Das deutsche Notariat auf dem europarechtlichen Prüfstand – Das Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen des Zugangs zum Notarberuf

Marie-Christine Fuchs*

Inhalt

A. Einführung 145

B. Problemaufriss: Rechtsfolgen einer eventuellen Anwendung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit auf das Amt des Notars 147

I. Niederlassungsfreiheit 147

II. Dienstleistungsfreiheit 149

III. Richtlinien zur Verwirklichung der Grundfreiheiten 154

IV. Zwischenergebnis 155

C. Bisherige Positionierung der EG gegenüber den Notaren bis hin zum aktuellen Vertragsverletzungsverfahren 156

D. Die Bereichsausnahme des Art. 45 Abs. 1 EGV: Was ist eine Tätigkeit, die mit der Ausübung von öffentlicher Gewalt verbunden ist? 159

I. Die Auslegung der Tatbestandsmerkmale des Art. 45 EGV 160

1. Das Tatbestandsmerkmal „Tätigkeiten“ 161

2. Das Tatbestandsmerkmal „Ausübung öffentlicher Gewalt“ 162

a) Festlegung der Auslegungsmethode bezüglich des Merkmals „öffentliche Gewalt“ 162

(1) Prüfung des Tatbestandsmerkmals aus rein nationaler Perspektive 162

(2) Prüfung des Tatbestandsmerkmals aus rein gemeinschaftsrechtlicher Perspektive 163

(3) Zweistufige Prüfung 164

(4) Stellungnahme 164

* Ass. iur. Marie-Christine Fuchs LL.M. ist Assessorin in Hamburg. Der vorliegende Beitrag ist die überarbeitete Fassung der Magisterarbeit, die die Verfasserin im Rahmen des Aufbaustudienganges „Europäische Integration“ am Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Sektion Rechtswissenschaften, Ende 2007 angefertigt hat.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Abstrakte Begriffsbestimmung der „öffentlichen Gewalt“ anhand der Rechtsprechung des EuGH 167
(1) Analyse der Rechtsprechung des EuGH 167
(2) Interpretationsansätze der Kommission 171
(3) Interpretationsversuche in der Literatur 171
(4) Zusammenfassung: Versuch einer Begriffsdefinition der „öffentlichen Gewalt“ 172
II. Rechtsfolgen des Art. 45 EGV 174
E. Anwendung der gefundenen Kriterien auf die diversen Betätigungsfelder des Notars 176
I. Hoheitliche Ausgestaltung der Notartätigkeit in Deutschland? 176
II. Subsumption der diversen Notartätigkeiten unter den Begriff der „öffentlichen Gewalt“ 178
1. Beurkundungstätigkeit 178
2. Beglaubigungstätigkeit 185
3. Beratungstätigkeit 186
4. Andere Tätigkeiten des Notars 187
III. Problem der Abtrennbarkeit einzelner Tätigkeiten 188
F. Anhaltspunkte zur aktuellen Einordnung der Notartätigkeit durch EG-Organe 190
G. Möglichkeit des freiwilligen Verzichts auf den Staatsangehörigkeitsvorbehalt und die freiwillige Umsetzung der Richtlinie 2005/36 EG durch den nationalen Gesetzgeber 194
H. Der Staatsangehörigkeitsvorbehalt des § 5 BNotO im Lichte des Art. 12 EGV 196
I. Anwendbarkeit des Art. 12 EGV entgegen dem Grundsatz der Subsidiarität gegenüber spezielleren Diskriminierungsverboten in Form der Grundfreiheiten? 196
II. Verletzung des Art. 12 EGV durch § 5 BNotO 200
III. Übertragbarkeit des Ergebnisses auf das Erfordernis eines deutschen Staatsexamen als Zugangsbedingung zum Notarberuf? 203
I. Zusammenfassung und Ausblick 204

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

A. Einführung

Nun ist es also so weit: Die deutsche Notariatsverfassung steht nach jahrzehntelanger Diskussion erneut auf dem europarechtlichen Prüfstand. Diesmal ist es der EuGH, der über die Zukunft nicht nur des deutschen, sondern des gesamten lateinischen Notariatsystems[1] zu befinden hat. Denn im Juni diesen Jahres leitete die Kommission den letzten Schritt des in Art. 226 EGV normierten Vertragsverletzungsverfahrens ein und verklagte unter anderen Deutschland vor dem höchsten europäischen Gericht. In ihrer Klage, die Mitte Februar 2008 anhängig wurde[2], machte sie Deutschland zum Vorwurf, dass § 5 BNotO, der das Amt des Notars in Deutschland deutschen Staatsangehörigen vorbehält, ebenso wie § 11a BNotO gegen die europäische Dienst- und Niederlassungsfreiheit verstößt. Ebenso sei die Nichtumsetzung der Diplomanerkennungsrichtlinie[3] europarechtswidrig.

Die Vertreter des Notarstandes in Deutschland sehen dies mit Unterstützung der Bundesregierung, wie auch die meisten anderen Mitgliedstaaten Kontinentaleuropas, ganz anders: Der Beruf des Notars, besonders dessen Haupttätigkeit, die öffentliche Beurkundung, sei mit der Ausübung von Hoheitsgewalt verbunden und unterfalle somit schon gar nicht den Grundfreiheiten.[4] Der Notar nehme als einer der Hauptakteure auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege als Inhaber eines öffentlichen Amtes originäre Staatsaufgaben wahr.[5] Dabei ist darauf hinzu-

---

1 Das lateinische Notariatssystem, das in den meisten kontinentaleuropäischen Ländern vorherrscht, zeichnet sich dadurch aus, dass man sich im Rechtsverkehr, im Wesentlichen auf den Gebieten des Immobiliarsachenrechts, Gesellschaftsrechts und Erb- und Familienrechts zu Beweiszwecken besonders gestalteter Urkunden bedient, die als öffentliche Urkunden bezeichnet werden und mit einem besonderem Beweiswert ausgestattet sind. Zur Ausstellung dieser Urkunden haben die Rechtsordnungen der kontinentaleuropäischen Länder das Amt des Notars geschaffen, das vom Staat eingerichtet wird, in die Organisation der Rechtspflege einbezogen und deshalb vom Staat gelenkt und überwacht wird. Kennzeichnend für das lateinische Notariatssystem ist mithin, dass der Notar ein öffentliches Amt bekleidet, kraft dessen er befähigt ist, mit öffentlichem Glauben ausgestattete Urkunden zu errichten. Das lateinische Notariatssystem ist zu unterscheiden vom Notariatssystem des anglosächsischen Rechtskreis, zu dem im Bereich der Europäischen Union neben Großbritannien und Irland auch das Notariatssystem Dänemarks zu zählen ist. Dort fehlt das Rechtsinstrument der öffentlichen Urkunde. Deshalb bedarf es auch nicht des öffentlichen Amtes des Notars. Der englische „solicitor" ist vielmehr ein freiberuflicher Spezialist für Vertragsgestaltung, dem die Unparteilichkeit des lateinischen Notars fehlt.

2 http://www.anwaltverein.de/downloads/europa-im-ueberblick/EiUe-06-2008.pdf?PHPSESSID=fff1dd9f879232e35c11b9365b592fc5 (10.3.2008); Das Aktenzeichen des EuGH lag bis zum heutigen Zeitpunkt noch nicht vor.

3 Richtlinie 89/48/EWG, ABl. Nr. L 19 v. 24.1.1989, S. 16.

4 Siehe u.a. *Hergeth*, Europäisches Notariat und Niederlassungsfreiheit nach dem EG-Vertrag, S. 85 ff.; *Schippel*, Das deutsche Notariat als Gegenstand europäischer Rechtssetzung, in: Fs. für Lerche, S. 499 ff.

5 *Ott*, Das Notariat im Spannungsfeld von überliefertem Rechtsstatus und wirtschaftlicher Entwicklung, DNotZ 2001, Sonderheft, S. 83.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

weisen, dass in Deutschland das Amt des Notars bis auf einige wenige Ausnahmen entweder als Nurnotariat oder als Anwaltsnotariat ausgeübt wird.[6] Im zweiten Fall wird das Notaramt von einem freiberuflichen Rechtsanwalt mitbesorgt, jedoch übt dieser dann zwei getrennte juristische Berufe aus. Soweit der Anwaltsnotar als Notar tätig wird, handelt es sich hierbei um eine eigenständige, nur nach dem Berufsrecht der Notare zu beurteilende Tätigkeit.[7] Die nachfolgenden Betrachtungen gelten deshalb für beide Formen des Notariats gleichermaßen.

Kernproblem der vorliegenden Arbeit ist mithin, ob die europäischen Grundfreiheiten auf Notare anwendbar sind oder ob deren Tätigkeit insoweit mit der Ausübung von Hoheitsgewalt verbunden ist, als dass gemäß Art. 45 EGV die Notarverfassung in der souveränen Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten verbleiben muss. Kann das Europarecht nun auch den „Schutzzaun", den der deutsche Gesetzgeber um die Berufs- und Standesordnung der Notare gezogen hat, durchlöchern[8], genauso wie es z.B. beim Standesrecht der Anwälte der Fall war? Oder sind die Notaraufgaben denen der Richter dafür zu ähnlich? Das deutsche Notariat befindet sich also gegenwärtig am Scheideweg zwischen Rechtspflege und Rechtsbesorgungsmarkt[9], zwischen öffentlichem Amt und freier Dienstleistung. Klar ist, dass sich auch diese vormalige Bastion staatlicher Hoheitsgewalt einer zunehmenden Europäisierung nicht verschließen kann: Die Vollendung des Binnenmarkts, insbesondere die Durchführung der Bestimmungen über die Grundfreiheiten, führt zu einer verstärkten Mobilität der Rechtssubjekte und einem vermehrten Austausch von Urkunden, Akten und Verträgen, was eine erhebliche Zunahme der Notarstätigkeit innerhalb aller Mitgliedstaaten der EG mit sich bringt.[10] So werden schon heute viele Teilbereiche des Notarrechts von europarechtlichen Regelungen beeinflusst. Bisher ist aber die eigentliche Notarverfassung eine „Bastion" nationalstaatlicher Regelung geblieben. Besonders im Bereich des europäischen Wettbewerbsrechts gibt es Konfliktpotenziale mit dem notariellen Standesrecht. Diese sollen bei den folgenden Betrachtungen jedoch außen vor bleiben. Untersucht werden soll das Notarrecht einzig unter dem Blickwinkel der Grund-

6 *Bracker*, in: Schippel/Bracker, Kommentar zur Bundesnotarordnung, 8. Aufl. 2006, § 3 BnotO, Rdnr. 10 ff.; *Lerch*, in: Arndt/Lerch/Sandkühler, Kommentar zur Bundesnotarordnung, 6. Aufl. 2007, § 3 BNotO, Rdnr. 13 ff.

7 BVerfGE 17, 380 f.; *Fischer*, Die Rechtsstellung des deutschen Notars im Recht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, DNotZ 1989, S. 496 f.

8 *Basedow*, Zwischen Amt und Wettbewerb – Perspektiven des Notariats in Europa, RabelsZ 1991, S. 410.

9 *Eue*, Notariat am Scheideweg: Rechtspflege oder Rechtsbesorgungsmarkt, in: Fs. für Schippel, S. 599.

10 Entschließungsantrag des Europäischen Parlaments v. 18.2.1994 zur Lage und Organisation des Notarstands in den zwölf Mitgliedstaaten der Gemeinschaft, ABl. Nr. C 44 v. 14.2.1994, S. 36, Ziffer 1.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

freiheiten und der Diskriminierungsverbote des EGV. Auch sollen die folgenden Betrachtungen auf die Vereinbarkeit des deutschen Notarrechts mit Europarecht beschränkt bleiben.

B. Problemaufriss: Rechtsfolgen einer eventuellen Anwendung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit auf das Amt des Notars

Bevor auf die Frage näher eingegangen wird, ob der Notarberuf die Ausübung von Hoheitsgewalt mit sich bringt, soll zunächst festgestellt werden, welche Konsequenzen die Anwendung der Grundfreiheiten für die deutsche Notarverfassung haben könnte. Denn diese wären wohl weitaus umfangreicher als es der aktuelle Vertragsverletzungsvorwurf vermuten lässt.[11] In diesem bemäkelt die Kommission nämlich „nur" den Staatsangehörigkeitsvorbehalt für deutsche Notare aus § 5 BNotO und die Nichtumsetzung der Diplomanerkennungsrichtlinie. Wenn nur diesem Vorwurf abgeholfen werden müsste und Bewerber anderer Nationalität oder mit einem dem Staatsexamen vergleichbaren Studienabschluss zugelassen werden müssten[12], würde dies das System des lateinischen Notariats zwar verändern, es aber noch nicht in seinen Grundzügen erschüttern. Es wäre jedoch blauäugig und realitätsfern, würde man diese Vorwürfe isoliert betrachten. Denn ist der Stein einmal ins Rollen gebracht und das Notarrecht den Grundfreiheiten unterstellt, wird es mit großer Wahrscheinlichkeit kein großer Schritt mehr sein, bis die Kommission auch andere Vorschriften der Notariatsverfassung ins Visier nehmen wird. Schließlich ist an der Eröffnung eines Binnenmarkts für Urkundstätigkeiten nicht nur der Kommission, sondern auch ausländischen Rechtsberatern wegen deren Lukrativität einiges gelegen.[13]

I. Niederlassungsfreiheit

Gemäß Art. 43 EGV genießt jeder EU-Bürger die Freiheit, in einem anderen Mitgliedstaat selbständig erwerbstätig zu werden.[14] Niederlassung bedeutet mithin die

---

11 *Preuß*, Europarechtliche Probleme der deutschen Notariatsverfassung, ZEuP 2005, S. 299.

12 *Fischer*, (Fn. 7), S. 471.

13 *Preuß*, (Fn. 11), S. 299.

14 *Scheuer*, in: Lenz/ Borchardt, Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, 4. Aufl. 2006, Art. 43 EGV, Rdnr. 2; *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der europäischen Union, 2. Aufl. 2002, Rdnr. 733; *Bieber/Epiney/Haag*; Die Europäische Union – Europarecht und Politik, 6. Aufl. 2005, § 15, Rdnr. 4.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbeschränkte Zeit.[15] Erfasst werden davon besonders freie Berufe und gewerbliche Tätigkeiten. Die Kommission bezeichnete in ihrer Mitteilung von 9. Februar 2004 „Bericht über den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen" die Notare als Freiberufler mit selbstständiger wirtschaftlicher Tätigkeit.[16] Auch der EuGH vertrat diese Auffassung: Die Notare stünden nicht in einem Unterordnungsverhältnis zum Staat, da sie nicht in die öffentliche Verwaltung eingegliedert seien und ihre Tätigkeit für eigene Rechnung und in eigener Verantwortung ausübten.[17] Lediglich in Baden-Württemberg gibt es im OLG-Bezirk Karlsruhe und Stuttgart neben den freiberuflichen auch verbeamtete Notare als sogenannte Richternotare oder Bezirksnotare.[18] Diese unselbstständige Form der Berufsausübung unterstünde, wenn nicht Art. 39 Abs. 4 EGV greifen würde, der Arbeitnehmerfreizügigkeit.[19] Diese Form soll aber wegen ihrer geringen zahlenmäßigen Erheblichkeit in den folgenden Betrachtungen außen vor bleiben.

Die Niederlassungsfreiheit enthält zum einen ein Verbot jedweder direkter und indirekter Diskriminierung von Niederlassungswilligen aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit.[20] Das Staatsangehörigkeitsgebot für Notare in Deutschland wäre eine solche Diskriminierung. Darüber hinaus wird Art. 43 EGV ganz im Sinne einer Konvergenz der Grundfreiheiten wie die Warenverkehrsfreiheit auch als ein reines Beschränkungsverbot verstanden.[21] Eine nationalstaatliche Norm, die sowohl für Inländer als auch für Ausländer gilt, verletzt auch dann die Niederlassungsfreiheit, wenn sie geeignet ist, deren „Ausübung zu behindern oder weniger attraktiv zu machen", es sei denn, die beschränkende Regelung wird „in nichtdiskriminierender Weise angewandt, ist aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt, zur Erreichung des Ziels geeignet und geht nicht über das hinaus, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist".[22] Nach der Logik der „Gebhard"-Recht-

15 EuGH, Rs. C-42/92, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165, Rdnr. 25; EuGH Rs. C-221/89, *Factortame*, Slg. 1991, I-3905.

16 Bericht der Kommission über den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen, KOM (2004) 83, S. 5.

17 EuGH Rs. 235/85, *Kommission/Niederlande*, Slg. 1987, 1471 ff., 1488; *Hirsch*, Die Europäisierung der freien Berufe, DNotZ 2000, S. 734.

18 *Bracker*, in: Schippel/Bracker, (Fn. 6), § 3 BNotO, Rdnr. 19; *Lerch*, in: Arndt/Lerch/Sandkühler, (Fn. 6), § 3 BNotO, Rdnrn. 25 und 32; *Stürner*, Die notarielle Urkunde im europäischen Rechtsverkehr, DNotZ 1995, S. 347.

19 *Fischer*, (Fn. 7), S. 475.

20 EuGH, Rs. C-221/89, *Factortame*, Slg. 1991, I-3905; *Borchardt*, (Fn. 14), Rdnr. 738; *Brechmann*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zum EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 43 EGV, Rdnr. 20 ff.

21 EuGH, Rs. C-19/92, *Kraus*, Slg. 1993, I-1663, Rdnr. 32; EuGH, Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165, Rdnr. 37; EuGH, Rs. C-250/95, *Futura*, Slg. 1997, I-2471, Rdnr. 26.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sprechung stellen so ein Großteil der Normen der BNotO, faktisch das gesamte Standes- und Berufsrecht der Notare, Beschränkungen für EG-Ausländer dar, die sich in Deutschland als Notare niederlassen wollen, auch wenn diese Beschränkungen gleichermaßen für Deutsche gelten. Beschränkungen wie das Erfordernis der Befähigung zum Richteramt aus § 5 BNotO und Einschränkungen bezüglich der Verbindungen zur gemeinsamen Berufsausübung (§ 9 BNotO) bedürften der Rechtfertigung. Auch das Prinzip der quantitativen Beschränkung der Notarstellen wäre möglicherweise nicht mehr haltbar, ebenso wie die erwünschte Ortsbindung des Notars an seinen Wohnsitz nach § 10 Abs. 2 BNotO. Gesetzt den Fall, dass die Ortsbindung nicht aus Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden kann, könnte sich ein ausländischer Notar gemäß seinem Recht aus Art. 43 EGV an einem beliebigen Ort in Deutschland als Notar niederlassen, ohne einer Ortsbindung zu unterliegen. Auf den in Deutschland ansässigen deutschen Notar ist die Niederlassungsfreiheit, deren Gewährung stets einen grenzüberschreitenden Sachverhalt erfordert, nicht anwendbar. Er bliebe weiterhin an die Beschränkungen der BNotO gebunden. Um dieses Phänomen der sogenannten Inländerdiskriminierung zu vermeiden, müsste der deutsche Gesetzgeber reagieren und die entsprechenden Vorschriften der BNotO abändern.

Grundsätzlich ist jedoch bezüglich der Niederlassungsfreiheit zu sagen, dass ein EG-Ausländer, der sich in Deutschland als Notar niederlassen will, den deutschen Berufsregeln für Notare zumindest insofern unterworfen sein wird, als dass diese durch Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt sind.

Denn für die Niederlassung gilt weiterhin das Standesrecht des Aufnahmelandes.[23] Die Niederlassungsfreiheit würde es dann EU-Bürgern mit einer dem deutschen Notar vergleichbaren Ausbildung erlauben, in Deutschland Notar zu werden, was aber den Beruf des Notars an sich nicht gefährden würde. Viel einschneidender und problematischer für den Notarberuf wäre jedoch die Anwendung der Dienstleistungsfreiheit, für die im Idealfall das Herkunftslandprinzip gilt.

II. Dienstleistungsfreiheit

Von der Dienstleistungsfreiheit werden alle Tätigkeiten erfasst, die zeitlich beschränkt und in der Regel gegen ein Entgelt ausgeübt werden und in irgendeiner Form eine Binnengrenze der Gemeinschaft überschreiten.[24] Von der Niederlas-

---

22 EuGH, Rs. C-19/92, *Kraus*, Slg. 1993, I-1663, Rdnr. 32; EuGH, Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165, Rdnr. 37.

23 *Calliess*, Europäischer Binnenmarkt und europäische Demokratie: Von der Dienstleistungsfreiheit zur Dienstleistungsrichtlinie – und wieder Retour?, DVBl. 2007, S. 338.

