

# DNotI

Deutsches Notarinstitut

**Dokumentnummer:** dsnot0019\_05  
**letzte Aktualisierung:** 02.11.2005

**OLG Dresden, 02.11.2005 - DSNot0019/05**

BNotO § 113a

**Befristete Weitergeltung von § 113a BNotO a. F. und damit Rechtmäßigkeit der Abgabenerhebung durch die Ländernotarkasse**

## Gründe:

### I.

Die Antragsgegnerin erhebt beim Antragsteller, gestützt auf § 113a BNotO i.V.m. ihrer Hauptsatzung und ihrer jeweils für das Kalenderjahr erlassenen Abgabensatzung, monatlich Abgaben. Mit Beschluss vom 13.07.2004 hat das Bundesverfassungsgericht (1 BvR 1298/94, 1299/94, 1332/95, 613/97, DNotZ 2004, 942 = NJW 2005, 45) § 39 VONot und - nach Maßgabe der Gründe gemäß § 78 S. 2 BVerfGG auch - § 113a BNotO für unvereinbar mit Art. 12 Abs. 1 GG, jedoch weiter anwendbar erklärt. Des Weiteren hat es dem Gesetzgeber aufgegeben, bis Ende des Jahres 2006 eine verfassungsmäßige Regelung zu treffen. Aus dieser Entscheidung leitet der Antragsteller ab, dass der auf einen Betrag von 3.218,00 Euro lautende, ihm am 01.07.2005 zugegangene und von ihm am 04.07.2005 angefochtene Abgabenbescheid für den Monat April 2005 rechtswidrig sei.

Der Antragsteller ist der Auffassung, wegen der Unvereinbarkeit des § 113a BNotO mit Art. 12 Abs. 1 GG fehle es bereits an einer wirksamen Errichtung der Antragsgegnerin. Aus dem gleichen Grunde seien die dem angefochtenen Abgabenbescheid zugrunde liegenden Satzungen der Antragsgegnerin nichtig. Die Weitergeltungsanordnung des Bundesverfassungsgerichts in dessen Beschluss vom 13.07.2004 beziehe sich nur auf § 39 VONot und § 113 BNotO, nicht aber auf § 113a BNotO, da die letztgenannte Vorschrift insoweit nur in den Gründen dieser Entscheidung angeführt sei.

Darüber hinaus habe das Bundesverfassungsgericht nicht darüber entschieden, ob die Errichtung der Antragsgegnerin durch Bundesgesetz den Anforderungen der Artikel 83, 84 Abs. 1 GG entspreche. Dies sei indessen nicht der Fall, was zur Folge habe, dass auch ein Verstoß gegen Art. 83 Abs. 1 SächsVerf gegeben sei. Ferner seien die Grundrechte des Antragstellers aus Art. 78 Abs. 2, Art. 38, 18 Abs. 1, Art. 31 und 15 SächsVerf verletzt. Der Senat für Notarverwaltungssachen dürfe dementsprechend die dem angefochtenen Abgabenbescheid zugrunde liegenden Satzungen nicht anwenden, zumindest aber müsse er das Verfahren gemäß Art. 81 Abs. 1 Nr. 3 SächsVerf i.V.m. Art. 100 Abs. 1 GG, § 25 SächsVerfGG aussetzen und die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes des Freistaates Sachsen einholen. Nachdem ein anderer Notar zwischenzeitlich beim Verwaltungsgericht Leipzig Klage gegen die hiesige Antragsgegnerin erhoben habe mit dem Ziel, feststellen zu lassen, dass diese nicht den Status einer Anstalt des öffentlichen Rechts und kein Abgabenerhebungsrecht gegenüber den Notaren in den neuen Ländern habe, sei wegen Voreiligkeit der dazu ausstehenden Entscheidung auch eine Aussetzung nach § 148 ZPO zu erwägen.

Über das Fehlen der gesetzlichen Grundlage hinaus sei die Abgabenerhebung durch die Antragsgegnerin in ihrer konkreten Ausgestaltung gleichheitswidrig, unverhältnismäßig und erdrosselnd. Ferner verstieße die Zwangsmitgliedschaft der Notare in den Ländern bei der Antragsgegnerin gegen Grundfreiheiten nach Art. 43 und 49 EGV, wozu gegebenenfalls eine Vorabentscheidung des EuGH nach Art. 234 EGV eingeholt werden müsse.

