob die materiell-rechtlichen Konstitutivwirkungen dieser Urkunde auch im Inland gelten. Das hängt aber vom Internationalen Privatrecht des Staates ab, in dem die Urkunde vorgelegt wird. Auch die Frage, ob die ausländische öffentliche Beurkundung eines Rechtsgeschäfts der materiellen Formvorschrift der *lex causae* für dieses Rechtsgeschäft genügt, kann nur in jedem einzelnen Fall, in dem die Urkunde eine Rolle spielt, nach eben dieser *lex causae* beurteilt werden.

Die Studie der CNUE für das Europäische Parlament schlägt zur Vermeidung von Missverständnissen im Zusammenhang mit öffentlichen Urkunden vor, „*the term ‚recognition‘ should always be defined by associating it with specific legal effects of the authentic instrument, e.g. probative value, enforceability, presumption of genuineness*“. Damit tritt aber klar zu Tage, dass eine „Anerkennung“ ausländischer öffentlicher Urkunden überhaupt nicht notwendig ist. Für ihre Vollstreckbarkeit (*enforceability*) ist durch die bestehenden und künftigen Verordnungen ausreichend gesorgt. Diese Rechtsakte gehen aber selbstverständlich auch von der Vermutung der Echtheit (*presumption of genuineness*) öffentlicher Urkunden aus, weil sie durchwegs auf eine Legalisation oder ähnliche Förmlichkeiten verzichten. Bleibt also noch die Beweiskraft (*probative value*), womit nur die *formelle* Beweiskraft gemeint sein kann, die bezeugt, dass der Aussteller der Urkunde die beurkundete Erklärung tatsächlich abgegeben hat. Nur darauf kann sich auch die Empfehlung des Europäischen Parlaments beziehen, „die Verfahren zur Überprüfung der Richtigkeit von öffentlichen Urkunden“ abzuschaffen. Es ist allerdings zu vermuten, dass eine solche Maßnahme weitgehend ins Leere ginge, weil die kontinentaleuropäischen Verfahrensordnungen ohnedies Beweisregeln für die formelle Beweiskraft öffentlicher Urkunden enthalten, deren Basis die Echtheit dieser Urkunden darstellt.

Die öffentliche Urkunde in den Civil law-Ländern Europas stellt zweifellos einen „Eckpfeiler“ der vorsorgenden Rechtspflege dar, was durch die bestehenden Verordnungen und durch geplante (weitere) „Materien“-Verordnungen unterstrichen wird. Eine Notwendigkeit für eine „allgemeine“ Verordnung über eine „Europäische öffentliche Urkunde“ besteht jedoch nicht.