24 *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 20), Art. 49 EGV, Rdnrn. 7 ff.; *Borchardt*, (Fn. 14), Rdnr. 759; *Hakenberg*, in: Lenz/Borchardt, (Fn. 14), Art. 49 EGV, Rdnr. 7 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sungsfreiheit unterscheidet sie sich mithin durch die zeitlich beschränkte Ausübung der Tätigkeit.[25] Artikel 49 EGV gewährt dabei nicht nur die aktive Dienstleistungsfreiheit[26], also die Möglichkeit für den Dienstleistungserbringer, die Grenze zu überschreiten, sondern umgekehrt auch die passive Dienstleistungsfreiheit, also die Möglichkeit für den Kunden, zum ausländischen Anbieter zu gehen.[27] In neuerer Zeit ist sogar der Fall erfasst, dass nur das unkörperliche Produkt die Grenze überschreitet, Dienstleistungserbringer und -empfänger aber an ihrem Heimatort verbleiben (sogenannte Korrespondenzdienstleistungen)[28] oder dass Dienstleistungsempfänger und -erbringer sich zusammen in einen anderen Mitgliedstaat begeben.[29]

Beim Notarberuf wird allerdings nur die aktive und passive Dienstleistungsfreiheit relevant, also entweder der Fall, dass ein Notar in einem anderen Mitgliedstaat einen Klienten aufsucht oder der Fall, dass der Klient einen Notar in einem anderen Mitgliedstaat aufsucht. Auch hier ist jedwede direkte oder indirekte Diskriminierung ausländischer Dienstleistungswilliger aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten. So würde z.B. das Ortserfordernis in § 10 Abs. 2 BNotO eine solche indirekte Diskriminierung darstellen, weil es die Ausübung des Notarberufs von einer Niederlassung in Deutschland, genauer gesagt am Ort der Notarstelle, abhängig macht. Ein solches Niederlassungserfordernis macht einem EU-Ausländer die Erbringung seiner notariellen Dienstleistung in Deutschland faktisch unmöglich.[30] Ähnliche Niederlassungserfordernisse für andere Berufe wurden so vom EuGH für unberechtigt erklärt.[31] Das Gleiche gilt für § 11a BNotO, nach dem ein ausländischer Notar in Deutschland nur auf Ersuchen eines inländischen Notars und nur, um diesem kollegiale Hilfe zu leisten, tätig werden darf. Aber auch die Dienstleistungsfreiheit wird mittlerweile als reines Beschränkungsverbot verstanden[32], die alle Anforderungen verbietet, die „in anderer Weise geeignet sind, die

---

25 EuGH, Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165; EuGH, Rs. C-3/95, *Reisebüro Broede*, Slg. 1996, I-6511, Rdnr. 21; *Drasch*, Notariat und Niederlassungs-/Dienstleistungsfreiheit, MittBayNot 2000, S. 281; *Schütz/Bruha/König*, Casebook Europarecht, 2004, S. 716.

26 EuGH, Rs. 33/74, *van Binsbergen*, Slg. 1974, 1299; *Geiger*, Kommentar zum EUV/EGV, 4. Aufl. 2004, Art. 50 EGV, Rdnr. 6.

27 EuGH, Rs. 186/87, *Cowan*, Slg. 1989, 195; EuGH, Rs. 286/82 und 26/83, *Luisi und Carbone*, Slg. 1984, 377; EuGH, Rs. C-388/01, *Italienische Museen*, Slg. 2003, I-721, EuZW 2003, S. 186.

28 EuGH, Rs. C-384/93, *Alpine Investments*, Slg. 1995, I-1141; EuGH, Rs. 352/85, *Bond van Adverteeders*, Slg. 1988, 2085.

29 EuGH, Rs. C-154/89, *Fremdenführer*, Slg. 1991, I-659.

30 *Fleischhauer*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und notarielles Berufsrecht, DNotZ 2002, S. 351.

31 EuGH, Rs. C- 222/95, *Parodi*, Slg. 1997, I-3899, Rdnr. 31; EuGH, Rs. 33/74, *van Binsbergen*, Slg. 1974, 1299, Rdnrn. 10 und 12.

32 Seit EuGH, Rs. 33/74, *van Binsbergen*, Slg. 1974, 1299; EuGH, Rs. C-76/90, *Säger*, Slg. 1991, I-4221.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Tätigkeit des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnlich Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen".[33] Auch diese Beschränkungen sind jedoch zulässig, wenn sie aus verhältnismäßigen zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind. So ist – für den Notarberuf von Relevanz – unter anderen die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege als ein solcher Grund anerkannt worden.[34]

Im Gegensatz zur Niederlassungsfreiheit gilt bei der Dienstleistungsfreiheit nach der Rechtsprechung des EuGH das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, für das häufig der Begriff des Herkunftslandprinzips synonym verwendet wird.[35] Hat der Dienstleistungserbringer einmal die Berufserfordernisse seines Heimatstaats erfüllt, sind Beschränkungen des Empfangsstaats nur dann verhältnismäßig, wenn sie durch ein Allgemeininteresse gerechtfertigt sind und diesem Interesse nicht bereits durch eine Norm des Niederlassungsstaats Rechnung getragen wird.[36] Die Anwendung dieses Prinzips würde bezogen auf den Notarberuf, wegen der unterschiedlichen Ausgestaltung desselben in den Mitgliedstaaten, erhebliche Probleme mit sich bringen.[37] Generell hat der Notar in den kontinentaleuropäischen Ländern eine ganz andere Funktion und Tradition als z.B. der englische *notary public*, der nur dem Namen nach Notar und kein freiberuflicher öffentlicher Amtsträger ist, sondern eine verbeamtete Urkundsperson.[38] Auch ist dort die zwingende Mitwirkung des Notars an Grundstücksrechtsgeschäften nicht vorgesehen.[39] Einem englischen Notar ist z.B. Werbung erlaubt, einem deutschen nach § 29 BNotO aber verboten.[40] Der englische Notar könnte dann in Deutschland für die Erbringung seiner Dienstleistungen werben, weil § 29 BNotO auf ihn nicht anwendbar wäre, es sei denn, dessen Anwendung ist aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt. Dies würde gegenüber den deutschen Notaren zu Wettbewerbsverzerrungen führen. Das gleiche Problem stellt sich bezüglich des Verbots

---

33 St. Rspr: u.a. EuGH, Rs. C-58/98, *Corsten*, Slg. 2000, I-7919, Rdnr. 33; siehe auch *Calliess*, (Fn. 23), S. 338.

34 EuGH, Rs. C-384/93, *Alpine Investments*, Slg. 1995, I-1141, Rdnr. 49; EuGH, Rs. C-3/95, *Reisebüro Broede*, Slg. 1996, I-6511.

35 *Kahl*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 20), Art. 14 EGV, Rdnr. 22; *Müller/Graff*, in: Streinz, Kommentar zum EUV/EGV, 2003, Art. 49 EGV, Rdnr. 112 f.; dafür, dass die beiden Begriffe verschiedene Bedeutung haben, siehe: *Calliess*, (Fn. 23), S. 340.

36 Ibid., S. 339; *Basedow*, (Fn. 8), S. 431.

37 *Richter*, EG-Recht und deutsches Notariat – Versuch einer Standortbestimmung vor der Verwirklichung des Binnenmarkts, MittBayNot 1990, S. 1; *Eule*, Europäische Rechtsentwicklung im Berufsrecht, ZNotP 2002, S. 174; *Heinz*, Europa – Chance oder Bedrohung für unser Notariat?, AnwBl. 2000, S. 572.

38 *Fleischhauer*, (Fn. 30), S. 356; *Stürner*, (Fn. 18), S. 346; *Richter*, (Fn. 37), S. 7.

39 *Basedow*, (Fn. 8), S. 412.

40 *Stürner*, (Fn. 18), S. 347.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

von Gebührenvereinbarungen nach § 140 KostO, das für deutsche Notare gilt, in England aber kein Pendant hat. Sogar in Frankreich, dem Herkunftsland des lateinischen Notariats, ist seit einem Dekret von 1986 eine Honorarvereinbarung zumindest bei Beratungen durch den Notar erlaubt.[41] Weiterhin stellt sich die Frage, wie die staatliche Aufsicht der Notare, die in den §§ 92 ff. BNotO vorgesehen ist, Tätigkeiten von ausländischen Notaren in Deutschland überwachen will, die nur kurzfristig, vielleicht nur einmalig in Deutschland tätig sind. Auch können sich seit einem Gesetz von 1990[42] die Notare in Frankreich mit anderen Notaren oder auch mit Rechtsanwälten und Steuerberatern zu Kapitalgesellschaften verbinden, was den deutschen Notaren gemäß § 9 BNotO untersagt ist. So herrscht schon innerhalb der Länder des lateinischen Notariats ein „Rechtsschutzgefälle".[43] Falls also die Dienstleistungsfreiheit auf Notare Anwendung fände, bedürfte es erheblicher Regulierungsmaßnahmen seitens der EU, um diesen Folgeproblemen Herr zu werden.

Die größte Schwierigkeit bei der Eröffnung der Dienstleistungsfreiheit stellt jedoch die Eröffnung eines „Urkundsbinnenmarktes" oder die „Freizügigkeit der notariellen Urkunde"[44] dar. Ausländische Notare könnten in Deutschland ohne jede staatliche Kontrolle beurkunden und umgekehrt käme dieses Recht auch deutschen Notaren im Ausland zu. Herkömmlich leitet sich jedoch jede Urkundsgewalt des Notars als Akt der öffentlichen Gewalt aus der Souveränität des sie ihm verleihenden Staates ab. In diesem Punkt tritt mithin die Dienstleistungsfreiheit in einen nur schwer aufzulösenden Konflikt mit den völkerrechtlichen Grundsätzen der Staatensouveränität und des Territorialitätsprinzips, nach dem die Beurkundungskompetenz der Notare an der Staatsgrenze endet.[45] Diesen zufolge sind alle Beurkundungsakte außerhalb des Gebiets des Bestellungsstaats völkerrechtswidrig und damit unwirksam, wenn dieser ihnen nicht freiwillig Wirksamkeit verleiht.[46] Sollte es also Notaren ermöglicht werden, nur gelegentlich Beurkundungen im Ausland vorzunehmen, ohne dort niedergelassen und in das staatliche System der vorsorgenden Rechtspflege integriert zu sein, müsste die gesamte Tradition der öffent-

41 *Basedow*, (Fn. 8), S. 419.

42 Loi no. 90-1258 v. 31.12.1990, Journal Officiel 1991, S. 216.

43 *Stürner*, (Fn. 18), S. 345.

44 *Hergeth*, (Fn. 4), S. 242; *Bärmann*, Die Freizügigkeit der notariellen Urkunde – Internationales Privatrecht der notariellen Urkunde, AcP 1960/61, S. 5.

45 BGHZ 138, 361; BGH NJW 1998, S. 2830, *Püls*, in: Schippel/Bracker, (Fn. 6), § 11a BNotO, Rdnr. 1; *Haeder*, Das deutsche Notariat als Bereichsausnahme von der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit?, ZEuS 2007, S. 141; *Frenz*, in: Eylmann/Vaasen (Hrsg.), Kommentar zur Bundesnotarordnung und zum Beurkundungsgesetz, 2. Aufl. 2004, § 11a BNotO, Rdnr. 2; *Richter*, (Fn. 37), S. 5.

46 BGHZ 138, 361; BGH NJW 1998, S. 2830; *Stein/von Buttlar*, Völkerrecht, 11. Aufl. 2005, Rdnr. 525; *Hergeth*, (Fn. 4), S. 243.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lichen Urkunde und ihre völkerrechtliche Stellung überdacht und neu definiert werden.[47] Das ganze kontinentaleuropäische System der vorbeugenden Rechtspflege wäre in Frage gestellt, wenn auf einmal Amtsgeschäfte durch reisende Hoheitsträger anderer Mitgliedstaaten in Vormundschafts-, Nachlass-, Beurkundungs- und Registersachen möglich wären.[48] Die Lösung dieses Konflikts läuft genau auf das Kernproblem dieser Arbeit hinaus: Ist der Notarberuf mit der Ausübung von Hoheitsgewalt verbunden und ist er somit gemäß Art. 45 EGV, der über Art. 55 EGV auch für Art. 49 EGV gilt, insgesamt von den Grundfreiheiten ausgenommen? Dann gäbe es schon gar keinen Beurkundungsbinnenmarkt. Umgekehrt würde die Dienstleistungsfreiheit als Europarecht und damit spezielleres Völkerrecht das Territorialitätsprinzip als allgemeineres Völkerrecht verdrängen, soweit sie anwendbar wäre, es sei denn, es würde sich bei den Völkerrechtssätzen um *ius cogens* handeln. Auch käme eine Berufung auf das Territorialitätsprinzip, falls Art. 45 EGV nicht anwendbar wäre, nicht mehr in Betracht, weil dieses nur für hoheitliche, nicht für private Tätigkeiten gilt.[49]

Man könnte nun argumentieren, dass es erlaubte Fälle der passiven Dienstleistungsfreiheit gibt, bei denen also Klienten als Dienstleistungsempfänger ins Ausland gehen können, um dort im Inland formbedürftige Rechtsgeschäfte von einem ausländischen Notar wirksam vornehmen zu lassen.[50] So wurde in Deutschland etwa die Beurkundung bestimmter gesellschaftsrechtlicher Vorgänge im Ausland bei Gleichwertigkeit des Beurkundungsvorgangs vom BGH nach heftigen Diskussionen zugelassen.[51] Wenn der Klient aber zum Notar ins Ausland reisen darf, warum darf der Notar dann nicht zum Klienten? Dazu ist zu sagen, dass die Möglichkeit der Substitution bestimmter inländischer Urkunden durch ausländische allein eine freiwillige Entscheidung des nationalen Gesetzgebers und kein Ausfluss der passiven Dienstleistungsfreiheit ist.[52] Mit Fragen der Gültigkeit von Auslandsbeurkundung und Erfordernissen bezüglich deren Anerkennung im Inland beschäftigt sich außerdem das internationale Privatrecht und das internationale Zivilprozessrecht, in dessen Rahmen es eine ganze Reihe bi- und multilateraler Abkommen gibt.[53] Die passive Urkundsdienstleistungsfreiheit besteht folglich

---

47 *Haeder*, (Fn. 45), S. 141.

48 *Preuß*, (Fn. 11), S. 303; *Eule*, (Fn. 37), S. 172; *Fleischhauer*, (Fn. 30), S. 349.

49 *Basedow*, (Fn. 8), S. 430.

50 *Stürner*, (Fn. 18), S. 350; *Basedow*, (Fn. 8), S. 428; *Heinz*, (Fn. 37), S. 572.

51 BGHZ 80, 78; *Heinz*, (Fn. 37), S. 572.

52 *Hergeth*, (Fn. 4), S. 247.

53 U.a.: Haager Übereinkommen v. 5.10.1961 zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation; Brüsseler Konvention v. 25.5.1987; Verordnung (EG) über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, Nr. 44/2001 des Rates v. 22.12.2000 (ABl. Nr. L 12 v. 16.1.2001, S. 1), Art. 57.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nicht ohne Weiteres. Das dritte und wichtigste Argument ist aber, dass der Bürger, der ins Ausland geht, um dort etwas beurkunden zu lassen, eben kein staatlicher Hoheitsträger ist, dessen „Urkundsmacht" wegen des Territorialitätsprinzips an der Grenze endet. Damit stellt sich das obige Problem, das für die aktive Dienstleistungsfreiheit der Notare besteht, gerade nicht.

III. Richtlinien zur Verwirklichung der Grundfreiheiten

Zur Konkretisierung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit hat die EG zahlreiche Richtlinien[54] erlassen, wobei zwischen horizontalen und sektoriellen Richtlinien unterschieden werden muss. So erarbeitete die Kommission zu Anfang in enger Zusammenarbeit mit den einzelnen Berufsgruppen spezifische sektorielle Richtlinien für das jeweils betroffene Berufsfeld wie z.B. Ärzte[55] und Rechtsanwälte.[56] Parallel wurde dann die horizontale Richtlinie 89/48 EWG vom 21. Dezember 1988 (sogenannte Diplomanerkennungsrichtlinie, siehe oben) erlassen, die eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen, enthält. Sie umfasst gemäß Art. 2 Abs. 2 der RL alle reglementierten Berufe, die nicht durch sektorielle Regelungen abgedeckt werden. Im Jahre 2005 wurde schließlich eine weitere Richtlinie zur Anerkennung von Berufsqualifikationen (sogenannte Berufsqualifikationsrichtlinie)[57] erlassen, die alle sektoriellen und horizontalen Richtlinien mit Ausnahme der Anwaltsrichtlinie[58] in einem gemeinsamen Regelwerk vereint[59] und ab dem 20. Dezember 2007 die Richtlinie 89/48/EWG ersetzt.

Alle diese Richtlinien haben das Ziel, die Berufsqualifikations- und Ausübungsvoraussetzungen in den Mitgliedstaaten entweder zu harmonisieren oder ihre Gleichwertigkeit festzustellen und danach die gegenseitige Anerkennung der Befähigungsnachweise vorzuschreiben.[60] In den sektoriellen Richtlinien fanden sich deshalb noch detaillierte Listen über Ausbildungsinhalte, Anforderungen des Berufs und eventuelle Ausgleichsmaßnahmen, während die Richtlinie 89/48 EWG nur noch formal an die Dauer und das Niveau der jeweiligen Ausbildung an-

54 Vgl. die Aufzählung bei *Schneider*, Die Anerkennung von Diplomen in der Europäischen Gemeinschaft, 1995, S. 99 f.; *Scheuer*, in: Lenz/Borchardt, (Fn. 14), Art. 47 EGV, Rdnr. 4 ff.

55 Richtlinie 75/362/EWG, ABl. Nr. L 167 v. 30.6.1975, S. 1.

56 Richtlinie 77/249 EWG, ABl. Nr. L 78 v. 26.3.1977, S. 17.

57 Richtlinie 2005/36/EG, ABl. Nr. L 255 v. 30.9.2005, S. 22.

58 Richtlinie 98/5/EG, ABl. Nr. L 77 v. 14.3.1998, S. 36.

59 *Kluth/Rieger*, Die neue EU-Berufsanerkennungsrichtlinie – Regelungsgehalt und Auswirkungen für Berufsangehörige und Berufsorganisationen, EuZW 2005, S. 486; *Haeder*, (Fn. 45), S. 145.

60 *Schneider*, (Fn. 54), S. 108 f.; *Richter*, (Fn. 37), S. 7.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

knüpfte.[61] Sie gestattet bei Unterschieden in der Berufsausbildung lediglich Ausgleichsmaßnahmen der Mitgliedstaaten wie Anpassungslehrgänge, Eignungsprüfungen oder den Nachweis zusätzlicher Berufserfahrung. Nach dem Prinzip des gegenseitigen Vertrauens wird danach unwiderleglich vermutet, dass ein nach dreijähriger Ausbildung erlangtes Hochschuldiplom inhaltlich gleichwertig ist, egal in welchem Mitgliedstaat es erworben wurde. Die Berufsqualifikationsrichtlinie behält dieses System bei und soll es lediglich vereinfachen.[62]

Beide Richtlinien gelten bislang nicht für Notare. Die neue Berufsqualifikationsrichtlinie macht sogar explizit eine Ausnahme für Notare.[63] Würde allerdings der Notarberuf in den Anwendungsbereich des Art. 43 EGV fallen, dann würden die Ausnahmebestimmungen in der Richtlinie ihre Rechtfertigung verlieren. Denn der dann ebenfalls anwendbare Art. 47 EGV würde dem EG-Gesetzgeber erlauben, das Berufsqualifikationsrecht der Notare zu regeln. Es wäre gut vorstellbar, dass dieser dann die Ausnahmeregelungen für Notare in den Richtlinien zurücknimmt, sodass diese umgesetzt werden müssten. Dies hätte zur Folge, dass § 5 BNotO, der die Befähigung zum Richteramt nach dem Deutschen Richtergesetz verlangt, im Sinne der Richtlinien abgeändert werden müsste. Es könnte sich mithin jeder, der im EG-Ausland eine mindestens dreijährige juristische Universitätsausbildung absolviert hat und eventuelle Ausgleichsmaßnahmen gemäß der Richtlinie 89/48 EWG erbracht hat, in Deutschland um eine Notarstelle bewerben. Es wäre auch vorstellbar, dass die Kommission den Notaren wie auch schon den Anwälten eine Sonderbehandlung zukommen lässt und eine sektorielle Richtlinie nur für Notare erlässt.[64] Denn eine Rechtsharmonisierung und gegenseitige Anerkennung bei juristischen Berufen ist wegen der Verschiedenheit der Rechtssysteme besonders schwierig.

IV. Zwischenergebnis

All dies sind nur Erwägungen, zu welchen extremen Konsequenzen und Veränderungen in den Rechtspflegesystemen die Anwendung der Grundfreiheiten führen könnte. Natürlich wäre es auch bei Anwendung der Grundfreiheiten möglich und wahrscheinlich, dass der EuGH viele Normen des notariellen Standes- und Organisationsrechts als aus Gründen einer geordneten Rechtspflege oder aus Gründen des Verbraucherschutzes gerechtfertigte Beschränkungen ansehen würde. Denn die Beurkundungspflicht und das -verfahren dienen der Schaffung von Rechtssicher-

---

61 *Fleischhauer*, (Fn. 30), S. 352; *Kluth/Rieger*, (Fn. 59), S. 486.