Der Antragsteller beantragt,

1. den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben,
2. hilfsweise das Verfahren gemäß Art. 81 Abs. 1 Nr. 3 SächsVerf i.V.m. Art. 100 Abs. 1 GG, § 25 SächsVerfGG auszusetzen und die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs des Freistaates Sachsen einzuholen,
3. gleichermaßen hilfsweise das Verfahren auszusetzen und eine Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs nach Art. 234 Abs. 1 Buchst. b EGV einzuholen,
4. weiter hilfsweise den angefochtenen Bescheid aufzuheben und die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Abgaben für den Monat April 2005 nach einer anderen, vom Senat festzusetzenden, aber verfassungsgemäßen Maßgabe festzusetzen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Anträge zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin ist der Auffassung, das Bundesverfassungsgericht habe bindend vorgegeben, dass § 113a BNotO weiter anzuwenden sei. Damit seien weder die Abgabenerhebung durch sie im Allgemeinen noch der angefochtene Abgabenbescheid im Besonderen zu beanstanden.

Zu den weiteren Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Beteiligten verwiesen. Einen Antrag des Antragstellers auf vorläufigen Rechtsschutz bis zur Entscheidung über die Hauptsache hat der Senat mit Beschluss vom 27.07.2005 zurückgewiesen. Eine hiergegen gerichtete Verfassungsbeschwerde zum Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen - Az.: 64-IV-05 (HS)/65-IV-05 (eA) - hat dieser mit Beschluss vom 29.09.2005 verworfen.

## II.

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung in Bezug auf den Abgabenbescheid für den Monat April 2005 ist form- und fristgerecht eingelegt, mithin zulässig (§ 111 Abs. 1 und Abs. 4 S. 2 BNotO, § 39 Abs. 2 S. 2, Hs. 1, § 41 Abs. 3 S. 1 BRAO). In der Sache hat er ebensowenig Erfolg wie die hilfsweise gestellten Anträge und Anregungen zum Verfahren. Der angefochtene Abgabenbescheid ist rechtmäßig (1.). Die Voraussetzungen für die in mehrfacher Hinsicht begehrte Aussetzung des Verfahrens sind nicht gegeben (2.).

1. Der auf § 113a BNotO i.V.m. mit ihrer Hauptsatzung und Abgabensatzung 2005 gestützten Abgabenerhebung durch die Antragsgegnerin steht höherrangiges Recht nicht entgegen.
  - a) Entgegen der Auffassung des Antragstellers folgt aus dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 13.07.2004 nicht die Unwirksamkeit des dem angefochtenen Verwaltungsakt zugrunde liegenden Gesetzes- und Satzungsrechts, sondern gerade das Gegenteil.

Stellt das Bundesverfassungsgericht die Unvereinbarkeit einer Norm mit dem Grundgesetz fest, folgt daraus zwar in der Regel (vgl. BVerfGE 73, 40 [101]; 87, 153 [178]; 99, 280 [298]) die Verpflichtung des Gesetzgebers, die Rechtslage rückwirkend verfassungsgemäß umzugestalten. Gerichts- und Verwaltungsbehörden dürfen dann die Norm im Umfang der festgestellten Unvereinbarkeit nicht mehr anwenden, laufende Verfahren sind auszusetzen. Ausnahmen davon hat das Bundesverfassungsgericht jedoch für den Fall anerkannt, dass ohne eine übergangsweise Fortgeltung der verfassungswidrigen Norm ein Zustand entstehen würde, der von der verfassungsmäßigen Ordnung noch weiter entfernt wäre als der beanstandete (vgl. BVerfGE 61, 319 [356]). Diese Voraussetzungen sind namentlich im Bereich haushaltswirtschaftlich bedeutsamer Normen nicht selten (vgl. BVerfGE 105, 73 [134] m.w.N.) und auch im Streitfall erfüllt.

Wie das Bundesverfassungsgericht in den Gründen des Beschlusses vom 13.07.2004 (unter D.II.) ausgeführt hat, hat die Verfassungswidrigkeit des § 113a BNotO nicht die Nichtigkeit dieser Vorschrift und die des darauf beruhenden Satzungsrechts zur Folge. Nicht nur für die abgeschlossenen Haushaltsjahre, sondern auch für eine Übergangszeit müsse verhindert werden, dass ein

rechtliches Vakuum entstehe und bei den Abgabepflichtigen Unsicherheit über die Rechtslage herrsche. Die in § 113a BNotO genannten Aufgaben könnten nicht für die Zeit der Novellierung zurückgestellt werden; sie bedürften weiterhin einer verlässlichen Finanzierung. Die Normen seien daher noch weiter anzuwenden, bis zum Ende des Jahres 2006 seien den Vorgaben der Verfassung entsprechende gesetzliche Grundlagen zu schaffen.