62 *Scheuer*, in: Lenz/Borchardt, (Fn. 14), Art. 47 EGV, Rdnr. 6.

63 Richtlinie 2005/36/EG, ABl. Nr. L 255 v. 30.9.2005, S. 22, Erwägungsgrund 41.

64 *Fleischhauer*, (Fn. 30), S. 356.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

heit und -klarheit und beugen Übereilung vor.[65] Der Grundsatz der Versendung nur jeweils eines Notars in ein bestimmtes Gebiet könnte z.B. aus Gründen des Verbraucherschutzes gerechtfertigt sein, weil sich ansonsten kein Notar mehr in wirtschaftsschwachen Regionen niederlassen würde. Der grundlegende Unterschied bei der Anwendung der Grundfreiheiten bestünde jedoch darin, dass nicht mehr der nationale Gesetzgeber zu bestimmen hätte, welche Berufsbeschränkungen und Standesregeln er für angemessen hält, sondern der europäische Gesetzgeber. Das Berufsrecht der freien Berufe wäre zwar weiterhin mitgliedstaatliches Recht, weil die EG dafür noch keine Kompetenz hat.[66] Eine Ausnahme davon stellt nur die Kompetenz der EG zum Erlass von Richtlinien zur gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen aus Art. 47 EGV dar. Es wäre aber der EuGH, der letztinstanzlich feststellen könnte, ob eine nationale Berufsregel im Lichte der Grundfreiheiten gerechtfertigt und verhältnismäßig ist. Es käme dann auch im Rahmen der Notarverfassung die limitierende Wirkung von vorrangig geltendem allgemeinem Gemeinschaftsrecht auf hiermit kollidierendes spezifisches nationales Recht zum Zuge.[67] Somit wäre die Europäisierung des Notarberufs ein erster Schritt weg von der bisher unangetasteten Koexistenz verschiedener Rechtspflegesysteme in Europa. Soweit nationale Beschränkungen durch Standesregeln noch gerechtfertigt sind, sollen sie durch Richtlinien harmonisiert werden. Damit würde der Angriff auf eine der letzten „Bastionen" mitgliedstaatlicher Souveränität gestartet. Die Idee des klassischen lateinischen Notariats müsste aufgegeben werden.

C. Bisherige Positionierung der EG gegenüber den Notaren bis hin zum aktuellen Vertragsverletzungsverfahren

Bereits im Jahr 1990 waren die Notarverfassungen nach Initiative einiger Mitglieder des Europäischen Parlaments Gegenstand einer Untersuchung des Europäischen Parlaments zur Klärung von Harmonisierungsbedarf und -möglichkeiten in diesem Bereich. Die Initiative wurde zunächst an den Ausschuss für Recht und Bürgerrechte verwiesen, der sich im sogenannten Marinho-Bericht[68] mit dem Thema auseinandersetzte. Daraufhin stellte das Europäische Parlament 1994 in der

65 *Schill*, Staatsangehörigkeitsvorbehalt für die Notare und europäische Niederlassungsfreiheit – Der Anfang vom Ende eines Privilegs?, NJW 2007, S. 2018; *Frenz*, in: Eylmann/Vaasen, (Fn. 45), § 1 BNotO, Rdnr. 21.

66 *Stürner*, (Fn. 18), S. 350; *Fleischhauer*, (Fn. 30), S. 325.

67 *Hirsch*, (Fn. 17), S. 732.

68 Bericht des Ausschusses des Europäischen Parlaments für Recht und Bürgerrechte zur Lage und Organisation des Notarstands in den zwölf Mitgliedstaaten der Gemeinschaft, Buchstabe D Nr. 5, Az A3-0422/93 (95/90); *Heinz*, (Fn. 37), S. 568.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sogenannten Marinho-Resolution[69] fest, dass der Anwendbarkeit der Grundfreiheiten im Bereich des Notariats Art. 55 (jetzt 45) EGV entgegenstehe[70], weil der Notarberuf mit der Anwendung hoheitlicher Gewalt verbunden ist. Trotzdem erachtete das Europäische Parlament eine sektorbezogene Regelung zum Zwecke der Harmonisierung des Notarrechts als geboten, ohne diese jedoch näher zu konkretisieren oder anzugehen.[71] Die ersten Stimmen für eine „Vereuropäisierung" des Notarberufs waren folglich, wenn auch erst noch sehr zaghaft, laut geworden. Allerdings bekräftigte das Parlament noch in einer Entschließung vom 23. März 2006[72], dass Art. 45 EGV „vollständig auf den Beruf des Zivilrechtsnotars als solchen anwendbar ist". Als eine der wesentlichen Wegweiser im Verhältnis der EG zu den freien Berufen ist dann die sogenannte Lissabon-Strategie oder „Binnenmarktstrategie" anzusehen. Der Europäische Rat verabschiedete auf seiner Tagung im März 2000 in Lissabon ein wirtschaftliches Reformprogramm mit dem Ziel, die EU bis zum Jahr 2010 zum „wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt" zu machen.[73] Dieses Ziel wurde durch den Beschluss von Tampere[74] bekräftigt, der die Verwirklichung eines europäischen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts beinhaltete und den freiberuflichen Dienstleistungen wie der des Notars bei der Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Wirtschaft eine wesentliche Rolle eingeräumte.[75]

In diesem Sinne unterzog die Kommission in ihrer Mitteilung „Bericht über den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen" vom 9. Februar 2004 die nationalen Standesregelungen für freie Berufe einer besonderen Prüfung[76] und forderte alle Beteiligten auf, gemeinsame Anstrengungen zu unternehmen, um nicht gerechtfertigte, wettbewerbs- oder „grundfreiheitenwidrige" Regeln zu reformieren oder aufzuheben. Für den Notarberuf stellte die Kommission fest, dass die notariellen Kostenordnungen, Zulassungsbeschränkungen und Werbeverbote, die auch

---

69 Entschließungsantrag des Europäischen Parlaments v. 18.2.1994 zur Lage und Organisation des Notarstands in den zwölf Mitgliedstaaten der Gemeinschaft, ABl. Nr. C 44 v. 14.2.1994, S. 36, Ziffer 5.

70 Ibid.; *Schippel*, Das deutsche Notariat im europäischen Feld, DNotZ 1999, S. 290; Stellungnahme der Bundesnotarkammer v. 22.7.1999 gegenüber dem Bundesministerium der Justiz zur Niederlassungsfreiheit der Notare in Europa, S. 8.

71 *Stürner*, (Fn. 18), S. 344; *Heinz*, (Fn. 37), S. 568.

72 Entschließungsantrag des Europäischen Parlaments zu den Rechtsberufen und dem allgemeinen Interesse an der Funktionsweise der Rechtssysteme v. 23.3.2006, B6-0203/2006, Ziffer 15.

73 *Fleischhauer*, (Fn. 30), S. 325.

74 Bulletin EU 10-1999 betreffend den Europäischen Rat von Tampere v. 15. und 16.10.1999.

75 Stellungnahme der Bundesnotarkammer gegenüber der Kommission v. 1.6.2001 zu: Freie Berufe und EU-Binnenmarkt – Thesen und Forderungen zur Binnenmarktstrategie der EU-Kommission für den Dienstleistungssektor, BNotK-Intern, 2/2001, S. 1 f.; *Haeder*, (Fn. 45), S. 120.

76 KOM (2004) 83.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

in Deutschland existieren, den Wettbewerb nachhaltig einschränkten und deshalb deren Vereinbarkeit mit Europarecht untersucht werden müsse.[77] Ein Jahr später bekräftigte die Kommission diese Auffassung in ihrem Anschlussbericht vom 5. September 2005.[78]

Speziell in Bezug auf die Notare ist die Kommission ihrer Aufgabe als „Hüterin der Verträge" dadurch nachgegangen, dass sie am 8. November 2000 ein erstes, noch informelles „Aufforderungsschreiben" an alle Mitgliedstaaten der EU, deren Notariate der Konferenz der Notariate der Europäischen Union (C.N.U.E.) angehören, zu denen Deutschland zählt, richtete.[79] Dieses Mahnschreiben stellt die erste Stufe des Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 226 EGV dar. Die Kommission bemängelte schon damals die Unvereinbarkeit des Staatsangehörigkeitsvorbehalts für Notare und des § 11a BNotO mit der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, die mangels Ausübung von Hoheitsgewalt auf den Notarberuf anwendbar ist, sowie die Nichtumsetzung der Diplomanerkennungsrichtlinie. Sie drehte mithin die Aussage des Europäischen Parlaments in der Marinho-Resolution um und stellte die Organisationshoheit der Mitgliedstaaten für den Notarberuf erstmals ausdrücklich in Frage. Ihre Position hat die Kommission in ihrem „ergänzenden Aufforderungsschreiben" vom 16. Juli 2002 bestärkt.[80] Auf diese erste und zweite Anfrage der Kommission hin hat das Bundesjustizministerium am 21. März 2001 und am 4. November 2002, wie nach dem EGV vorgesehen, Stellung genommen[81] und positionierte sich darin ganz im Sinne der Bundesnotarkammer, die den Staatsangehörigkeitsvorbehalt und die Unanwendbarkeit des Europarechts auf das Notarrecht wegen Art. 45 EGV verfocht.[82]

Erst 2006 nahm die Kommission das Vertragsverletzungsverfahren dann wieder auf: Am 12. Oktober 2006 richtete sie eine sogenannte „mit Gründen versehene Stellungnahme" an Belgien, Deutschland, Frankreich, Griechenland, Luxemburg, die Niederlande und Österreich mit den gleichen Vorwürfen wie schon im Jahr 2000.[83] Darin rügte sie den Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare in diesen Ländern und die Nichtumsetzung der Diplomanerkennungsrichtlinie. Zur Rüge der Kommission ist jedoch anzumerken, dass die Richtlinie 89/48 EWG nur noch bis zum 20. Dezember 2007 in Kraft war und danach durch die Richtlinie 2005/36

77 KOM (2004) 83, S. 13.

78 KOM (2005) 405.

79 Aufforderungsschreiben der Kommission v. 8.11.2000, SG(2000)D/108215.

80 Aufforderungsschreiben der Kommission v. 16.7.2000, SG(2002)D/220099; *Schiller*, Freier Personenverkehr im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit?, EuR 2004, S. 27.

81 Antwort der Bundesregierung auf das Aufforderungsschreiben v. 8.11.2000, SG(2001)A/93625; Antwort der Bundesregierung auf das Aufforderungsschreiben v. 16.7.2002, SG(2002)A/10923.

82 Stellungnahme der Bundesnotarkammer, (Fn. 70), S. 1; *Haeder*, (Fn. 45), S. 126.

83 Mit Gründen versehene Stellungnahme der Kommission v. 12.10.2006, 996/4739, K(2006)4669.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

EG ersetzt wurde, deren Nichtumsetzung die Kommission aber nicht rügt. Damit hat die Kommission die zweite Stufe des Verfahrens nach Art. 226 EGV eingeleitet. In der Folge war das Bundesjustizministerium in Vertretung für Deutschland aufgefordert, den Vorwürfen der Kommission innerhalb von 2 Monaten abzuhelfen, was es aber aus besagten Gründen nicht tat.[84] Darin stimmte es mit der Ansicht der Bundesnotarkammer[85] und des deutschen Notarvereins[86] überein. Folgerichtig gab die Kommission dann am 27. Juni 2007 offiziell bekannt, dass sie nun die dritte und letzte Stufe des Art. 226 EGV einleiten werde und den EuGH wegen des Zugangs zum Notarberuf anrufe.[87] Des Weiteren beschloss die Kommission, auch an die Tschechische Republik, Ungarn, Lettland, Litauen, Malta, die Slowakei und Slowenien eine begründete Stellungnahme mit der gleichen Rüge wie zuvor schon gegen Deutschland usw. zu richten. Dies ließ sie in ihrer Presseerklärung vom 17. Oktober 2007 verlautbaren.[88] So verlieh sie der seit nunmehr 20 Jahren diskutierten Streitfrage rund um den Notarberuf erneut höchste Aktualität und initiierte deren endgültige Klärung durch das höchste europäische Entscheidungsgremium.

D. Die Bereichsausnahme des Art 45 Abs. 1 EGV: Was ist eine Tätigkeit, die mit der Ausübung von öffentlicher Gewalt verbunden ist?

Bevor über die Anwendung des Art. 45 Abs. 1 EGV auf Notare nachgedacht wird, müssen zunächst der Tatbestand und die Rechtsfolgen desselben geklärt werden. Im Grunde geht es bei Art. 45 EGV um die Frage der Grenzziehung zwischen der Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft.[89] Denn die EG ist kein Staat mit souveräner Staatsgewalt. Sie besitzt nach dem Prinzip der

84 Antwort der Bundesregierung auf die mit Gründen versehene Stellungnahme der Kommission v. 12.10.2006, BNotK-Intern, 1/2007, S. 1.

85 Pressemitteilung der Bundesnotarkammer zur Wiederaufgreifung des Vertragsverletzungsverfahrens durch die Kommission v. Juni 2006, BNotK-Intern, 5/2006, S. 1.

86 Stellungnahme des deutschen Notarvereins gegenüber dem Bundesministerium der Justiz zum Vertragsverletzungsverfahren Nr. 1996/4739 v. 17.11.2006.

87 Pressemitteilung der Bundesnotarkammer zur Erhebung der Klage durch die Kommission gegen Deutschland v. 27.6 2007, BNotK-Intern, 3/2007, S. 1; Handelsblatt v. 28.6.2007, „Notare müssen um ihr Berufsprivileg zittern".

88 http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/1510&format=HTML&aged=1&language=DE&guiLanguage=en (10.3.2008).

89 *Grüb*, Europäische Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit für Private mit hoheitlichen Befugnissen, Frankfurt a. M., 1999, S. 116.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

begrenzten Einzelermächtigung nur abgeleitete Befugnisse der Rechtssetzung.[90] Artikel 45 EGV und auch Art. 39 Abs. 4 EGV stellen dabei „Souveränitätsreserven" dar, die den Sektor der öffentlichen Gewalt und Verwaltung dem Anwendungsbereich der Grundfreiheiten entzieht. Dies ist deshalb systemkonform, weil die Ausgestaltung der öffentlichen Gewalt oder Verwaltung zwingend dem Rechtsobjekt obliegen muss, das diese Gewalt inne hat.[91] Vorbehalte wie Art. 45 EGV wird es deshalb so lange geben, wie die EU kein Bundesstaat und nicht selbst Träger originärer Staatsgewalt ist. Bisher war Art. 45 EGV in der Rechtsprechung des EuGH von geringerer praktischer Bedeutung, weil es in den Mitgliedstaaten eher unüblich war, Privaten Hoheitsgewalt zu übertragen.[92] Im Zuge der immer weitergehenden Privatisierungen könnte deshalb die Rechtsprechung zu Art. 45 EGV zunehmen. Grundsätzlich stellt Art. 45 EGV, trotz einiger gegensätzlicher Stimmen, die diesen als Rechtfertigungsgrund ansehen wollen[93], laut EuGH[94] und herrschender Meinung in der Literatur[95] eine Bereichsausnahme dar, bei deren Vorliegen „dieses Kapitel keine Anwendung findet". Artikel 45 EGV stellt also sowohl eine Tatbestandsausnahme zu Art. 43 EGV als auch wegen der Verweisung in Art. 55 EGV zu Art. 49 und 50 EGV dar.

I. Die Auslegung der Tatbestandsmerkmale des Art. 45 EGV

Bei Art. 45 EGV[96] handelt es sich um eine Norm, die zwar kurz und prägnant formuliert ist, deren genauer Gehalt aber noch nicht als endgültig geklärt angesehen werden kann.[97] Weder der Begriff der „Tätigkeit", noch der der „öffentlichen Ge-

90 *Langguth*, in: Lenz/Borchardt, (Fn. 14), Art. 5 EGV, Rdnr. 10; *Zuleeg*, in: v. d. Groeben/Schwarze, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften, Kommentar, Bd. I, 6. Aufl. 2003, Art. 5 EGV, Rdnr. 2.

91 *Schippel*, in: Fs. für Lerche, (Fn. 4), S. 506.

92 *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Bd. 2, 32. Ergänzungslieferung, 2007, Art. 45 EGV, Rdnr. 4.

93 U.a. *Jarass*, Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten, EuR 1995, S. 221 f.

94 U.a. EuGH, Rs. C-405/01, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Espanola*, Slg. 2003, I-10391.

95 *Streinz*, Europarecht, 7. Aufl. 2005, Rdnr. 825; *Henssler/Kilian*, Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EGV, EuR 2005, S. 193; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 92), Art. 45 EGV, Rdnr. 3.

96 Art. 45 EG lautet: „Auf Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, findet dieses Kapitel in dem betreffenden Mitgliedstaat keine Anwendung. Der Rat kann mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission beschließen, das dieses Kapitel auf bestimmte Tätigkeiten keine Anwendung findet."

97 *Schlag*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2000, Art. 45 EGV, Rdnr. 3; *Fetsch*, Freiberufliche Gebührenordnungen und die Grundfreiheiten des EG-Vertrags, ZEuP 2005, S. 560; *Tomuschat*, Der Vorbehalt der öffentlichen Gewalt in den Berufsfreiheitsregelungen des EWG-Vertrags und die freie Advokatur im Gemeinsamen Markt, ZaÖVR 1967, S. 64; *Grüb*, (Fn. 89), S. 101.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

walt" ist im EGV näher definiert. Auch der EuGH hat in einigen Urteilen diese Vorschrift zwar angesprochen, ist aber bislang noch nicht zu einer allgemeinen und abstrakten Definition dieser unbestimmten Rechtsbegriffe gelangt.[98] Es gilt also zunächst, den Inhalt von Art. 45 EGV anhand der gegebenen Anhaltspunkte in Rechtsprechung und Literatur zu konkretisieren.

1. Das Tatbestandsmerkmal „Tätigkeiten"

Das Tatbestandsmerkmal „Tätigkeiten" wurde zu Anfangszeiten der EG teilweise mit dem Begriff „Beruf" gleichgesetzt[99], weil ansonsten Berufe aufgespalten würden und ein Zweiklassensystem entstünde: Die Teile eines gefestigten Berufsbildes, die mit der Ausübung von Hoheitsgewalt verbunden sind, wären dann Inländern vorbehalten, andere Teile wären für EG-Ausländer offen.[100] Auch würden, wenn „Beruf" nicht mit „Tätigkeiten" synonym wäre, die Worte „dauernd oder zeitweise" in Art. 45 EGV keinen Sinn machen.[101] Darüber hinaus spricht der Gebrauch des Plurals „Tätigkeiten" dafür, dass dieser Begriff ein Synonym für den Begriff „Beruf" ist, der sich oft aus vielen Tätigkeiten zusammensetzt.[102] Dann hat aber der EuGH in der „Reyners"-Entscheidung[103] klargestellt, dass ein Beruf viele Tätigkeiten umfassen kann: Die Anwendung von Art. 45 EGV ist nur dann gerechtfertigt, wenn eine spezifische Tätigkeit „in sich betrachtet eine [...] Teilnahme an der öffentlichen Gewalt darstellt".[104] „Eine Ausweitung der in Artikel 55 EG (heute Art. 45 EG) gestatteten Ausnahme auf einen Beruf als ganzen kommt nur in Betracht, falls die so gekennzeichneten Tätigkeiten derart miteinander verknüpft sind, dass die Liberalisierung der Niederlassung für den betreffenden Mitgliedstaat die Verpflichtung mit sich bringen würde, die – wenn auch nur zeitweise – Ausübung öffentlicher Gewalt durch Ausländer zuzulassen. Eine derartige Ausweitung ist dagegen nicht zu billigen, wenn im Rahmen eines freien Berufes die Tätigkeiten, die gegebenenfalls mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, einen abtrennbaren Teil der betreffenden Berufstätigkeit insgesamt darstellen".[105] Für diese Ansicht spricht, dass in Art. 47 Abs. 2 und 3 EGV der Begriff „Beruf"

98 *Grüb*, (Fn. 86), S. 101; *Randelzhofer/ Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 92), Art. 45 EGV, Rdnr. 8.

99 *Haeder*, (Fn. 45), S. 132; *Wittkopp*, Wirtschaftliche Freizügigkeit und Nationalstaatsvorbehalte. Eine Untersuchung zu den Art. 48 Abs. 4 und 55 Abs. 1 des EWG-Vertrages, 1977, S. 114.

100 *Tomuschat*, (Fn. 97), S. 70 f.

101 Ibid.; *Wittkopp*, (Fn. 99), S. 114.; *Klinge*, Die Begriffe „Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung" und „Ausübung öffentlicher Gewalt" im Gemeinschaftsrecht, 1980, S. 234 f.