In Konsequenz der Fortgeltung der für unvereinbar mit Art. 12 Abs. 1 GG erklärten Normen, u.a. des § 39 VONot als Vorgängervorschrift des § 113a BNotO, hat das Bundesverfassungsgericht im Beschluss vom 13.07.2004, da "eine Gesetzesänderung mit nachfolgenden Satzungsänderungen nur für die Zukunft in Betracht kommt", die mit der Verfassungsbeschwerde des hiesigen Antragstellers angegriffenen Gerichts- und Verwaltungsentscheidungen bestehen lassen. Nichts anderes kann der Senat in Bezug auf den Abgabenbescheid der Antragsgegnerin für den Monat April 2005, der auf § 113a BNotO i.V.m. ihrer Hauptsatzung und der Abgabensatzung für das Jahr 2005 beruht, aussprechen. Denn gemäß § 31 BVerfGG hat der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 13.07.2004 Gesetzeskraft und bindet - auch hinsichtlich der ihn tragenden Entscheidungsgründe (vgl. BVerfGE 1, 14 [15, 37]; BGH, Beschluss vom 11.07.2005 - NotZ 13/05, unter II.1 m.w.N.) - den Senat.

- b) Aus den gleichen Gründen muss sich der Senat nicht erneut mit dem Einwand auseinandersetzen, die Abgabenerhebung durch die Antragsgegnerin sei in ihrer konkreten Ausgestaltung gleichheitswidrig, unverhältnismäßig und erdrosselnd. Diese Rüge, die der hiesige Antragsteller auch im Rahmen der dem vorbezeichneten Beschluss vom 13.07.2004 zugrunde liegenden Verfassungsbeschwerde erhoben hat, hat das Bundesverfassungsgericht nicht durchgreifen lassen.
- c) Die vom Antragsteller erhobenen Bedenken gegen eine wirksame Errichtung der Antragsgegnerin sind unbegründet. Denn der Bundesgesetzgeber hat die Antragsgegnerin durch die Übernahme der Regelung des § 39 VONot als partielles Bundesrecht und nachfolgend durch § 113a Abs.1 BNotO errichtet (vgl. SächsVerfGH, Beschluss vom 29.09.2005 - Vf. 64-IV-05/65-IV-05 unter II.1.a.bb; BGH, a.a.O., unter II.2.b.aa). Ob er dabei auch den Anforderungen des Art. 84 Abs. 1 GG Genüge getan hat, kann dahinstehen. Auch insoweit ist die Weitergeltungsanordnung des Bundesverfassungsgerichts im Beschluss vom 13.07.2004 für den Senat bindend (vgl. BGH, a.a.O., unter II.2.a).

- d) Eine Prüfung der dem angefochtenen Abgabenbescheid zugrunde liegenden Satzungen der Antragsgegnerin am Maßstab der Verfassung des Freistaates Sachsen führt zu keinem anderen Ergebnis.

Art. 83 Abs. 1 SächsVerf greift nur dann, wenn eine Behörde nicht - wie aber hier - bereits wirksam durch vorrangiges Bundesrecht errichtet ist (vgl. SächsVerfGH, a.a.O. m.w.N.). Im Übrigen kann dahinstehen, ob die auf § 113a BNotO beruhenden Satzungen der Antragsgegnerin mit Rücksicht auf die Gesetzeskraft und Bindungswirkung des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 13.07.2004 Gegenstand einer Prüfung am Maßstab der Sächsischen Verfassung sein könnten (bejahend für das Verhältnis der auf § 113 BNotO beruhenden Satzung der Notarkasse München zur Bayerischen Verfassung der Bayerische Verfassungsgerichtshof, Entscheidung vom 13.04.2005 - Vf. 9-VII-03, MittBayNot 2005, 330 mit abl. Anm. Binder). Denn zum einen müssten die Satzungen der Antragsgegnerin auch im Falle der Unvereinbarkeit mit der Verfassung des Freistaates Sachsen bis zur ihrer Ersetzung durch rechtlich unbedenkliche Satzungen, die erst vorgenommen werden kann, nachdem der Bundesgesetzgeber seiner Verpflichtung aus dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 13.07.2004 nachgekommen ist, weiter angewendet werden. Insoweit griffen die gleichen Erwägungen durch, die das Bundesverfassungsgericht im Beschluss vom 13.07.2004 seiner Fortgeltungsanordnung zugrunde gelegt hat. Zum anderen würde es für den Streitfall keiner Fortgeltungsanordnung durch den Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen in Bezug auf die Satzungen der Antragsgegnerin bedürfen. Ein Entscheidungsmonopol dieses Gerichts besteht gemäß Art. 81 Abs. 1 Nr. 3 SächsVerf i.V.m. Art. 100 GG nur für förmliche Gesetze, während alle anderen Gerichte des Freistaates Sachsen befugt sind, untergesetzliche Normen, wie die Satzungen der Antragsgegnerin, inzident auf deren Verfassungs- und Gesetzeskonformität zu prüfen und bei negativem Ergebnis nicht anzuwenden (vgl. Maunz/Dürig, GG, Art. 100 Rn. 7, 10). Für letzteres besteht hier aus den gesamten Gründen freilich kein Anlass.

- e) Schließlich steht das Recht der Europäischen Union einer Anwendung des § 113a BNotO und der Satzungen der Antragsgegnerin nicht entgegen.

aa) So liegt insbesondere in der Pflichtmitgliedschaft des Antragstellers bei der Antragsgegnerin kein Verstoß gegen die Grundfreiheiten nach Art. 43 und 49 EGV.

Diese erfassen lediglich grenzüberschreitende Sachverhalte, die über rechtliche Anknüpfungspunkte mit wenigstens zwei Mitgliedstaaten verbunden sind (vgl. EuGHE 1988, 2029 - Bekaert, st.Rspr.). Vor einer "Inländerdiskriminierung", also der rechtlichen Schlechterstellung inländischer Berufsträger untereinander oder gegenüber ausländischen Berufsträgern bei Berufsausübung im Inland, schützt das Gemeinschaftsrecht nicht (vgl. EuGHE 1992 I, 353 - Stehen; 1995 I, 301 - Aubertin).

Der Antragsteller ist deutscher Staatsangehöriger, lebt in der Bundesrepublik Deutschland und ist dort zum Notar bestellt. Die Pflichtmitgliedschaft der Notare in den neuen Ländern bei der Antragsgegnerin erschwert es ihm nicht, die von ihm angebotenen Dienstleistungen (und Amtsgeschäfte) auch für Angehörige eines anderen Mitgliedstaates oder in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union zu erbringen oder sich dort als Notar niederzulassen. Ebenso wenig steht diese Pflichtmitgliedschaft - im Gegensatz zu anderen notarrechtlichen Regelungen (vgl. § 5 BNotO), auf die es im Streitfall nicht ankommt - einer Tätigkeit ausländischer Notare in der Bundesrepublik Deutschland entgegen. Die weitergehende Herstellung einer wirtschaftlichen Chancengleichheit mit diesen oder mit Notaren anderer Länder der Bundesrepublik Deutschland kann der Antragsteller - entgegen seiner Auffassung - aus den Grundfreiheiten nicht ableiten. Daher kann dahinstehen, ob nicht das Notarrecht generell der Bereichsausnahme des Art. 45 (i.V.m. Art 55) EGV unterfällt (vgl. dazu Hirsch, DNotZ 2000, 729, 736 f.).

bb) Soweit der Antragsteller zuletzt die Rechtmäßigkeit der Pflichtmitgliedschaft auch in Ansehung der kartellrechtlichen Regelungen der Art. 81 ff. EGV in Zweifel zieht, ist der EuGH (EuGHE 2000 I, 6451 - Pavlov u.a.) entsprechenden Erwägungen in Bezug auf den vergleichbaren Fall der in den Niederlanden geltenden Pflichtmitgliedschaft von Ärzten in einer Pensionskasse nicht gefolgt.

2. Die auf Aussetzung des Notarverwaltungsverfahrens gerichteten (Verfahrens-)Anträge und Anregungen haben ebenfalls keinen Erfolg.
  - a) Die Einholung einer Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes des Freistaates Sachsen nach Art. 81 Abs. 1 Nr. 3 SächsVerf i.V.m. Art. 100 Abs. 1 GG, § 25 SächsVerfGG kommt schon deshalb nicht in Betracht, da nur ein Landesgesetz Gegenstand einer entsprechenden Vorlage sein kann. Während § 113 a BNotO Teil des Bundesrechts ist, handelt es sich bei der Hauptsatzung und der Abgabensatzung der Antragsgegnerin um untergesetzliche Rechtsvorschriften.