102 *Haeder*, (Fn. 45), S. 132; *Wittkopp*, (Fn. 99), S. 114.

103 EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974, 631 f.

104 Ibid., Rdnr. 44 f.

105 Ibid., 654 f.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verwendet wird. Also muss „Tätigkeiten" etwas anderes bedeuten.[106] Sonst hätte der Gesetzgeber gleiche Begriffe verwendet. Außerdem sind nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH Ausnahmevorschriften eng auszulegen.[107] Wenn aber in Art. 45 EGV „Tätigkeiten" gleich „Beruf" wäre, dann wäre immer, wenn nur eine oder wenige Tätigkeiten mit der Ausübung von Hoheitsgewalt verbunden wären, gleich der ganze Beruf von Art. 45 EGV umfasst.[108] Die enge Auslegung des EuGH überzeugt deshalb.

2. Das Tatbestandsmerkmal „Ausübung öffentlicher Gewalt"

Die Kernproblematik des Art. 45 EGV ist die Definition des Begriffs „Ausübung öffentlicher Gewalt". Zunächst stellt sich die Frage, aus welcher Perspektive dieser überhaupt auszulegen ist: Handelt es sich bei dem Begriff um einen autonomen Rechtsbegriff des Europarechts oder ist er unter Rückgriff auf das Begriffsverständnis des mitgliedstaatlichen Rechts zu bestimmen. Dabei geht es nicht etwa um die funktionale Auslegungskompetenz, sondern nur um die Bestimmung des der Auslegung zugrunde liegenden Rechts.[109] Es muss also zunächst die Auslegungsmethode bestimmt werden, bevor überhaupt festgestellt werden kann, was das Tatbestandsmerkmal „öffentliche Gewalt" bedeutet.

a) Festlegung der Auslegungsmethode bezüglich des Merkmals „öffentliche Gewalt"

Hierzu werden verschiedene Meinungen vertreten.

(1) Prüfung des Tatbestandsmerkmals aus rein nationaler Perspektive

Nach einer noch im Schrifttum vertretenen, älteren Meinung[110] ist mangels näherer Vorgaben im EGV den nationalen Gesetzgebern die Definition derjenigen Tätigkeiten, die mit der Ausübung von Hoheitsgewalt verbunden sind, überlassen. Vor Erlass der später noch näher zu erläuternden Leitentscheidung des EuGH *Reyners* hatte diese Ansicht die meisten Anhänger.[111] So vertraten Deutschland

106 *Wittkopp*, (Fn. 99), S. 115.

107 *Müller/Graf*, in: Streinz, (Fn. 35), Art. 45 EGV, Rdnr. 3; *Schlag*, in: Schwarze, (Fn. 97), Art. 45 EGV, Rdnr. 7.

108 *Müller/Graf*, in: Streinz, (Fn. 35), Art. 45 EGV, Rdnr. 3; *Henssler/Kilian*, (Fn. 95), S. 194; *Wittkopp*, (Fn. 99), S. 115.

109 *Grüb*, (Fn. 89), S. 107.

110 *Klinge*, (Fn. 101), S. 226; wohl auch in diese Richtung zu verstehen: *Schippel*, in: Fs. für Lerche, (Fn. 4), S. 507.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und England in ihren Stellungnahmen zu diesem Urteil die Auffassung, dass Art. 45 EGV dazu diene, jedem Mitgliedstaat, soweit es ihm zweckmäßig erschiene, Beschränkungen für diejenigen Tätigkeiten zu wahren, die er als mit der Ausübung von Hoheitsgewalt verbunden ansähe.[112] Für diese Auffassung lässt sich der Wortlaut, nämlich die Wendung „in einem Mitgliedstaat" in Art. 45 EGV anführen.[113] Auch hat der Begriff der öffentlichen Gewalt in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedliche Bedeutungen und lässt sich so nicht allgemein auf EG-Ebene definieren.[114] Nach dieser Ansicht könnten die Mitgliedstaaten mit der Klassifizierung einzelner Tätigkeiten als hoheitlich oder nicht den Anwendungsbereich des Art. 43 EGV beliebig einengen oder erweitern.

(2) Prüfung des Tatbestandsmerkmals aus rein gemeinschaftsrechtlicher Perspektive

Eine zweite Ansicht will den Begriff der öffentlichen Gewalt rein aus dem Gemeinschaftsrecht heraus definieren.[115] So schrieb Generalanwalt *Mayras* in seinem Schlussantrag zum „Reyners"-Urteil: „Zwar bleibt es jedem Mitgliedstaat unbenommen, eine bestimmte Tätigkeit auf seinem Hoheitsgebiet so auszugestalten, dass sie an der Ausübung öffentlicher Gewalt teilhat, doch ist es erforderlich, dass dieser Begriff in der gesamten Gemeinschaft einheitlich ausgelegt wird".[116] Auch aus dem „Reyners"-Urteil selbst wurde von einigen Vertretern in der Literatur der Schluss gezogen, dass der Begriff der öffentlichen Gewalt rein gemeinschaftsrechtlich auszulegen ist.[117] Der EuGH betone zwar immer, dass für die Anwendbarkeit des Art. 45 EGV auf die konkrete Ausgestaltung des Berufs im jeweiligen Mitgliedstaat abgestellt werden müsse. Dies bedeute aber nicht, dass das Merkmal „öffentliche Gewalt" selber nationalstaatlich zu interpretieren und der EuGH an eine solche Auslegung gebunden sei. Auch kann man aus der Systematik des Art. 45 EGV als Ausnahmevorschrift von den Grundfreiheiten ableiten, dass diese grundsätzlich eng auszulegen ist. Durch die ungleiche Ausgestaltung der Staatsorganisation in den Mitgliedstaaten entstünden bei uneinheitlicher Auslegung Ungleichheiten

---

111 *Hergeth*, (Fn. 4), S. 103.

112 Stellungnahme der deutschen und englischen Regierung zum Urteil des EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974, 636/640.

113 *Heinz*, (Fn. 37), S. 569.

114 Hergeth, (Fn. 4), S. 102.

115 *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 92), Art. 45 EGV, Rdnr. 5; *Schiller*, (Fn. 80), S. 32; *Heinz*, (Fn. 37), S. 570; *Müller/Graf*, in: Streinz, (Fn. 35), Art. 45 EGV, Rdnr. 4.

116 Schlussanträge GA *Mayras* zum Urteil des EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974, 665.

117 *Kranz*, Die Ausübung öffentlicher Gewalt durch Private nach dem Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1984, S. 134 f.; *Schiller*, (Fn. 80), S. 32.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und Wettbewerbsverzerrungen.[118] Diese Argumentation vertrat auch die Kommission.[119]

(3) Zweistufige Prüfung

Eine vermittelnde Ansicht stellt die sogenannte zweistufige Prüfung dar.[120] Danach ist auf einer ersten Stufe anhand des Rechts des jeweiligen Mitgliedstaats zu ermitteln, ob gemäß diesem eine Tätigkeit hoheitlich ausgestaltet ist. Dann wird auf einer zweiten Stufe eine Art Willkürprüfung vorgenommen. Es wird untersucht, ob die nationale Auslegung eine gewisse gemeinschaftsrechtliche Grenze nicht überschreitet.[121] So sehen die Anhänger dieser Meinung die „Reyners"-Entscheidung als ein Indiz für die zweistufige Auslegung an, da der EuGH mehrmals auf die gesonderte Berücksichtigung der Lage in den Mitgliedstaaten hingewiesen hat.[122] Für diese Meinung lässt sich anführen, dass Art. 45 EGV die „öffentliche Gewalt" weder gemeinschaftlich definiert noch ausdrücklich auf das Recht der Mitgliedstaaten verweist. Also liegt die Schlussfolgerung nahe, dass beide Rechtsordnungen Beachtung finden müssen. Diese Ansicht wird auf der ersten Stufe mitgliedstaatlichen, rechtlichen und kulturellen Besonderheiten gerecht, bewahrt aber auf der zweiten Stufe vor Missbrauch des Art. 45 EGV und trägt dem Binnenmarktgedanken Rechnung.[123] So überschreiten Tätigkeiten, die nach nationalem Recht hoheitliches Handeln darstellen, dann die Grenze zu Art. 43 EGV, wenn sie Eigenarten aufweisen, bei denen eine Herausnahme aus den Grundfreiheiten nicht gerechtfertigt erscheint.[124]

(4) Stellungnahme

Die erste Ansicht ist meines Erachtens mit einem überzeugenden Argument abzulehnen: Es würde dem Regelungszweck des EGV und dem Integrationsgedanken gänzlich zuwider laufen, wenn es einzig und allein den einzelnen Mitgliedstaaten überlassen bliebe, zu bestimmen, welche Tätigkeiten mit der Ausübung öffent-

118 Ibid., S. 32.

119 Stellungnahme der Kommission zum Urteil des EuGH, C-2/74, *Reyners*, Slg. 1974, 640.

120 *Schlag*, in: Schwarze, (Fn. 97), Art. 45 EGV, Rdnr. 5; *Hergeth*, (Fn. 4), S. 105 ff.; *Wittkopp*, (Fn. 99), S. 130 ff.; *Haeder*, (Fn. 45), S. 130 f.; *Jung*, Ausübung öffentlicher Gewalt durch den Notar, 1994, S. 93; *Stern*, Von der Kaiserlichen Notariatsordnung zum Grundgesetz – Das Notariat im deutschen Verfassungsrecht, MittRhNotK 1999, S. 365.

121 *Schlag*, in: Schwarze, (Fn. 97), Art. 45 EGV, Rdnr. 5.

122 *Fischer*, (Fn. 7), S. 492; *Grüb*, (Fn. 89), S. 111 f.; *Schlag*, in: Schwarze, (Fn. 97), Art. 45 EGV, Rdnr. 5.

123 *Haeder*, (Fn. 45), S. 131; *Hergeth*, (Fn. 4), S. 106.

124 *Fischer*, (Fn. 7), S. 495.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

licher Gewalt i.S.d. Art. 45 EGV verbunden sind. Dann wäre Art. 45 EGV gleichzusetzen mit einer „Blanko-Vollmacht“[125]: Die Mitgliedstaaten könnten über den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten frei disponieren, obwohl sie sich vertraglich zu deren Gewährung verpflichtet haben.[126] Auch erteilt die ständige Rechtsprechung des EuGH seit dem „Reyners“-Urteil dieser Ansicht eine Absage.

Die zweite und dritte Ansicht findet in der Literatur ungefähr gleich viele Anhänger. Auch die Rechtsprechung des EuGH im „Reyners“-Urteil lässt sich, wie oben schon dargestellt, in beide Richtungen deuten. Aus einem späteren Urteil des EuGH[127] lässt sich allerdings eine Tendenz zur rein gemeinschaftsrechtlichen Interpretation ableiten: „Die objektive Bedeutung der Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts“ könne sich „nur aus diesen Bestimmungen selbst unter Berücksichtigung ihres Zusammenhangs ergeben“.[128] Für die rein gemeinschaftsrechtliche Ansicht spricht somit ein systematisches Argument: Wenn die Grundfreiheiten einheitlich nur aus dem EGV heraus interpretiert werden, dann muss das auch für deren Ausnahmen gelten.[129] Auch Art. 45 Abs. 2 EGV erlaubt ausschließlich Gemeinschaftsorganen den ausdrücklichen Ausschluss bestimmter Tätigkeiten von den Grundfreiheiten.[130] Ein letztes systematisches Argument ist die parallele Auslegung zur Bereichsausnahme des Art. 39 Abs. 4 EGV, denn der Begriff der „Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung“ stellt nach einhelliger Ansicht einen Begriff des Gemeinschaftsrechts dar.[131] Für die zweistufige Auslegung spricht jedoch der Wortlaut des Art. 45 EGV, der die Mitgliedstaaten eindeutig mit einbezieht. Auch spricht ein teleologisches Argument für die dritte Ansicht: Die Ausnahmevorschrift des Art. 45 EGV ist gerade die Vorschrift, die die Grenze zwischen der Souveränität der Mitgliedstaaten und der Kompetenz der EG ziehen soll. Anders als in Art. 43 EGV ist deshalb eine mitgliedstaatliche Vorgabe erforderlich, um überhaupt festzustellen, ob diese gemeinschaftsrechtlich akzeptabel ist. Die Ansicht, die eine rein gemeinschaftsrechtliche Position vertritt, rückt zu stark den Binnenmarktaspekt in den Vordergrund und berücksichtigt den Sinn der Ausnahmevorschrift und die Interessen der Mitgliedstaaten gerade nicht ausreichend.

Wenn man sich die Argumentation der Vertreter der beiden letzten Ansichten näher anschaut, dann lässt sich feststellen, dass beide Meinungen im Kern zu ähnlichen Ergebnissen gelangen. Auch die rein gemeinschaftsrechtliche Ansicht ver-

---

125 *Jung*, (Fn. 120), S. 105.

126 *Heinz*, (Fn. 37), S. 569.

127 EuGH, Rs. 306/89, *Kommission/Griechenland*, Slg. 1991, 5863 ff.

128 Ibid., 5883 f., Rdnr. 8.

129 *Grüb*, (Fn. 89), S. 108, *Kranz*, (Fn. 117), S. 237; *Heinz*, (Fn. 37), S. 570.

130 *Haeder*, (Fn. 45), S. 128.

131 *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 92), Art. 45 EGV, Rdnr. 6.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

langt nicht, dass völlig außer Acht gelassen wird, welche Tätigkeiten die Mitgliedstaaten als hoheitlich einordnen. Meines Erachtens muss zwischen zwei Gedankenschritten unterschieden werden. Es obliegt zunächst der souveränen Entscheidung der Mitgliedstaaten, zu bestimmen, welche Tätigkeiten sie im Rahmen ihrer innerstaatlichen Organisationskompetenz hoheitlich ausgestalten.[132] Das verlangt auch der Wortlaut des Art. 45 EGV. Davon ist aber die Frage scharf zu trennen, ob eine von einem Mitgliedstaat als hoheitlich bestimmte Tätigkeit auch die Ausnahme des Art. 45 EGV erfüllt.[133] Die Ermessensentscheidung der Staaten, wen sie mit der Ausübung von Hoheitsgewalt betrauen, ändert nämlich nicht die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „öffentliche Gewalt" aus Art. 45 EGV. Dieses ist allein aus dem Europarecht heraus auszulegen und zu bestimmen und muss notwendigerweise für alle Mitgliedstaaten gleichermaßen gelten.[134] Die Entscheidung eines Mitgliedstaats, eine Tätigkeit mit öffentlicher Gewalt auszustatten, ist von der Bestimmung des Merkmals „öffentliche Gewalt" in Art. 45 EGV losgelöst, ihr logisch vorgelagert. So fällt nicht alles, was die Mitgliedstaaten als hoheitlich ansehen, automatisch unter Art. 45 EGV.[135] Denn wo genau die europarechtlichen Grenzen anzusiedeln sind, das bestimmt der EuGH und zwar rein aus gemeinschaftsrechtlicher Perspektive. Dass heißt aber nicht, dass er sich dabei nicht an den Vorstellungen der Mitgliedstaaten über die Ausgestaltung von Hoheitsgewalt orientieren wird.[136] Denn bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen des Gemeinschaftsrechts – wie auch bei der Herleitung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen – hat der EuGH sich schon immer an der Rechtsprechung und an den Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten als Rechtserkenntnisquellen orientiert.[137] Die rein gemeinschaftsrechtliche Theorie überzeugt somit. Das Interpretationsverfahren zu Art. 45 EGV ist aber insofern „zweistufig", als zunächst geprüft werden muss, ob ein Mitgliedstaat eine Tätigkeit als hoheitlich einstuft. Denn tut er das nicht – und dies obliegt seinem Ermessen – kommt man gar nicht mehr dazu, zu prüfen, ob nach Europarecht „öffentliche Gewalt" ausgeübt wird. Aus dieser Perspektive ist auch denjenigen zuzustimmen, die ein zweistufiges Auslegungsverfahren befürworten. Beide Meinungen reden mithin „quasi" aneinander vorbei.

Konsequenz dieses Ergebnisses ist nun, dass zuerst anhand der Rechtsprechung des EuGH untersucht werden muss, was dieser abstrakt unter „öffentlicher Gewalt" i.S.d. Art. 45 EGV versteht. Dann muss untersucht werden, ob Deutschland die

132 *Hergeth*, (Fn. 4), S. 110.

133 *Kranz*, (Fn. 117), S. 359.

134 *Heinz*, (Fn. 37), S. 571; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 92), Art. 45 EGV, Rdnr. 5; *Richter*, (Fn. 37), S. 4.

135 *Fischer*, (Fn. 7), S. 493; *Müller-Graf*, in: Streinz, (Fn. 35), Art. 45 EGV, Rdnr. 4.

136 *Stürner*, (Fn. 18), S. 355.

137 *Schütz/Bruha/König*, (Fn. 25), S. 36; siehe zu Art. 6 Abs. 2 EUV *Beutler*, in: v. d. Groeben/Schwarze, (Fn. 90), Art. 6 EUV, Rdnr. 57.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verschiedenen Notartätigkeiten auf nationaler Ebene hoheitlich ausgestaltet hat. Falls dies der Fall ist, muss das deutsche Ergebnis bezüglich der Notare unter den abstrakten Begriff „öffentliche Gewalt" des EuGH subsumiert werden, um festzustellen, ob auch aus europarechtlicher Perspektive die Notare öffentliche Gewalt ausüben.

b) Abstrakte Begriffsbestimmung der „öffentlichen Gewalt" anhand der Rechtsprechung des EuGH

In der Vergangenheit hat der EuGH bezüglich Art. 45 EGV immer nur für den Einzelfall entschieden, ob eine konkrete Tätigkeit mit der Ausübung von Hoheitsgewalt verbunden ist, ohne dabei den Begriff der „öffentlichen Gewalt" abstrakt zu definieren.[138] Dies ist wohl dadurch zu erklären, dass Berufsbilder in den Mitgliedstaaten ganz unterschiedlich ausgestaltet sein können.[139] Folglich muss die Kasuistik des EuGH zu Art. 45 EGV untersucht werden, um zu dem Versuch einer Begriffsdefinition zu gelangen.

(1) Analyse der Rechtsprechung des EuGH

Wenn man die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 45 EGV beleuchten will, ist zuerst die schon zitierte Leitentscheidung *Reyners* aus dem Jahr 1974 zu nennen. In dieser hatte ein niederländischer Staatsangehöriger den Staat Belgien verklagt, weil dieser ihm per Gesetz die Ausübung des Anwaltsberufes versagte. Dabei hatte er das juristische Diplom erworben, das Belgiern die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs ermöglichte. Belgien begründete das Verbot damit, dass die anwaltliche Tätigkeit mit der Ausübung von Hoheitsgewalt verbunden sei und dieser Beruf daher notwendigerweise belgischen Staatsangehörigen vorbehalten bleiben müsse. Der EuGH trat dieser Sichtweise entgegen und stellte fest, dass „ausländische Staatsangehörige lediglich von den Tätigkeiten ferngehalten werden (dürfen), die, in sich selbst betrachtet, eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen".[140] Es sei zwar möglich, dass in einem Mitgliedstaat ein Anwalt hoheitliche Tätigkeiten ausführe. Artikel 45 EGV sei daher „für jeden Mitgliedstaat gesondert anhand der nationalen Bestimmungen über die Struktur und die Ausübung des betreffenden Berufs zu würdigen".[141] Typische Anwaltstätigkeiten wie Rechtsberatung und -beistand sowie die Verteidigung eines Mandanten vor Gericht seien dazu aber nicht zu rechnen, auch wenn das Einschalten

---

138 *Müller/Graf*, in: Streinz, (Fn. 35), Art. 45 EGV, Rdnr. 5.

139 *Schiller*, (Fn. 80), S. 32; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 92), Art. 45 EGV, Rdnr. 4.

140 EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974, Rdnr. 44 f.

141 Ibid., Rdnr. 46 f.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eines Anwalts gesetzlich vorgeschrieben sei. Denn alle diese Tätigkeiten lassen „die richterliche Beurteilung und die freie Ausübung der Rechtsprechungsbefugnis unberührt".[142] Es lässt sich somit folgern, dass dem EuGH die Einbindung einer Person mit ihrer berufstypischen Tätigkeit in staatliche Entscheidungsprozesse nicht ausreicht. Diese genügt selbst dann nicht, wenn die Person dabei besonders wichtige Funktionen innehat.[143] Hat ihre Tätigkeit nur unterstützende oder vorbereitende Funktion für eine anschließende Entscheidung eines Hoheitsträgers, wie das bei der anwaltlichen Tätigkeit in Bezug auf den Richter der Fall ist, erfolgt sie nicht stellvertretend für den Staat.[144] Folglich geht der EuGH implizit davon aus, dass ein Richter „öffentliche Gewalt" ausübt. Über den Begriff der „öffentlichen Gewalt" selbst sagt der EuGH nur, dass die Teilnahme daran „unmittelbar und spezifisch" sein muss. Ein Blick auf die ausführlicheren Schlussanträge von Generalanwalt *Mayras*, auf denen sich der EuGH „auszuruhen" scheint, lässt uns das Urteil *Reyners* aber besser verstehen. Diese bieten wesentlich mehr Anhaltspunkte für das Begriffsverständnis der „öffentlichen Gewalt": „Die öffentliche Gewalt entspringt der staatlichen Herrschaftsmacht, dem staatlichen Imperium. Sie beinhaltet für denjenigen, der sie ausübt, die Möglichkeit, dem Bürger gegenüber von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien und Zwangsbefugnissen Gebrauch zu machen."[145] Diese Aussage enthält erste Anhaltspunkte für eine Begriffsdefinition und ist bis heute der „populärste" Versuch einer Definition.

Eine weitere wichtige Entscheidung in diesem Zusammenhang ist die „Frontistiria"-Entscheidung[146] aus dem Jahr 1988. Dort ging es um das griechische Gesetz zur Errichtung von Privatschulen: In Griechenland durften nur Griechen als Haus- und Privatlehrer arbeiten, weil die Erziehung eine fundamentale Aufgabe des griechischen Staates sei. Der EuGH lehnte die Anwendung des Art. 45 EGV auf griechische Privatlehrer jedoch ab: Artikel 45 EGV beschränke sich auf das, „was zur Wahrung der Interessen, die diese Bestimmung den Mitgliedstaaten zu schützen erlaubt, unbedingt erforderlich ist."[147] Kernaussage dieses Urteils ist, dass für die Annahme einer Tätigkeit mit Hoheitsgewalt ein Handeln direkt gegenüber dem Bürger im Über- und Unterordnungsverhältnis erfolgen muss. Maßnahmen, die lediglich in der Erfüllung staatlicher Aufgaben wie der geistigen Bildung bestehen, reichen nicht. Der staatliche Erziehungsauftrag kann auch durch eine intensivere staatliche Kontrolle der Privatschulen erfüllt werden.

---

142 EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974, Rdnrn. 51 und 53; *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 20), Art. 45 EGV, Rdnr. 10.

143 *Henssler/Kilian*, (Fn. 95), S. 199.

144 *Grüb*, (Fn. 89), S. 121.

145 Schlussanträge GA *Mayras* zu EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974, 665.

146 EuGH, Rs. 147/86, *Frontistiria*, Slg. 1988, 1637.

147 Ibid., Rdnr. 7.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

In einem späteren Urteil stellte der EuGH nochmals klar, dass keine Tätigkeit der öffentlichen Gewalt vorliege, wenn diese nicht mit Außenwirkung gegenüber dem Bürger erbracht werde, sondern lediglich im Interesse des Staates diesem gegenüber erfolge.[148] Auch müsse der die öffentliche Gewalt Ausübende verbindliche Entscheidungen gegenüber dem Bürger treffen können, die nur noch in einem rechtsförmigen Verfahren abänderbar seien.[149] Dies war laut EuGH bei Kfz-Sachverständigen nicht der Fall, die zwar für das Gericht Gutachten erstellen und so den Zivilprozess beeinflussen. Der Richter ist aber in seiner Entscheidung nicht an die Sachverständigengutachten gebunden, selbst wenn er diesen mangels eigener Sachkenntnis mit hoher Wahrscheinlichkeit folgen wird.[150] Interessanterweise hatte einige Zeit später der BGH die Hoheitlichkeit von Kfz-Sachverständigen zu beurteilen und bejahte diese[151]: Wieder ein Beispiel dafür, dass der Begriff der öffentlichen Gewalt im Europarecht nicht mit der Definition in den Mitgliedstaaten gleichzusetzen ist.

Im „Thijssen"-Urteil[152] ging es einige Zeit später um die Hoheitlichkeit der Tätigkeit eines Betriebsprüfers, der von Versicherungsaufsichtsbehörden zu Versicherungsgesellschaften entsandt wird. Dessen Hauptaufgabe ist zwar, die Aufsichtsbehörden, also staatliche Stellen, mit Informationen zu versorgen. Er kann aber gegen Unternehmensentscheidungen, die eine strafbare Handlung enthalten, ein Veto einlegen. Erlangt also seine Tätigkeit unmittelbare Rechtsverbindlichkeit gegenüber den betroffenen Bürgern und ist deshalb hoheitlich? Der EuGH verneinte dies, weil die Letztentscheidungsgewalt bei der Aufsichtbehörde selbst läge und deshalb nur diese Hoheitsgewalt ausübe. Kernaussage ist also, dass die fragliche Tätigkeit gegenüber dem Bürger verbindliche, endgültige Rechtsfolgen haben muss und nicht nur einer staatlichen Einrichtung die Möglichkeit eröffnet, mit den so erlangten Erkenntnissen solche Rechtsfolgen anzuordnen.[153]

Einen Schritt weiter in der Dogmatik des Art. 45 EGV bringt die Betrachtung der „Sicherheitsdienste"-Urteile des EuGH.[154] Darin ging es um die Frage, ob private Sicherheitsdienste Hoheitsgewalt ausübten und deshalb nur Inländer dieser Tätig-

148 EuGH, Rs. C-3/88, *Kommission/Italien*, Slg. 1989, 4035 ff.

149 EuGH, Rs. C-306/89, *Kommission/Griechenland*, Slg. 1991, 5863 ff.

150 Ibid.

151 BGHZ 49, 108 ff.; BGH NJW 1973, S. 458; BGH, NJW 1993, S. 1784.

152 EuGH, Rs. C-42/92, *Thijssen*, Slg. 1993, I-4047.

153 *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 92), Art. 45 EGV, Rdnr. 9; *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 20), Art. 45 EGV, Rdnr. 10.

154 Sicherheitsdienste I: EuGH, Rs. C-114/97, *Kommission/Spanien*, Slg. 1998, I-6717; EuZW 1999, S. 125; Sicherheitsdienste II: EuGH, Rs. C-355/98, *Kommission/Belgien*, Slg. 2000, I-344; EuZW 2000, S. 344; Sicherheitsdienste III: EuGH, Rs. C-283/99, *Kommission/Italien*, Slg. 2001, I-4363; EuZW 2001, S. 603.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

keit nachkommen dürften. Der EuGH verneinte dies. Private Sicherheitsleute üben „Jedermannrechte" aus und handeln nicht auf öffentlich-rechtlicher, sondern auf privatrechtlicher Grundlage. Sogar wenn sie staatliche Sicherheitsbehörden unterstützen, sei dies nur eine Hilfstätigkeit. Die Ausübung von Hoheitsgewalt verlangt also, dass einer Person ein „Mehr" an Rechten zukommt als dem Durchschnittsbürger. Auch wenn die Sicherheitsdienste unter der Disziplinargewalt der Polizei stehen, staatlich vereidigt sind und Verbrecher festnehmen dürfen, reicht dies nicht.[155]

Die erst vor wenigen Jahren ergangene Entscheidung *Spanische Seekapitäne* ist für die Frage der Ausübung von Hoheitsgewalt durch Notare besonders interessant.[156] Dort ging es um eine spanische Vorschrift, die die Tätigkeit der spanischen Seekapitäne und -offiziere Spaniern vorbehielt, weil diese staatliche Funktionen wie Sicherheits- und Polizeiaufgaben, notarielle und personenstandsrechtliche Aufgaben wahrnähmen. Diese Entscheidung erging zwar zu Art. 39 Abs. 4 EGV, enthält aber Aussagen, die auch für die Auslegung von Art. 45 EGV herangezogen werden können. Das Urteil ist zunächst bemerkenswert, weil der EuGH zum ersten Mal in seiner Rechtsprechung annahm, dass eine hoheitliche Tätigkeit im Prinzip vorliegt, weil die hoheitlichen Befugnisse der Kapitäne über bloße Hilfstätigkeiten hinausgehen. „Die Kapitäne" werden „bei der Erfüllung der ihnen übertragenen öffentlichen Aufgaben als Vertreter der öffentlichen Gewalt im Dienst der allgemeinen Belange des Flaggenstaats tätig".[157] Allerdings brachte der EuGH als „Neuerung" einen zeitlichen Aspekt ins Spiel: Artikel 39 Abs. 4 EGV sei nur dann erfüllt, wenn die oben genannten Befugnisse tatsächlich regelmäßig und nicht nur ganz gelegentlich ausgeübt würden. Denn die Belange eines Mitgliedstaats sind nicht gefährdet, wenn ein EG-Ausländer nur ausnahmsweise hoheitliche Befugnisse für ihn wahrnimmt. Daran fehlte es hier. Bezüglich der notariellen Tätigkeiten geht es um die öffentliche Beurkundung, um das Verfassen und die Verwahrung von Testamenten (Art. 722 und 729 Código Civil) und die Errichtung personenstandsrechtlicher Urkunden gemäß Art. 52 Código Civil, nach dem der Kapitän unter bestimmten Voraussetzungen Eheschließungen vornehmen kann.[158] Es finden sich hier Parallelen zu § 2232 BGB, zur Verwahrung von Erbverträgen durch den beurkundenden Notar oder auch zu den nach §§ 2249 ff. BGB zu errichtenden Nottestamenten.[159] Manche sehen in diesem Urteil schon die Bestätigung

155 *Henssler/Kilian*, (Fn. 95), S. 205.

156 EuGH, Rs. C-405/01, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Espanola*, Slg. 2003, I-10391; DVBl. 2004, S. 197.

157 EuGH, Rs. C-405/01, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Espanola*, Slg. 2003, I-10391, Rdnr. 43.

158 Ibid., Rdnr. 15.

159 *Schill*, (Fn. 65), S. 2016.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

des EuGH, dass die notarielle Beurkundung unter Art. 45 EGV fällt.[160] Allerdings sind die notariellen Befugnisse der spanischen Seekapitäne insgesamt gering. Somit wird der EuGH seine Konsequenz, die Tätigkeit der spanischen Seekapitäne dem Art. 39 Abs. 4 EGV zu unterstellen, eher aus deren Sicherheits- und Polizeibefugnissen gefolgert haben, die Bereiche klassischer Eingriffsverwaltung sind. Denn dem EuGH reichten in einer Parallelentscheidung zu deutschen Kapitänen allein polizeiliche und sicherheitsrechtliche Befugnisse aus, um die gleiche Schlussfolgerung wie bei den spanischen Kapitänen zu ziehen.[161] Darüber, ob allein die notariellen Befugnisse der Kapitäne zur Unterstellung ihrer Tätigkeit unter Art. 39 Abs. 4 EGV ausgereicht hätten, lässt sich nur spekulieren. Trotzdem ist die Entscheidung *Spanische Seekapitäne* ein wichtiges Präjudiz.

(2) Interpretationsansätze der Kommission

Die Kommission hat sich in der Vergangenheit an einer Begriffsinterpretation versucht: „Man könne [...] den Begriff der Ausübung öffentlicher Gewalt dahin definieren, dass es sich um die Verwirklichung eines Sonderrechts mit Zwangsbefugnissen gegenüber Personen und Sachen handle, das dem Bürger im allgemeinen Gewaltverhältnis nicht zusteht und demjenigen, dem es eingeräumt sei, gestattet, unabhängig von der Billigung oder sogar gegen den Willen Dritter tätig zu werden".[162] Ein Vergleich mit der Aussage von Generalanwalt *Mayras* zeigt, dass die Interpretation der Kommission enger ist, weil diese nur Zwangsbefugnisse als Kennzeichen von Hoheitsgewalt annimmt, nicht aber Sonderrechte oder Hoheitsprivilegien. Sie verlangt sogar ein Tätigwerden gegen den Willen der Bürger. Diese Definition, die den Bereich staatlicher Souveränität stark eingeschränkt hätte, relativierte die Kommission aber später. Sie verlangte keine Tätigkeit gegen den Willen der Bürger mehr und stellte auf „öffentlich-rechtliche Sonderrechte, auf Vorrechte der öffentlichen Gewalt verbunden mit Zwangsmitteln gegenüber dem Betroffenen"[163] ab. Damit ist ihre Definition der von Generalanwalt *Mayras* angenähert.

(3) Interpretationsversuche in der Literatur

Auch in der Literatur hat sich noch keine „herrschende" Meinung bezüglich der Definition des Begriffs der „öffentlichen Gewalt" herausgebildet. Manche behaupten sogar, eine abstrakte, allgemeingültige Begriffsdefinition sei nicht möglich. Ob

160 *Fetsch*, (Fn. 97), S. 561.

161 EuGH, Rs. C-47/02, *Anker*, Slg. 2003, I-10447; *Schill*, (Fn. 65), S. 2016.

162 Stellungnahme der Kommission zu: EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974, 641.

163 Stellungnahme der Kommission zu: EuGH, Rs. C-306/89, *Kommission/Griechenland* Slg. 1991, 5867.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eine Tätigkeit unter Art. 45 EGV falle, ließe sich nur für den Einzelfall bestimmen.[164] Entweder wird auf die Rechtsprechung des EuGH verwiesen und die wichtigsten Sätze aus dem „Reyners"-Urteil zitiert[165] oder die Begriffsbestimmung von Generalanwalt *Mayras* übernommen.[166] Generell wird gesagt, dass die Frage nach dem Vorliegen „öffentlicher Gewalt" nicht pauschal mit dem öffentlich-rechtlichen Charakter der betroffenen Tätigkeit in dem betreffenden Mitgliedstaat beantwortet werden kann.[167] Daraus folgert eine andere Ansicht, dass Art. 45 EGV nur einschlägig sei, wenn die konkrete Tätigkeit in den für die Mitgliedstaaten sensiblen Bereich der Ausübung von Staatsgewalt fällt oder den spezifischen Gegenstand staatlicher Hoheitsgewalt ausdrückt.[168] Andere sprechen von Tätigkeiten, die wegen ihres nationalen Hoheitscharakters den binnenmarktlichen Integrationserfordernissen entzogen sein sollen.[169] Artikel 45 EGV greift deshalb nur dort, wo anderenfalls ein echtes Über- und Unterordnungsverhältnis zugunsten eines ausländischen Niedergelassenen entstehen würde.[170] Ein weiterer Versuch der Begriffsinterpretation ist das „nicht- erwerbswirtschaftliche Handeln in Erledigung von Staatsfunktionen".[171]

(4) Zusammenfassung: Versuch einer Begriffsdefinition der „öffentlichen Gewalt"

Allgemein ist zu sagen, dass der Begriff der „öffentlichen Gewalt" im Gleichlauf zur Auslegung des Begriffs der „öffentlichen Verwaltung" in Art. 39 Abs. 4 EGV funktional und nicht institutionell zu sehen ist.[172] Es kommt nicht darauf an, ob ein Staat eine Tätigkeit formal gesehen öffentlich-rechtlich ausgestaltet oder in die Staatsverwaltung eingegliedert hat, sondern nur auf ihre inhaltlich-objektive Teilhabe an der staatlichen Gewalt.[173] Im Zweifelsfall ist der Begriff der „öffentlichen Gewalt" eng auszulegen, weil dieser Teil einer „Ausnahmevorschrift ist, die nur so-

164 *Hergeth*, (Fn. 4), S. 122; *Fischer*, (Fn. 7), S. 493 f.

165 *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 92), Art. 45 EGV, Rdnr. 7; *Schlag*, in: Schwarze, (Fn. 97), Art. 45 EGV, Rdnr. 6 f.

166 *Müller/Graf*, in: Streinz, (Fn. 35), Art. 45 EGV, Rdnr. 5; *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 20), Art. 45 EGV, Rdnr. 6; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 92), Art. 45 EGV, Rdnr. 7.

167 *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 20), Art. 45 EGV, Rdnr. 4.

168 *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 92), Art. 45 EGV, Rdnr. 8.

169 *Müller-Graf*, in: Streinz, (Fn. 35), Art. 45 EGV, Rdnr. 4; *Oppermann*, Europarecht, 3. Aufl. 2005, Rdnr. 1542.

170 *Schlag*, in: Schwarze, (Fn. 97), Art. 45 EGV, Rdnr. 3.

171 *Kranz*, (Fn. 117), S. 364.

172 *Richter*, (Fn. 37), S. 1; *Preuß*, (Fn. 11), S. 309.

173 *Schiller*, (Fn. 80), S. 31; *Grüb*, (Fn. 89), S. 114.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

weit reicht, wie der Zweck es erfordert, um dessentwillen die Ausnahme besteht".[174] Den oben dargestellten Entscheidungen und Stellungnahmen lassen sich jedoch noch weitere charakteristische Merkmale entnehmen, die eine Tätigkeit, die mit der Ausübung von Hoheitsgewalt verbunden ist, aufweisen muss oder eben nicht aufweisen darf: Erstens muss eine hoheitliche Tätigkeit Befugnisse mit sich bringen, die nicht jedem Bürger zukommen, die also keine „Jedermannrechte" sind.[175] Am treffendsten und prägnantesten formulierte Generalanwalt *Mayras*, dass jemand, der öffentliche Gewalt ausübt, von „Sonderrechten, Hoheitsprivilegien oder Zwangsbefugnissen" Gebrauch machen können muss. Der Begriff „Zwangsbefugnis" darf dabei nicht darauf reduziert werden, dass es sich bei ihm um die Durchsetzung reiner Zwangsgewalt gegen den Willen des Bürgers handelt.[176] So kann nicht nur die Eingriffs-, sondern auch die Leistungsverwaltung aus der Sicht des Adressaten hoheitlich sein, wenn eine Maßnahme zunächst einseitige Rechtsfolgen hat, die auch gegen dessen Willen eintreten und nur im Verfahren des nachträglichen Rechtsschutzes angefochten werden können.[177] Wie das Wort „Gewalt" selbst impliziert, muss es sich um eine imperative, verbindliche Tätigkeit handeln, für die ein Subordinationsverhältnis charakteristisch ist.[178] Zweitens muss eine hoheitliche Tätigkeit direkt gegenüber dem Bürger ausgeübt werden, muss also Außenwirkung im Einzelfall haben und darf nicht nur im Interesse des Staates diesem gegenüber erfolgen. Es darf nicht nur das Funktionieren des Staatsapparats durch eine reine Hilfstätigkeit oder technische Tätigkeit[179] erleichtert werden. Der EuGH umschrieb dieses Kriterium damit, dass er stets eine „unmittelbare [...] Teilnahme an der öffentlichen Gewalt" forderte.[180] Es reicht nicht, wenn ein privater Leistungsträger einer staatlichen Instanz nur die inhaltliche Grundlage, die Vorbereitung für eine staatliche Entscheidung liefert, an die der staatliche Entscheidungsträger nicht gebunden ist.[181] Vielmehr muss der Leistungsträger selbst autonome staatliche Entscheidungen mit Letztentscheidungsgewalt fällen.[182] Daran fehlte es laut EuGH bei Anwälten, Kfz-Sachverständigen und bei Versicherungsprüfern. Das neueste und letzte Kriterium, das der Rechtsprechung des

174 EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974, Rdnr. 42 f.

175 *Henssler/Kilian*, (Fn. 95), S. 207.

176 *Grüb*, (Fn. 89), S. 116.

177 *Schiller*, (Fn. 80), S. 31; *Grüb*, (Fn. 89), S. 122; *Jung*, (Fn. 120), S. 119.

178 *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 92), Art. 45 EGV, Rdnr. 9; *Schiller*, (Fn. 80), S. 31; *Jung*, (Fn. 120), S. 119.

179 *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 20), Art. 45 EGV, Rdnr. 10.

180 *Henssler/Kilian*, (Fn. 95), S. 209; *Schiller*, (Fn. 80), S. 35; *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 20), Art. 45 EGV, Rdnr. 10.

181 *Hergeth*, (Fn. 4), S. 126 f.