Unter Landesgesetz im Sinne des Art. 81 Abs. 1 Nr. 3 SächsVerf ist aber, wie sich aus dem abweichenden Wortlaut des Art. 81 Abs. 1 Nr. 2 SächsVerf in Bezug auf die abstrakte Normenkontrolle ("Landesrecht") und der Verweisung auf Art. 100 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 1, 184 [201]) ergibt, ein Gesetz im förmlichen Sinne zu verstehen.

- b) Die Voraussetzungen für eine Aussetzung entsprechend § 148 ZPO sind ebenfalls nicht gegeben.

Das Ergebnis der vom Antragsteller insoweit angeführten, von einem anderen Notar beim Verwaltungsgericht Leipzig erhobenen Feststellungsklage kann für die Entscheidung des Senats im vorliegenden Notarverwaltungsverfahren schon deshalb nicht vorgreiflich sein, weil der hiesige Antragsteller am dortigen Verwaltungsstreitverfahren nicht beteiligt ist. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Leipzig wirkt - wie die des Senats auch - nur zwischen den am Verfahren Beteiligten (§§ 121, 63 VwGO). Der Antragsteller könnte sich dementsprechend hier auf die ausstehende Entscheidung des Verwaltungsgerichts Leipzig selbst dann nicht berufen, wenn dieses den dort gestellten Anträgen auf Feststellung, dass die hiesige Antragsgegnerin nicht den Status einer Anstalt des öffentlichen Rechts und kein Abgabenerhebungsrecht gegenüber den Notaren in denen neuen Ländern habe, entsprechen würde. Im Übrigen bezweifelt der Senat, dass für die vorbezeichnete Feststellungsklage der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet ist.

- c) Schließlich ist für die Einholung einer Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs nach Art. 234 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 EGV kein Raum.

Der vom Antragsteller insoweit benannte Buchst. b des Art. 234 Abs. 1 EGV ist schon nicht einschlägig, da es sich bei § 113a BNotO und den Satzungen der Antragsgegnerin nicht um Handlungen von Organen der Gemeinschaft handelt. Aber auch die Frage der Auslegung von Gemeinschaftsrecht gemäß Art. 234 Abs. 1 Buchst. a i.V.m. Abs. 2 EGV in Bezug auf die vom Antragsteller angeführten Regelungen der Art. 43 und 49 EGV stellt sich dem Senat nicht. Der Anwendungsbereich des Art. 234 Abs. 2 EGV ist nicht eröffnet, wenn die betreffende gemeinschaftsrechtliche Bestimmung bereits Gegenstand einer Auslegung durch den EuGH war (vgl. Geiger, EUV/EGV, 4. Aufl., Art. 234 EGV Rn. 16). Dieser hat indes - wie ausgeführt - mehrfach entschieden, dass die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit auf Inlandssachverhalte keine Anwendung finden.

### III.

Die Pflicht des Antragstellers, die Gerichtsgebühren zu tragen, ergibt sich aus § 111 Abs. 4 S. 2 BNotO i.V.m. § 201 Abs. 1 BRAO. Bezüglich der außergerichtlichen Kosten verbleibt es bei dem aus § 13 a Abs. 1 S. 1 FGG zu entnehmenden Grundsatz, wonach jeder der Beteiligten seine Aufwendungen zur Erledigung der Angelegenheit selbst zu tragen hat. Eine abweichende Anordnung unter Billigkeitsgesichtspunkten kommt hier nicht in Betracht, da der Senat von dem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 11.07.2005 (NotZ 13/05) im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung noch keine Kenntnis hatte und ihn deshalb nicht zum Gegenstand derselben machen konnte. Für weitere Notarverwaltungsverfahren zwischen den Beteiligten, die gleich gelagerte Sachverhalte betreffen und zukünftig eingeleitet oder wieder aufgenommen werden, mag anderes gelten.

### IV.

Die Festsetzung des Geschäftswerts folgt aus § 111 Abs. 4 S. 2 BNotO, § 202 Abs. 2 BRAO, § 30 Abs. 2 KostO.