182 *Schiller*, (Fn. 80), S. 36; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 92), Art. 45 EGV, Rdnr. 9.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

EuGH und auch schon dem Wortlaut des Art. 45 EGV zu entnehmen ist, ist das zeitliche: Die Ausübung von Hoheitsgewalt darf nicht nur ganz gelegentlich oder zufällig, sondern muss charakteristischer Bestandteil der betroffenen Tätigkeit sein.[183] Bleiben danach noch Zweifel, ist der Begriff der „öffentlichen Gewalt" eng auszulegen, weil dieser Teil einer „Ausnahmevorschrift ist, die nur soweit reicht, wie der Zweck es erfordert, um dessentwillen die Ausnahme besteht".[184]

II. Rechtsfolgen des Art. 45 EGV

Auch die Rechtsfolgen des Art. 45 EGV sind nicht eindeutig. Während ein Teil der Literatur annimmt, dass sich Art. 45 EGV darin erschöpft, dass die Mitgliedstaaten die Ausübung hoheitlicher Tätigkeiten ihren eigenen Staatsangehörigen vorbehalten dürfen, ansonsten aber die Niederlassungsfreiheit anwendbar sei[185], verstehen die anderen die Norm als umfassende Souveränitätsreserve für die Mitgliedstaaten mit der Folge der Unanwendbarkeit der Grundfreiheiten und der alleinigen Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten für die von der Norm erfassten Berufe.[186] Folgt man der ersten Ansicht, so würde die freiwillige Nichtgeltendmachung des Nationalitätsvorbehalts zugleich einen Verzicht auf die Anwendung der Bereichsausnahme bedeuten.[187] Nach der zweiten Meinung hätte ein freiwilliger Verzicht auf diesen keinerlei Einfluss auf die mitgliedstaatliche Organisationskompetenz bezüglich des Berufsstandes.[188] Die erste, ältere Meinung lässt sich dadurch erklären, dass die Dienstleistungs- und die Niederlassungsfreiheit zuerst reine Diskriminierungsverbote waren. Organisationsregeln bezüglich der freien Berufe fielen, soweit sie reine Beschränkungen enthielten, nicht in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten. Da der Staatsangehörigkeitsvorbehalt der schwerste Fall der offenen Diskriminierung ist, reduzierten einige Autoren Art. 45 EGV darauf, eine Erlaubnisnorm für diese Art der Diskriminierung zu sein. Meines Erachtens ist diese erste Meinung deshalb mit der Anerkennung der Dienstleistungs- und der Niederlassungsfreiheit als allgemeine Beschränkungsverbote hinfällig und abzulehnen. Vertreter der ersten Meinung und auch andere Autoren vermischten und vermischen heute noch sehr oft die Argumentation, ob ein Nationalitätsvorbehalt z.B. bei Notaren nötig und zweckmäßig sei, mit der, ob öffentliche Gewalt i.S.d.

183 *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 20), Art. 45 EGV, Rdnr. 9; *Henssler/Kilian*, (Fn. 95), S. 211.

184 EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974, Rdnr. 42 f.

185 Bericht des Ausschusses des Europäischen Parlaments für Recht und Bürgerrechte zur Lage und Organisation des Notarstands in den zwölf Mitgliedstaaten der Gemeinschaft, Buchstabe D Nr. 5, Az A3-0422/93 (95/90), S. 12-14; *Basedow*, (Fn. 8), S. 429.

186 *Drasch*, (Fn. 25), S. 282; *Hergeth*, (Fn. 4), S. 202.

187 Ibid., S. 202 f.

188 *Schippel*, in: Fs. für Lerche, (Fn. 4), S. 505.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Art. 45 EGV vorliege.[189] Es wird eine Art Gesamtschau unter Außerachtlassung der Dogmatik der Grundfreiheiten vorgenommen.[190] Mit der zweiten Ansicht geht Art. 45 EGV in seiner Rechtsfolge aber über die Frage der Notwendigkeit des Nationalitätsvorbehalts hinaus. Es geht um die gesamte Organisationsgewalt des Staates bezüglich hoheitlicher Tätigkeiten. Der Staatangehörigkeitsvorbehalt ist nur ein Teilaspekt des Art. 45 EGV, über den separat diskutiert werden muss.[191] Sogar die Kommission erweckt in ihrer begründeten Stellungnahme zum oben genannten Vertragsverletzungsverfahren teilweise den Anschein, es ginge bei der Frage der Anwendbarkeit des Art. 45 EGV auf die Notare allein um den Nationalitätsvorbehalt.[192] Darüber hinaus wirft sie darin den Notaren vor, dass die Umsetzung der Richtlinie 89/48/EWG das mildere Mittel gegenüber dem Staatsangehörigkeitsvorbehalt sei. Das Staatsangehörigkeitskriterium sei nicht angemessen, um ein zum Schutz der Verbraucher ausreichendes Niveau beruflicher Qualifikation zu gewährleisten. Die Niederlassungsfreiheit würde durch die Umsetzung der in Art. 4 der Richtlinie 89/48/EWG vorgesehenen Ausgleichsmaßnahmen weniger stark beschränkt. Die Kommission interpretiert folglich in Art. 45 EGV eine Art Verhältnismäßigkeitskriterium hinein.[193] Ein solches Kriterium ist aber in der Rechtsprechung des EuGH im Zusammenhang mit den Bereichsausnahmen noch niemals aufgetaucht. Es geht vielmehr darum, ob es sich bei einem Nationalitätsvorbehalt wie § 5 BNotO überhaupt um einen Fall handelt, auf den die Grundfreiheiten anwendbar sind. Die Umsetzung der Richtlinie stände bei Nichtanwendbarkeit des Art. 45 EGV nicht in einem Alternativ-, sondern in einem Konsekutivverhältnis zur Abschaffung des Nationalitätsvorbehalts.[194]

Weiter bestand Unklarheit darüber, ob Art. 45 EGV nur die Anwendbarkeit des Art. 43 EGV oder des gesamten Kapitels über die Niederlassungsfreiheit ausschließt. Der Wortlaut spricht für Letzteres, da die „Anwendung dieses Kapitels" ausgeschlossen werden soll.[195] Auch der Vergleich mit Art. 39 Abs. 4 EGV unterstützt dies, weil dieser Absatz sich explizit nur auf Art. 39 Abs. 1-3 EGV bezieht. Bei gleicher Reichweite der Tatbestandsausnahmen hätte der EG-Gesetzgeber diese auch gleich formuliert. Daraus folgt, das wenn Art. 45 EGV einschlägig ist, auch

---

189 *Müller-Graf*, in: Streinz, (Fn. 35), Art. 45 EGV, Rdnr. 23; *Schill*, (Fn. 65), S. 2017; *Schiller*, (Fn. 80), S. 50.

190 Stellungnahme des deutschen Notarvereins gegenüber dem Bundesministerium der Justiz zum Vertragsverletzungsverfahren Nr. 1996/4739 v. 17.11.2006, S. 3.

191 *Preuß*, (Fn. 11), S. 320; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 92), Art. 45 EGV, Rdnr. 9.

192 Mit Gründen versehene Stellungnahme der Kommission v. 12.10.2006, 996/4739, K(2006)4669, Ziffern 16, 25 und 28 f.

193 Ibid., Ziffer 28 f.

194 *Haeder*, (Fn. 45), S. 150.

195 *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf; (Fn. 92), Art. 45 EGV, Rdnr. 13.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Anwendbarkeit der Kompetenznormen, besonders der des Art. 47 EGV, ausscheidet.[196] Wenn also Art. 45 EGV auf Notare anwendbar wäre, dann hätte die EG damit ihre Kompetenz zur Regelung der Berufsqualifikation des Notarberufs verloren.

E. Anwendung der gefundenen Kriterien auf die diversen Betätigungsfelder des Notars

Hier ist zunächst zu hinterfragen, ob das deutsche Notariatswesen aus nationaler Perspektive hoheitlich ausgestaltet ist. Denn wäre dies nicht der Fall, müsste die Anwendbarkeit von Art. 45 EGV gar nicht mehr untersucht werden. Ist dies aber der Fall, so sind die verschiedenen Betätigungsfelder des Notars unter den europarechtlichen Begriff der „öffentlichen Gewalt" zu subsumieren.

I. Hoheitliche Ausgestaltung der Notartätigkeit in Deutschland?

In § 1 BNotO wird der Notar als Inhaber eines ihm vom Staat übertragenen öffentlichen Amtes bezeichnet. Er übt eine funktional zum öffentlichen Dienst gehörende Tätigkeit aus.[197] „Der Notar hat seine hoheitlichen Befugnisse auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege durch Delegation vom Staat erhalten, um öffentliche Urkunden zu redigieren und zu beurkunden und mit Beweiskraft und Vollstreckbarkeit auszustatten und aufzubewahren".[198] Laut BVerfG übt der Notar einen „staatlich gebundenen Beruf" nahe dem eines Richters oder dem eines Staatsbeamten aus.[199] Seine Tätigkeiten müssten wegen ihrer besonderen Rechtswirkungen von Behörden oder Gerichten ausgeübt werden, würde sie der Notar nicht wahrnehmen. Die Stellung des Notars in Deutschland kann nicht verstanden werden ohne kurz das deutsche System der vorbeugenden Rechtspflege zu erläutern, in dem der Notar neben Richtern und Rechtspflegern ein wesentlicher Akteur ist.[200] Das deutsche Rechtssystem geht von einem Zwei-Säulen-Modell aus: Anders

196 Schlussanträge GA *Lenz* in EuGH, Rs. 306/89, *Kommission/Griechenland*, Slg. 1991, I-5876, Rdnr. 28; Stellungnahme des deutschen Notarvereins gegenüber dem Bundesministerium der Justiz zum Vertragsverletzungsverfahren Nr. 1996/4739 v. 17.11.2006, S. 2.

197 *Richter*, (Fn. 37), S. 1 f.

198 Definition des Notarberufs der Internationalen Union des Lateinischen Notariats.

199 BVerfGE 16, 22 ff.; 17, 376 ff.; 17, 386 ff.; 47, 319.

200 *Schmidt*, in: Keidel/Kuntze/Winkler, Kommentar zum Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 15. Aufl. 2003, § 1 FGG, Rdnr. 3; *Frenz*, in: Eylmann/Vaasen, (Fn. 45), § 1 BNotO, Rdnr. 11; Positionspapier der Bundesnotarkammer v. 31.7.2001 zu: Notare in Europa – Träger eines öffentlichen Amtes, S. 1.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

als im anglo-amerikanischen und skandinavischen Rechtsraum schaltet sich der Staat nicht nur bei der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten ein, sondern sieht bei Rechtsgeschäften mit besonderer persönlicher oder vermögensrechtlicher Tragweite eine zwingende präventive Rechtskontrolle vor. Ziele sind die Gewährleistung von Rechts- und Beweissicherheit zum Zweck späterer Streitvermeidung sowie der Schutz unerfahrener und ungewandter Beteiligter vor rechtlicher Benachteiligung.[201] Der Notar nimmt seine Aufgaben folglich nicht wahr, um privatrechtliche Verträge zu erfüllen, sondern um das ihm übertragene öffentliche Amt im Rahmen eines öffentlichen Verfahrens, sozusagen als „Richter im Vorfeld", auszuüben. Er steht damit nicht nur im Dienste der Parteien, sondern auch im Dienste staatlicher Gemeinwohlinteressen und einer geordneten Rechtspflege.[202] Wertvolle Rechtsgüter wie Grund und Boden, familiäre und juristische Statusverhältnisse werden der Privatautonomie entzogen und materiell-rechtlich durch den Formzwang unter staatliche Obhut gestellt.[203] So müssen alle Rechtsakte in der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach dem deutschen Konzept mit Hoheitsgewalt ausgestattet sein, denn nur durch diese haben sie statusbegründende und -ändernde Wirkungen nicht nur zwischen den Parteien, sondern gegenüber jedermann. So wäre, wenn man diesem Teil der Rechtspflege ihren hoheitlichen Charakter abspricht, die freiwilligen Gerichtsbarkeit nach dem deutschen Konzept ihres Fundaments beraubt.

Anders als der Anwalt ist der Notar in Deutschland gemäß § 15 BNotO zur Amtsausübung verpflichtet.[204] Insbesondere die mangelnde Wirtschaftlichkeit eines Beurkundungsersuchens berechtigt den Notar nicht, eine Tätigkeit zu verweigern. Bei bedürftigen Parteien wird der Notar sogar unter den Voraussetzungen des § 17 Abs. 2 BNotO unentgeltlich tätig. Der Bürger hat wie im Verwaltungsverfahren ein subjektiv-öffentliches Recht auf die Vornahme der Amtshandlung oder einen „Urkundsgewähranspruch".[205] Der Notar ist auch wie ein Richter, im Gegensatz zum die Seite seines Mandanten vertretenden Anwalt, zur Unparteilichkeit und Unabhängigkeit gegenüber den Parteien gemäß § 14 Abs. 1 Satz 3 BNotO verpflichtet.[206] Auch muss der Notar die Parteien bei der Beurkundung von Willenserklärungen nach § 17 Abs. 1 BeurkG belehren. Anders als beim Anwalt können

---

201 *Lerch*, in: Arndt/Lerch/Sandkühler, (Fn. 6), § 1 BNotO, Rdnr. 4; Positionspapier der Bundesnotarkammer v. 31.7.2001 zu: Notare in Europa – Träger eines öffentlichen Amtes, S. 2.

202 *Ott*, (Fn. 5), S. 93; Positionspapier der Bundesnotarkammer v. 31.7.2001 zu: Notare in Europa – Träger eines öffentlichen Amtes, S. 2.

203 *Richter*, (Fn. 37), S. 2.

204 *Reithmann*, in: Schippel/Bracker, (Fn. 6), § 15 BNotO, Rdnr. 15 ff.; *Sandkühler*, in: Arndt/Lerch/Sandkühler, (Fn. 6), § 15 BNotO, Rdnr. 6 ff.

205 *Reithmann*, in: Schippel/Bracker; (Fn. 6), § 15 BNotO, Rdnr. 15.

206 *Eue*, (Fn. 9), in: Fs. für Schippel, S. 609; *Frenz*, in: Eylmann/Vaasen, (Fn. 45), § 1 BNotO, Rdnr. 28; *Bracker*, in: Schippel/Bracker, (Fn. 6), § 1 BNotO, Rdnr. 18 f.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Parteien auf die Belehrung auch nicht so einfach verzichten.[207] Die hoheitliche Ausgestaltung in Deutschland wird nochmals dadurch deutlich, dass den Notaren in neuerer Zeit immer mehr nach deutscher Vorstellung hoheitliche Aufgaben übertragen werden, um die staatliche Rechtspflege zu entlasten. So war ein vereinfachtes Scheidungsverfahren geplant, bei dem alle wichtigen Fragen von scheidungswilligen Ehegatten mit dem Notar erörtert und in einer Scheidungsfolgenvereinbarung niedergelegt werden sollten. Die formelle Scheidung vollzieht zwar weiterhin das Gericht, aber ohne vertiefte Sachprüfung und ohne Anwälte. Auch sollten den Notaren Aufgaben des Nachlassgerichts erster Instanz wie die Erteilung von Erbscheinen übertragen werden.[208] Seit dem 1. November 2001 werden gleichgeschlechtliche eingetragene Lebenspartnerschaften in Bayern nicht etwa vor dem unbestritten hoheitlich tätigen Standesbeamten, sondern vor dem Notar geschlossen.[209] Die hoheitliche Ausgestaltung des Notarberufs aus der deutschen Sicht steht mithin außer Frage.

II. Subsumption der diversen Notartätigkeiten unter den Begriff der „öffentlichen Gewalt"

Wie gesagt kann die Prüfung, ob öffentliche Gewalt i.S.d. Art. 45 EGV vorliegt, nicht für den gesamten Beruf des Notars durchgeführt werden. Vielmehr muss dies für jede einzelne Notartätigkeit gesondert festgestellt werden. Erst wenn der überwiegende Teil notarieller Tätigkeiten jeweils für sich gesehen als Ausübung hoheitlicher Gewalt angesehen werden kann, kann über die pauschale Anwendung des Art. 45 EGV auf das gesamte Notariat nachgedacht werden.[210]

1. Beurkundungstätigkeit

Die notarielle Kerntätigkeit liegt in der Beurkundung von Rechtsvorgängen nach § 20 Abs. 1 Satz 1 BNotO.[211] Darunter versteht man die Herstellung eines Schriftstücks, das die Wahrnehmung von Tatsachen bezeugt, die der Errichtende wahrgenommen hat, gleich ob es sich bei den Tatsachen um Willenserklärungen, Erklärungen nicht notwendig rechtsgeschäftlichen Inhalts oder sonstige Vorgänge

207 *Reithmann*, in: Schippel/Bracker, (Fn. 6), § 20 BNotO, Rdnr. 4a; Stellungnahme des deutschen Notarvereins gegenüber dem Bundesministerium der Justiz zum Vertragsverletzungsverfahren Nr. 1996/4739 v. 17.11.2006, S. 5.

208 *Stern*, (Fn. 120), S. 371; *Schill*, (Fn. 65), S. 2018.

209 Art. 1 Abs. 1 BayAGLPartG, BayGBl 2001, S. 677; Stellungnahme des deutschen Notarvereins zum Vertragsverletzungsverfahren Nr. 1996/4739, S. 8.

210 *Schill*, (Fn. 65), S. 2017.

211 *Schiller*, (Fn. 80), S. 44.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

oder Zustände der Außenwelt handelt.[212] Das hergestellte Schriftstück ist eine öffentliche Urkunde. Von den oben aus der Rechtsprechung des EuGH herausgearbeiteten drei Kriterien für das Vorliegen von öffentlicher Gewalt ist unproblematisch das dritte, zeitliche Kriterium erfüllt, da die Beurkundungstätigkeit den überwiegenden Teil der notariellen Tätigkeit darstellt. Gegen das Vorliegen des ersten Kriteriums, des Subordinationsverhältnisses, wird teilweise eingewandt, dass sich die Beurkundungspflicht lediglich aus den Formvorschriften des materiellen Rechts ergibt und nicht aus „ausgeübter Hoheitsmacht".[213] Das Beurkundungsverfahren wird durch den öffentlich-rechtlichen Verfahrensantrag der Parteien selbst eingeleitet.[214] Auch können die Parteien den Notar – sogar teilweise einen ausländischen –, den Beurkundungszeitpunkt und den Inhalt der Urkunde wählen, so dass jedes „Zwangselement" fehlt.[215] So spricht die Kommission in ihrer mit Gründen versehenen Stellungnahme aus dem Jahr 2006 und auch vorher in ihren Aufforderungsschreiben[216] der notariellen Beurkundung die Hoheitsgewalt deshalb ab, weil diese im Unterschied zur richterlichen Tätigkeit keine streitentscheidende, strafverhängende oder rechtsfortbildende Tätigkeit sei, sondern nur eine, die vorbeugend und helfend wirke.[217] Auch könne der Notar nicht wie ein Staatsanwalt Strafverfahren einleiten. Im Vordergrund stehe der streitvermeidende, präventive und vorbereitende Charakter der notariellen Tätigkeit.

Dagegen ist anzumerken, dass der Notar zwar keine klassische Eingriffsverwaltung ausübt, wie oben herausgearbeitet aber auch „Sonderrechte" im Rahmen der Leistungsverwaltung ausreichen können, um eine Tätigkeit als hoheitlich i.S.d. Art. 45 EGV einzuordnen.[218] Wenn die Kommission unbedingt auf ein „Zwangselement" hinaus will, kann dies darin gesehen werden, dass die Parteien, wenn sie gewisse formbedürftige Rechtsgeschäfte vornehmen wollen, gezwungen sind, zum Notar

---

212 *Reithmann*, in: Schippel/Bracker, (Fn. 6), § 20 BNotO, Rdnr. 1; *Haeder*, (Fn. 45), S. 155; *Hergeth*, (Fn. 6), S. 131 f.

213 *Haeder*, (Fn. 45), S. 135.

214 *Sandkühler*, in: Arndt/Lerch/Sandkühler, (Fn. 6), § 20 BNotO, Rdnr. 11.

215 *Lutz*, Die Ausnahmen der öffentlichen Verwaltung und die öffentliche Gewalt, Eine Untersuchung zur Natur und Anwendungsbereich des Art. 48 Abs. 4 und Art. 55 Abs. 1 EWGV im Lichte rechtstheoretischer Überlegungen m allgemeinen und der Judikatur des EuGH im speziellen – Mögliche Anwendung der Ausnahme auf das Berufsbild des Notars, 1991, S. 115 f.; *Grüb*, (Fn. 89), S. 182.

216 Aufforderungsschreiben der Kommission v. 8.11.2000, SG(2000)D/108215 und v. 16.7.2000, SG(2002) D/220099.

217 Mit Gründen versehene Stellungnahme der Kommission v. 12.10.2006, 996/4739, K(2006)4669, Ziffern 16 und 18.

218 *Wittkopp*, (Fn. 99), S. 42 f.; Schlussanträge GA *Mayras* zu EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974, 665.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zu gehen.[219] Sie sind gezwungen, persönlich zu erscheinen, sich auszuweisen, sich den Text der Urkunde vorlesen und erläutern zu lassen und schließlich zu unterschreiben.[220] Die fehlende Mitwirkungsbereitschaft wird zwar nicht mit typischen Zwangsmaßnahmen wie Ordnungshaft oder Zwangsgeld sanktioniert, sondern nur mit der Nichtvornahme des Rechtsgeschäfts. Aber auch bei einer Pass- oder Straßenverkehrsbehörde oder beim Standesamt ist niemand gezwungen zu erscheinen. Erscheint man aber nicht, erhält man keinen Pass oder Führerschein oder kann nicht heiraten. Bei diesen Behörden zweifelt jedoch niemand die Hoheitlichkeit an. Auch ist es nicht ganz richtig, dass der Notar den Parteien nicht den Inhalt der Urkunde vorschreiben kann.[221] Zwar soll der Notar den wirklichen Willen der Parteien ermitteln. Wollen die Parteien aber z.B. etwas Sittenwidriges oder anderweitig Verbotenes vereinbaren, so muss der Notar gemäß § 4 BeurkG und § 14 Abs. 2 BNotO die Beurkundung verweigern. Er nimmt also sehr wohl eine Inhaltskontrolle vor. Außerdem werden die Parteien in der Praxis wegen des Fachwissens und der Erfahrung des Notars oft auf inhaltliche Vorschläge desselben vertrauen, sodass dieser große konsultative und gestalterische Möglichkeiten hat.[222] Plakativ gesagt ist er der Lotse, nicht der Protokollführer der Parteien.[223] Auch im Zivilprozess darf der Richter nur über das entscheiden, was die Parteien ihm beibringen und darf keine Fakten selbstständig ermitteln. Was das Argument angeht, dass das Beurkundungsverfahren nur auf Antrag eingeleitet wird, so gilt auch im Zivilprozess die Dispositionsmaxime und der Grundsatz der Parteienherrschaft über das Verfahren. Deshalb zweifelt aber niemand an der öffentlichen Gewalt des streitentscheidenden Richters. Der substantielle Unterschied zwischen Notar und streitentscheidendem Richter ist, dass die Entscheidung zum Notar zu gehen auf dem einvernehmlichen Willen beider Parteien beruht, während vor Gericht der Beklagte zum Erscheinen gezwungen werden kann. Ansonsten ergeht ein Versäumnisurteil. Es gibt aber auch Richtertätigkeiten, die nicht streitentscheidend, strafverhängend oder rechtsfortbildend sind, wo also der Beklagte auch nicht gezwungen ist zu erscheinen.[224] Das sind z.B. die Richtertätigkeiten im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wie die der Grundbuch-, Register- oder Nachlassgerichte, in deren Rahmen sie sogar beurkunden können.[225] Ein Erb-

219 *Preuß*, (Fn. 11), S. 313.

220 Stellungnahme des deutschen Notarvereins zum Vertragsverletzungsverfahren Nr. 1996/4739 v. 17.11.2006, S. 4.

221 So aber *Haeder*, (Fn. 45), S. 136; *Schill*, (Fn. 65), S. 2017.

222 *Eue*, in: Fs. für Schippel, (Fn. 9), S. 609; *Limmer*, in: Eylmann/Vaasen, (Fn. 45), § 20 BNotO, Rdnr. 8.

223 Stellungnahme des deutschen Notarvereins zum Vertragsverletzungsverfahren Nr. 1996/4739 v. 17.11.2006, S. 7.

224 *Schmidt*, in: Keidel/Kuntze/ Winkler, (Fn. 200), § 1 FGG, Rdnrn. 1, 5; Stellungnahme des deutschen Notarvereins zum Vertragsverletzungsverfahren Nr. 1996/4739 v. 17.11.2006, S. 3.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

scheinsantrag kann so nicht nur vor einem Notar, sondern auch nach § 56 Abs. 3 BeurkG vor einem Nachlassgericht beurkundet werden. Wenn aber die Ausübung öffentlicher Gewalt bei der notariellen Beurkundung mit diesem letzten, nicht zu entkräftenden Argument des freiwilligen Erscheinens der Parteien im Gegensatz zum streitentscheidenden Richter bestritten wird, dann müsste konsequenterweise die Ausübung derselben bei der Beurkundung durch die freiwillige Gerichtsbarkeit auch in Frage gestellt werden, denn ein und dieselbe Tätigkeit kann nicht unterschiedlich bewertet werden.

Wenn man bei der Herstellung einer Urkunde noch überzeugende Argumente findet, um deren Hoheitlichkeit abzulehnen, so wird dies bei der Betrachtung zweier Rechtsfolgen der Urkunde umso schwerer.[226] Erstens sind öffentliche Urkunden, anders als privatrechtliche, gemäß §§ 415, 418 ZPO mit formeller Beweiskraft über den in ihnen beurkundeten Sachverhalt im Prozess ausgestattet.[227] Ihre Echtheit wird vermutet. Es wird zwar richtigerweise angeführt, dass die Beweiskraft nicht absolut sei.[228] Zur Widerlegung des Inhalts einer öffentlichen Urkunde vor Gericht muss aber voller Beweis des Gegenteils erbracht werden, dass die Angaben des Notars unrichtig sind.[229] Die bloße Möglichkeit der Unrichtigkeit oder sogar nur Zweifel des Richters an der Richtigkeit der Urkunde reichen nicht.[230] Der Beweis des Gegenteils gemäß §§ 415 Abs. 2, 418 Abs. 2 ZPO ist somit faktisch auf dem Beweis einer Fälschung oder fehlerhaften Beurkundung beschränkt und wird folglich nur sehr selten gelingen. Diese Rechtsfolge spricht für das Vorliegen der obigen zweiten Voraussetzung der Hoheitlichkeit: Das autonome Fällen staatlicher Entscheidungen mit Letztentscheidungsgewalt. Denn umgekehrt reicht es nicht, wenn ein privater Leistungsträger einer staatlichen Instanz nur die inhaltliche Grundlage für eine staatliche Entscheidung liefert, an die diese aber nicht gebunden ist. So war es in den Verfahren *Reyners* und *Kfz-Sachverständige*, in denen der Richter nicht gebunden war und im „Thijssen"-Urteil, das die Bindung der Aufsichtsbehörden an die von Selbstständigen ermittelten Feststellungen verneinte. Dies ist bei der öffentlichen Urkunde aber gerade anders, weil die Beweiskraft der öffentlichen Urkunde faktisch so gut wie unerschütterlich ist. Die Beurkundung bereitet nicht erst den Rechtsakt vor, mit dem staatliche Gewalt ausgeübt wird,

225 *Fetsch*, (Fn. 97), S. 562.

226 *Hergeth*, (Fn. 4), S. 137; *Fetsch*, (Fn. 97), S. 561.

227 *Geimer*, in: Zöller, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 26. Aufl. 2007, § 418 ZPO, Rdnr. 3; *Reichold*, in: Thomas/Putzo, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 28. Aufl. 2007, § 415, Rdnr. 5 und § 418, Rdnr. 4; *Hergeth*, (Fn. 4), S. 142.

228 *Schiller*, (Fn. 80), S. 46; *Geimer*, in: Zöller, (Fn. 227), § 418 ZPO, Rdnr. 4; *Reichold*, in: Thomas/Putzo, (Fn. 227), § 415, Rdnr. 6.

229 *Heinz*, (Fn. 37), S. 571; *Reichold*, in: Thomas/Putzo, (Fn. 227), § 415 ZPO, Rdnr. 6; *Geimer*, in: Zöller, (Fn. 227), § 418 ZPO, Rdnr. 4.

230 *Reichold*, in: Thomas/Putzo, (Fn. 227), vor § 284 ZPO, Rdnr. 8 f.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sondern sie ist selbst der Rechtsfolgen setzende Akt.[231] Dies wäre nur anders, wenn der EuGH mit Teilen der Literatur[232] die seltenen Fälle eines erfolgreichen Beweises des Gegenteils ausreichen lassen würde, um den Richter als durch die öffentliche Urkunde ungebunden anzusehen.

Zweite Rechtsfolge der Urkunde ist, dass diese wie ein gerichtliches Urteil einen Vollstreckungstitel gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO darstellt, wenn sich der Schuldner bei der Beurkundung der direkten Zwangsvollsteckung unterworfen hat und wenn die Urkunde über einen Anspruch errichtet wurde, der einer vergleichsweisen Regelung zugänglich ist, nicht auf Abgabe einer Willenserklärung gerichtet ist und nicht den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum betrifft. Der in der Urkunde begünstigte Gläubiger kann ohne Einschaltung des Gerichts nach Erteilung der Klausel seine ihm urkundlich zustehenden Ansprüche gegen den Willen des Schuldners vollstrecken lassen. Mittlerweile ist es sogar möglich, dass der Schuldner sich wegen einer Räumungsverpflichtung der Zwangsvollstreckung unterwirft und der Notar somit einen Räumungstitel beurkunden kann. Die Anwendung staatlicher Zwangsbefugnisse im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens ist als Ausdruck des staatlichen Gewaltmonopols „unmittelbare und spezifische" Ausübung öffentlicher Gewalt.[233] Die Errichtung eines Vollstreckungstitels setzt bereits bei der Errichtung des Titels die inhaltliche Überprüfung durch ein staatliches Rechtspflegeorgan voraus, weil der Titel bei seiner Vollstreckung nicht mehr inhaltlich überprüft wird. Deshalb reicht eine private Übereinkunft oder ein privates Schiedsurteil als Vollstreckungsgrundlage nicht aus. Als Gegenargument ist deshalb teilweise zu hören, dass der Notar eine solche inhaltliche Überprüfung nicht vornimmt. Auch komme § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO erst zum Tragen, wenn das Beurkundungsverfahren längst beendet ist und die Rechtsfolge der Zwangswirkung der Urkunde ergäbe sich nur aus den abstrakten Rechtsfolgeregelungen der ZPO.[234] Dazu ist zu sagen, dass auch das Erkenntnisverfahren im Zivilprozess beendet ist, bevor § 704 ZPO anwendbar wird. Außerdem ist der Notar auch im Klauselerteilungsverfahren nicht funktionslos.[235] Er kann wie ein Vollstreckungsgericht den Sachverhalt ermitteln, dazu den Schuldner nach §§ 730, 726 Abs. 1 ZPO anhören und Vollstreckbarkeitsbedingungen feststellen, die erst unmittelbar vor Beginn der Zwangsvollstreckung feststehen, wie z.B. eine Rechtsnachfolge auf Gläubiger- oder Schuldnerseite. Er kann auch dann die Klausel erteilen, wenn der Schuldner nun seine Leistungspflicht bestreitet. Ein weiteres, gewichtigeres Argu-

231 *Jung*, (Fn. 120), S. 138; *Preuß*, (Fn. 11), S. 312.

232 *Schiller*, (Fn. 80), S. 46; *Heinz*, (Fn. 37), S. 571.

233 Siehe z.B.: EuGH, Rs. C-114/97, *Kommission/Spanien*, Slg. 1998, I-6717; EuZW 1999, 125.

234 *Haeder*, (Fn. 45), S. 138; *Grüb*, (Fn. 89), S. 182.

235 A.A.: Mit Gründen versehene Stellungnahme der Kommission v. 12.10.2006, 996/4739, K(2006) 4669, Ziffer 17.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ment gegen die aus der Vollstreckbarkeit gefolgerte Hoheitlichkeit ist aber, dass eine vollstreckbare Urkunde im Unterschied zum streitigen Urteil nur mit Zustimmung des Schuldners errichtet werden kann, der sich der Vollstreckung unterwerfen muss.[236] Die vollstreckbare Ausfertigung der notariellen Urkunde sei lediglich „staatlich kanalisierte Hilfe bei der Privatautonomie durch die Parteien"[237] ohne jedes Zwangselement. Die Situation sei vergleichbar mit der eines privaten Schiedsgerichts, dessen Schiedsspruch nur verbindlich ist, wenn die Parteien sich ihm freiwillig unterwerfen.[238] Auch dort hat das Schiedsgericht nicht die Möglichkeit, von Amts wegen zu entscheiden, weil es keine Hoheitsgewalt ausübt. Folglich besteht für den Schiedsrichter auch kein Staatsangehörigkeitserfordernis. Dagegen ist zu sagen, dass ein Anerkenntnisurteil auch nur mit Einverständnis des Schuldners möglich ist, ohne dass dort die Ausübung von Hoheitsgewalt bezweifelt wird. Einmal existent ist die Urkunde funktional gleichwertig mit einem Urteil, egal ob sich der Schuldner vorher unterwerfen musste. Sie kann gegen den Willen des Schuldners vollstreckt werden, was beim Schiedsspruch nicht der Fall ist. All dies gilt aber nur für solche Urkunden, die über einen Anspruch errichtet wurden, denn nur diese können gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO zwangsvollstreckt werden. Dies beschränkt die Anwendbarkeit des Arguments auf eine bestimmte Art von Urkunde.[239] Diese Art von Urkunden sehen aber teilweise sogar Autoren, die die Beurkundung im Allgemeinen nicht als Ausübung von Hoheitsgewalt anerkennen, als hoheitlich an.[240]

Weiterhin kann der Notar nicht nur fremde, sondern auch seine eigenen gesetzlich festgesetzten Gebührenforderungen, die beim Beurkunden entstanden sind, wie jede andere Behörde selbst für vollstreckbar gemäß § 155 KostO erklären.[241] Jeder private Gläubiger muss hingegen vor der Zwangsvollstreckung die Begründetheit seiner Forderung von einer staatlichen Stelle feststellen lassen.[242] Dieses Privileg ist ein deutlicher Hinweis darauf, dass der Notar gegenüber seinen Klienten in einem Über- und Unterordnungsverhältnis steht. Auch unterliegen die Notare bei der Beurkundung und der gesamten Amtsführung der Dienstaufsicht durch die Justizverwaltungsbehörden nach § 92 BNotO. Diese kann dem Notar Weisungen erteilen oder ihm aufgeben, ein Urkundsgeschäft wegen Unwirksam-

---

236 *Schiller*, (Fn. 80), S. 46; *Grüb*, (Fn. 89), S. 182; *Haeder*, (Fn. 45), S. 139.

237 *Lutz*, (Fn. 215), S. 115 f.; *Schiller*, (Fn. 80), S. 46 f.

238 Ibid.; Mit Gründen versehene Stellungnahme der Kommission v. 12.10.2006, 996/4739, K(2006)4669, Ziffer 18.

239 *Hergeth*, (Fn. 4), S. 154.

240 *Basedow*, (Fn. 8), S. 429.

241 *Schäfer*, in: Schippel/Bracker, (Fn. 6), § 17 BNotO, Rdnr. 22; *Fetsch*, (Fn. 97), S. 562.

242 Stellungnahme des deutschen Notarvereins zum Vertragsverletzungsverfahren Nr. 1996/4739 v. 17.11.2006, S. 5.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

keit zu wiederholen. Nun mag zwar eingewandt werden, dass es nicht allein ausreichend für die Charakterisierung als Tätigkeit mit öffentlicher Gewalt ist, wenn der Betroffene unter staatlicher Aufsicht steht.[243] Dies hat der EuGH in seinem Urteil bezüglich der (Nicht)Hoheitlichkeit von Arbeitsvermittlungsstellen[244] klar zum Ausdruck gebracht. Die staatliche Aufsicht kann jedoch ein Indiz unter vielen sein. Ein weiteres Indiz ist, dass die Notare bei Beurkundungen wie jede andere Verwaltungsbehörde einer detaillierten Verfahrensordnung, dem BeurkG, unterliegen.[245] Anwälte sind im Gegensatz niemals weisungsgebunden und auch in ihrem Verfahren viel freier. Als Indiz in die umgekehrte Richtung beurteilen einige Autoren den Fakt, dass bei einer Schädigung der Parteien durch die Notare, wie etwa bei einer Falschbeurkundung, nicht etwa die Staatshaftung greift, sondern der Notar selbst haftet.[246] Dazu muss er gemäß § 19a BNotO eine Berufshaftpflichtversicherung bis zu einer bestimmten Mindestsumme abschließen. Entsteht ein Schaden über der Mindestdeckungssumme, so könne es sein, dass der Klient auf dem Schaden hängen bliebe, falls der Notar nicht in der Lage sei, für den Schaden aus seinem Privatvermögen aufzukommen.[247] Es wird argumentiert, das wenn Notare öffentliche Gewalt ausüben würden, es rechtsstaatlich geboten wäre, dass der Staat die gesamte Schadenssumme im Wege der Staatshaftung für seinen Beliehenen übernimmt.[248] Dazu ist jedoch zu sagen, dass gerade weil die Notare selbstständig öffentliche Aufgaben wahrnehmen, sie auch privat haften müssen, um ihre Unabhängigkeit vom Staat zu bewahren. Außerdem ist § 19a BNotO weitestgehend an § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG angelehnt. Auch ist als Ausgleich für die fehlende Staatshaftung ein Vertrauensschadensfond bei der Bundesnotarkammer eingerichtet worden, der den Klienten bei Zahlungsunfähigkeit des haftenden Notars gemäß § 67 Abs. 3 Nr. 3 BNotO entschädigt. Was die Rechtsmittel gegen hoheitliche Entscheidungen anbetrifft, so wurde als Kriterium der Hoheitsgewalt unter anderem gefordert, dass diese nur im Verfahren des nachträglichen Rechtsschutzes angefochten werden können. Sie dürfen nicht einfach durch eine andere Verwaltungsbehörde wieder aufgehoben werden, wie dies im „Thijsen"-Urteil der Fall war. Dort konnte die Versicherungsaufsichtsbehörde das Veto des Versicherungsprüfers ohne weiteres nach acht Tagen wieder aufheben. Beurkundungen sind hingegen gar nicht mehr anfechtbar, die Ablehnung derselben nur mit den üblichen Rechtsmitteln. Es kann Beschwerde zum Landgericht und dann zum Oberlandesgericht erhoben werden. Der Notar ist im Beschwerdeverfahren nicht

243 *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 92), Art. 45 EGV, Rdnr. 9.

244 EuGH, Rs. C- 55/96, *Job Centre*, Slg. 1997, I- 7119 ff.

245 *Fetsch*, (Fn. 97), S. 562.

246 *Rinsche*, Die Haftung des Rechtsanwalts und des Notars – Ein Handbuch für die Praxis, 6. Aufl. 1998, S. 235 ff.; *Haeder*, (Fn. 45), S. 139.

247 Ibid.

248 Ibid.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Beteiligter, sondern hat vielmehr die Rechtsstellung einer ersten Instanz.[249] Die Rechtsmittelfähigkeit entspricht somit der von rechtskräftigen Urteilen und Verwaltungsakten nach § 15 Abs. 2 BNotO. Nach alledem dürften die besseren Argumente dafür sprechen, die Beurkundung insgesamt als „unmittelbare und spezifische" Teilnahme an der öffentlichen Gewalt i.S.d. Art. 45 EGV anzusehen.

2. Beglaubigungstätigkeit

Neben der Beurkundung von Willenserklärungen gehört auch die öffentliche Beglaubigung gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BNotO zum Tätigkeitsfeld eines Notars. Diese umfasst keine Inhaltskontrolle, sondern ist nur eine Bestätigung, dass z.B. eine Unterschrift von der vor dem Notar erschienenen Person stammt, weil diese ihre Unterschrift vor dem Notar geleistet oder anerkannt hat oder eine Abschrift dem Original entspricht.[250] Es erfolgt nur eine Identitätskontrolle. Der Hauptunterschied zur Beurkundung ist, dass das beglaubigte Schriftstück an sich Privaturkunde bleibt und nur der Beglaubigungsvermerk eine öffentliche Urkunde i.S.d. § 418 ZPO darstellt. Konsequenterweise unterliegt der Urkundsinhalt des beglaubigten Schriftstücks im Zivilprozess der freien Beweiswürdigung des Richters. Dieser ist nur im Umfang des vor dem Notar erbrachten Identitätsnachweises an die öffentliche Urkunde gebunden. Dass der Richter also durch eine Beglaubigung noch weniger gebunden ist als durch eine Beurkundung, wird natürlich gleich als Argument dafür verwendet, der Beglaubigung erst recht den Hoheitscharakter i.S.d. Art. 45 EGV abzusprechen.[251] Wenn aber der Notar schon gar nicht den Inhalt der Urkunde prüft, wie soll dann der Richter daran gebunden sein? Genau wie bei der Beurkundung besteht hier eine Parallelität zwischen dem, was der Notar öffentlich beurkundet hat – nämlich den Identitätsnachweis – und dem, woran der Richter im Prozess gebunden ist. Auch kann eine reine Beglaubigung nicht vollstreckt werden, da bei ihr keine Verbindlichkeiten festgehalten werden, die zwangsvollstreckt werden könnten.[252] Da das Produkt der Beglaubigung auch eine öffentliche Urkunde ist, kann ansonsten auf oben verwiesen werden. Es ist wahrscheinlich, dass der EuGH auch das Beglaubigen als Ausübung von Hoheitsgewalt ansieht, wo doch das Produkt der Beglaubigung das Gleiche ist wie bei der Beurkundung: die öffentliche Urkunde.

---

249 *Frenz*, in: Eylmann/Vaasen, (Fn. 45), § 15 BNotO, Rdnr. 33; *Reithmann*, in: Schippel/Bracker, (Fn. 6), § 15 BNotO, Rdnr. 78.

250 *Limmer*, in: Eylmann/Vaasen, (Fn. 45), § 20 BNotO, Rdnr. 13; *Sandkühler*, in: Arndt/Lerch/Sandkühler, (Fn. 6), § 20 BNotO, Rdnr. 27 ff.; Positionspapier der Bundesnotarkammer v. 31.7.2001, S. 2.

251 *Schiller*, (Fn. 80), S. 47.

252 *Hergeth*, (Fn. 4), S. 154.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Beratungstätigkeit

Einen erheblichen Teil der notariellen Tätigkeit macht auch die Beratung der Beteiligten aus. Bei dieser ist die Ausübung von Hoheitsgewalt i.S.d. Art. 45 EGV insofern zweifelhaft, als dass der EuGH im „Reyners"-Urteil die rechtsberatende Tätigkeit von Anwälten nicht als Ausübung derselben angesehen hat. Warum sollte die Beratung dann beim Notar hoheitlich sein, wo sie doch vom Gegenstand her derjenigen anderer rechtsberatender Berufe ähnelt? Betrachtet man jedoch Inhalt und Ziel der notariellen Beratung näher, ist einer Literaturmeinung zufolge[253] beim Notar zwischen zwei verschiedenen Arten von Beratungstätigkeit zu unterscheiden: Die beratende Tätigkeit des Notars, die rund um den Beurkundungsvorgang erfolgt, muss von derjenigen getrennt werden, die auch ein Anwalt vornehmen könnte, die also nicht mit einer Beurkundung im Zusammenhang steht. Dass diese Unterscheidung sinnvoll ist, kann auch aus § 24 Abs. 2 BNotO gefolgert werden. Der legt nämlich fest, dass ein Anwaltsnotar, der sich der beratenden Tätigkeit als Anwalt und als Notar zuwenden kann, dann die beratende Tätigkeit als Notar wahrnimmt, wenn sie dazu dient, Amtsgeschäfte wie die Beurkundung vorzubereiten und auszuführen. Ansonsten ist er als Anwalt tätig.[254] Die erste „Art" der Beratung stellt einen integralen Bestandteil des Beurkundungsverfahrens dar[255], denn eine Beurkundung ohne vorherige Beratung ist sinnlos. Erst durch diese kann der Notar überhaupt seinen Hinweis- und Belehrungspflichten als Übereilungs- und Verbraucherschutz, aber auch seinen gestalterischen und konsultativen Funktionen nachkommen.[256] Diese inhaltliche Verknüpfung spiegeln auch das BeurkG und die BNotO wieder, die dem Notar gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG und § 24 Abs. 1 BNotO eine Beratung der Parteien vor der Beurkundung vorschreiben und ihm dabei noch zusätzliche Pflichten nach §§ 17 ff. BeurkG auferlegen.[257] Die Beratung durch den Notar ist insofern anderer Art als die des Anwalts, als der Notar nicht Interessenvertreter seines Mandanten, sondern unabhängiger und unparteiischer Berater beider Parteien nach § 14 BNotO ist. Sie kann somit eher mit der richterlichen Hinweispflicht aus § 139 ZPO verglichen werden.[258] Bei der Beurkundung und der dazu gehörenden Beratung ist eine Trennung i.S.d. „Reyners"-Rechtsprechung wegen der Einheitlichkeit des Vorgangs praktisch unmöglich und bei lebensnaher Betrachtung nicht durchführbar. Somit kann für diesen Teil der notariellen Beratung kein anderes Urteil über die Ausübung von Hoheitsgewalt gefällt werden als für die Beurkundung selbst.[259] Anders

253 Ibid., S. 179; ähnlich auch: *Fischer*, (Fn. 7), S. 497 ff.

254 Ibid., S. 498.

255 *Schill*, (Fn. 65), S. 2017.

256 *Jung*, (Fn. 120), S. 148.

257 *Schill*, (Fn. 65), S. 2017.

258 *Frenz*, in: Eylmann/Vaasen, (Fn. 45), § 14 BNotO, Rdnr. 12 f.; *Schiller*, (Fn. 80), S. 47.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sieht dies konsequenterweise die Kommission, die schon die Beurkundung als nicht hoheitlich ansieht.[260]

Im Bereich des Notariats existieren aber auch Beratungstätigkeiten, die keine speziellen Berührungspunkte zur Beurkundung aufweisen, wie etwa im Bereich der Vertragsgestaltung im Steuer-, Familien-, Handels- oder Gesellschaftsrecht, dort z.B. bei der Ausgestaltung von gesellschaftlichen Strukturen. Insbesondere streitschlichtende und -verhütende Beratungen des Notars außerhalb der Beurkundung gewinnen zunehmend an Bedeutung.[261] Dass es sie gibt, bezeugt auch der Umkehrschluss aus oben erwähntem § 24 Abs. 2 BNotO. So hat auch der Nurnotar die Möglichkeit zu rechtsberatender Tätigkeit außerhalb von Urkunden, steht dabei aber, weil er wie ein Anwalt tätig ist, in Konkurrenz zu anderen rechtsberatenden Berufen.[262] Deshalb dürfte der EuGH sie in konsequenter Weiterführung der „Reyners"-Rechtsprechung als nicht mit der Ausübung von Hoheitsgewalt verbunden ansehen. Denn dort stehen die ratsuchenden Parteien weder in einem Subordinationsverhältnis zum Notar, noch übt der Notar irgendeine Art von Zwang oder Sonderrechten aus.[263] Der einzige Unterschied zum Anwalt ist der, dass auch bei dieser Art der Beratung der Notar unparteiischer und unabhängiger Vertreter des Allgemeininteresses ist. Das reicht aber nicht, um diese Tätigkeit als hoheitlich anzusehen.[264]

4. Andere Tätigkeiten des Notars

In dem Berufsfeld des Notars gibt es einige unbedeutendere Tätigkeiten, die recht unbestritten mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, wie die Abnahme von Eiden oder eidesstattlichen Versicherungen nach § 22 BNotO und die Mitwirkung bei Versteigerungen und Auslosungen nach § 20 Abs. 3 BNotO.[265] Notarielle Versteigerungen sind sogar sekundärrechtlich als Ausübung öffentlicher Gewalt eingestuft.[266] Im Rahmen des Sachenrechtsbereinigungsgesetzes[267] führt

---

259 *Hirsch*, (Fn. 17), S. 736; *Jung*, (Fn. 120), S. 148.

260 Mit Gründen versehene Stellungnahme der Kommission v. 12.10.2006, 996/4739, K(2006)4669, Ziffer 25; *Grüb*, (Fn. 89), S. 183.

261 *Ott*, (Fn. 5), S. 84; *Hergeth*, (Fn. 4), S. 180.

262 *Fischer*, (Fn. 7), S. 498; *Jung*, (Fn. 120), S. 148.

263 *Schiller*, (Fn. 80), S. 48.

264 Mit Gründen versehene Stellungnahme der Kommission v. 12.10.2006, 996/4739, K(2006)4669, Ziffer 25; a.A: *Richter*, (Fn. 37), S. 5.

265 *Basedow*, (Fn. 8), S. 426; *Hirsch*, (Fn. 17), S. 736.

266 Richtlinie 64/224/EWG v. 25.2.1964 über die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs für die Vermittlertätigkeiten in Handel, Industrie und Handwerk, ABl. Nr. 56 v. 4.4.1964, S. 869.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Notar sogar ein streitiges Verfahren durch[268], in dessen Rahmen er Parteien laden und ihnen einen Vermittlungsvorschlag unterbreiten kann, zu deren Annahme die Parteien im Rahmen eines gesetzlichen Kontrahierungszwangs verpflichtet sind.[269] Auf der anderen Seite nimmt er Aufgaben wahr, die eher nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, wie die Verwahrung und Übermittlung von Wertsachen gemäß § 23 BNotO.[270] Auch erschließen sich die Notare in letzter Zeit immer mehr Tätigkeitsfelder, die keinerlei Zusammenhang zu den hoheitlichen Kernaufgaben und dem Status des Notars als Amtsträger haben, wie z.B. den Betrieb von Zertifizierungsstellen nach den §§ 67 Abs. 6, 78 Abs. 2 BNotO oder schiedsrichterliche Tätigkeiten zur Streitschlichtung und -verhütung.[271] Im Gegensatz zu dieser Entwicklung steht die Tendenz, den deutschen Notaren immer mehr Aufgaben wie unstreitige Scheidungsverfahren, Erbscheinausstellungen oder Funktionen eines Standesbeamten zu übertragen, die auch nach europäischem Verständnis mit der Ausübung von Hoheitsgewalt verbunden sind. All diese Tätigkeiten bleiben jedoch trotz zunehmender Tendenz marginale Notartätigkeiten. Eine nähere Untersuchung bezüglich deren Hoheitlichkeit würde deshalb den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

III. Problem der Abtrennbarkeit einzelner Tätigkeiten

Nachdem jede einzelne Tätigkeit des Notars getrennt auf ihre Hoheitlichkeit untersucht wurde, ist im Folgenden festzustellen, welche Konsequenzen für das Berufsbild des Notars insgesamt gezogen werden müssen.

Nach Ansicht von Generalanwalt *Mayras*, der der EuGH im „Reyners"-Urteil weitgehend gefolgt ist, lässt sich Art. 45 EGV nur dann auf den Beruf als Ganzes erstrecken, wenn die Ausübung eines bestimmten Berufs untrennbar mit einer durch Art. 45 EGV erfassten Tätigkeit verbunden ist[272], wenn also der das Berufsbild prägende Teil hoheitlich ist.[273] Ist das der Fall, bedarf es der Analyse, ob die-

---

267 Gesetz v. 21.9.1994 (BGBl. I, 2457), zuletzt geändert durch Art. 78 Abs. 10 des Gesetzes v. 23.11.2007 (BGBl. I, 2614).

268 Siehe §§ 87-102 SachenRBerG; *Eue*, in: Fs. für Schippel, (Fn. 9), S. 611.

269 Stellungnahme des deutschen Notarvereins zum Vertragsverletzungsverfahren Nr. 1996/4739 v. 17.11.2006, S. 4.

270 A.A. wegen der öffentlichen Sachherrschaft u.a.: *Hertel*, in: Eylmann/Vaasen, (Fn. 45), § 23 BNotO, Rdnr. 9.

271 *Ott*, (Fn. 5), S. 94.

272 Schlussanträge GA *Mayras* zum Urteil EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974, 666; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 92), Art. 45 EGV, Rdnr. 7; *Schlag*, in: Schwarze, (Fn. 97), Art. 45 EGV, Rdnr. 7.

273 *Müller-Graf*, in: Streinz, (Fn. 35), Art. 45 EGV, Rdnr. 6.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

jenigen Tätigkeiten, die mit der Ausübung von öffentlicher Gewalt verbunden sind, von den nicht hoheitlichen Tätigkeiten getrennt werden können, sodass die letzteren dem Wettbewerb zugänglich gemacht werden können. Es ist jedenfalls nach der oben zitierten „Reyners"-Rechtsprechung zum Begriff der Tätigkeiten nicht zulässig, durch Verweis auf relativ unbedeutende Teilaspekte des Berufsbilds den gesamten Beruf von der Liberalisierung auszunehmen, wie dies beim Anwalt versucht wurde, nur weil dieser ab und zu in Belgien die Richterbank komplettierte. Auf der anderen Seite soll die Betrachtung der einzelnen Tätigkeiten nicht dazu führen, dass hergebrachte Berufsbilder aufgegeben werden müssen und eine Art „Restberuf", z.B. ein „Teilnotar" entsteht. Es wurde bereits gesagt, dass die notarielle Beurkundung und Beglaubigung sicherlich die den Notarberuf prägende Tätigkeit darstellt und auch quantitativ den wesentlichen Teil der Arbeit des Notars umfasst.[274] Diese ist oben als Ausübung von Hoheitsgewalt eingeordnet worden. Die auf die Beurkundung hinführende Beratung lässt sich nicht von der Beurkundung selbst abtrennen und ist folglich auch hoheitlich. Da mithin die das Berufsbild des Notars prägenden Tätigkeiten mit der Ausübung von Hoheitsgewalt verbunden sind, ist dieser Beruf insgesamt als von Art. 45 EGV umfasst anzusehen.[275]

Dies bedeutet jedoch nicht, dass diejenigen notariellen Tätigkeiten, wie die Rechtsberatung außerhalb von Urkunden und die schiedsrichterliche und verwahrende Tätigkeit, auch nicht den Grundfreiheiten unterliegen. Denn diese sind erstens von der Beurkundung logisch abtrennbar und zweitens auch für das Notarbild nicht so prägend, dass bei ihrer Liberalisierung das ganze Berufsbild zerstückelt würde. Es ist auch praktisch möglich, dass ein Teil der Notartätigkeit mangels Hoheitlichkeit den Grundfreiheiten unterliegt, beweist die Notarverfassung der Niederlande, die die selbstständige notarielle Beratungstätigkeit nicht als Ausübung von Hoheitsgewalt ansieht. Diese ist sowohl bezüglich der Kosten als auch bezüglich der Haftung privatrechtlich organisiert.[276] Folglich dürfen meines Erachtens EG-Ausländer in Deutschland wie ein Notar rechtsberatend und verwahrend tätig werden, sich jedoch nicht Notar nennen und keine Art „Teilnotar" darstellen, weil ihnen der Zugang zu den den Notarberuf prägenden Tätigkeiten verwehrt ist.[277] Es sei an dieser Stelle noch einmal darauf hingewiesen, dass diese Ausführungen nur für den deutschen Notar gelten. Für andere Mitgliedstaaten ist es nicht ausgeschlossen, dass sich für den Notarberuf aufgrund unterschiedlicher

---

274 *Bracker*, in: Schippel/Bracker, (Fn. 6), § 1 BNotO, Rdnr. 3; *Schiller*, (Fn. 80), S. 44; *Grüb*, (Fn. 89), S. 180.

275 So auch u.a.: *Müller-Graf*, in: Streinz, (Fn. 35), Art. 45 EGV, Rdnr. 7; *Schlag*, in: Schwarze, (Fn. 97), Art. 45 EGV, Rdnr. 8; *Jung*, (Fn. 120), S. 176; *Hergeth*, (Fn. 4), S. 189 ff.; anders u.a. *Bröhmer*, in Calliess/Ruffert, (Rn. 20), Art. 45 EGV, Rdnr. 3; *Schiller*, (Fn. 80), S. 49.

276 *Hergeth*, (Fn. 4), S. 173.

277 *Ott*, (Fn. 5), S. 87; *Preuß*, (Rn. 11), S. 310.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ausgestaltung ein anderes Bild ergibt, wie z.B. für den makelnden Notar in Frankreich oder den als Gerichtskommissär tätigen Notar in Österreich.[278]

F. Anhaltspunkte zur aktuellen Einordnung der Notartätigkeit durch EG-Organe

Es sollen hier das Sekundärrecht und die Rechtsprechung des EuGH außerhalb Art. 45 EGV auf Indizien bezüglich der Einordnung der notariellen Tätigkeit untersucht werden, um so festzustellen, ob diese das oben gefundene Ergebnis bestätigen oder diesem widersprechen. Auch wenn das Sekundärrecht niemals zur Auslegung von Art. 45 EGV und damit des Primärrechts herangezogen werden oder gar dessen Anwendungsbereich verändern kann, so können ihm doch Hinweise entnommen werden, wie die EG-Organe die aufgeworfene Problemstellung beurteilen. So enthält die Berufsqualifikationsrichtlinie im Erwägungsgrund Nr. 41 die Vorgabe, dass diese Richtlinie nicht die Anwendung von Art. 45 EGV berührt, „insbesondere auf Notare".[279] Dieser Passus wird besonders unter den Vertretern des Notariats so verstanden, dass Art. 45 EGV auf Notare Anwendung findet und dass die Richtlinie auf Notare nicht angewendet werden kann.[280] Wie gesagt kann jedoch das Sekundärrecht niemals die Anwendung des Primärrechts präjudizieren, wie es auch der Wortlaut dieses Erwägungsgrundes selbst zum Ausdruck bringt.[281] Nichtsdestotrotz scheint der EG-Gesetzgeber bei Erlass der Richtlinie davon ausgegangen zu sein, dass Art. 45 EGV auf Notare anwendbar ist. Dies folgt aber nicht aus der Richtlinie, sondern aus Art. 45 EGV. Ist dieser auf Notare anwendbar, so ist Art. 47 EGV, also die Kompetenz der EG zur Harmonisierung des Notarberufsqualifikationsrechts, ausgeschlossen. Da die Richtlinie 2005/36/EG auf Art. 47 EGV basiert, gilt diese dann automatisch nicht für Notare. Im Zusammenhang mit dem Erlass dieser Richtlinie ist auch die Haltung der verschiedenen EG-Organe interessant: Der Rat votierte für eine generelle Bestimmung, dass die Richtlinie den Anwendungsbereich des Art. 45 EGV nicht berühre, das Parlament wollte hingegen die Stellung des Notars als Träger öffentlicher Gewalt hervorgehoben haben und ihn explizit von der Anwendbarkeit der Richtlinie ausnehmen[282], während die Kommission es ablehnte, dass Notare ausdrücklich aus

278 *Jung*, (Fn. 120), S. 176; *Drasch*, (Fn. 25), S. 284.

279 Richtlinie 2005/36/EG, ABl. Nr. L 255 v. 30.9.2005, S. 22.

280 Stellungnahme des deutschen Notarvereins zum Vertragsverletzungsverfahren Nr. 1996/4739 v. 17.11.2006, S. 13.

281 *Haeder*, (Fn. 45), S. 149.

282 *Schill*, (Fn. 65), S. 2015.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dem Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen werden sollten.[283] Ähnlich der Berufsqualifikationsrichtlinie wurde in Art. 2 Abs. 2 lit. l der Dienstleistungsrichtlinie das Notariat von Rat und Parlament ausdrücklich von deren Anwendungsbereich ausgenommen, ohne aber eine Verbindung zu Art. 45 EGV herzustellen.[284] Vorher hatte die Kommission gegen eine generelle Nichtanwendung der Richtlinie auf den Notarberuf votiert. Sie wollte die Ausnahme nur für einige wenige Notartätigkeiten gelten lassen, „namentlich soweit bestimmte Tätigkeiten von Notaren und anderen Berufen im Zusammenhang mit Beglaubigungs- und Beurkundungsbefugnissen betroffen sind".[285] Damit scheint die Kommission zumindest diesen Tätigkeiten einen hoheitlichen Charakter beizumessen, was zu ihrer Position im Vertragsverletzungsverfahren im Widerspruch steht.

Die Existenz des früheren Art. 55 EuGVÜ vom 27. September 1968[286] oder des jetzigen Art. 57 EuGVVO[287] wird häufig als Beleg für die mangelnde Ausübung von Hoheitsgewalt bei der Beurkundung angeführt. Durch diese Vorschrift zur Anerkennung ausländischer öffentlicher Urkunden im Inland nach Durchlauf des Exequaturverfahrens würde zumindest die passive Dienstleistungsfreiheit gewährt. Dann müsse auch die aktive gewährt werden.[288] Wenn ein Mitgliedstaat die Amtshandlungen ausländischer Amtsträger europaweit als Äquivalent zu seinen eigenen betrachtet, fehlt dem Art. 45 EGV die Grundlage, weil Beurkundungen und Beglaubigungen somit nicht mehr notwendig mit der Staatsangehörigkeit eines spezifischen Staates verbunden seien.[289] Das Hoheitsprinzip sei daher hinsichtlich seiner Reichweite nicht mehr absolut.[290] Dagegen ist einzuwenden, dass bei dieser Argumentation wieder die Notwendigkeit eines Treuebands zwischen einem Staat und seinen Hoheitsträgern durch die Nationalität mit der Anwendbarkeit von Art. 45 EGV gleichgesetzt wird. Diese beiden Aspekte dürfen nicht vermischt werden. Außerdem könnte man obige Argumentation auch einfach umdrehen: Gerade weil die Beurkundung und Herstellung eines Vollstreckungstitels als Akte mitgliedstaatlicher Souveränität anerkannt sind, sind für den grenzüberschreitenden Rechtsverkehr völkerrechtliche oder eben gemeinschaftsrechtliche Regelungen zu

283 *Haeder*, (Fn. 45), S. 149.

284 Richtlinie 2006/123/EG, ABl. Nr. L 376 v. 27.12.2006, S. 36.

285 KOM (2006) 160 endg., S. 26, Erwägungsgrund 10 g.

286 Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen v. 27.9.1968.

287 Verordnung Nr. 44/2001/EG, ABl. Nr. L 12 v. 16.1.2001, S. 1.

288 *Basedow*, (Fn. 8), S. 427 ff.; *Heinz*, (Fn. 37), S. 572.

289 *Schill*, (Fn. 65), S. 2018; *Basedow*, (Fn. 8), S. 429.

290 Mit Gründen versehene Stellungnahme der Kommission v. 12.10.2006, 996/4739, K(2006)4669, Ziffer 16; *Preuß*, (Fn. 11), S. 313.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

deren Anerkennung notwendig.[291] Wären notarielle Urkunden bereits als solche europaweit anerkennungsfähig und vollstreckbar, bedürfte es des Art. 57 EuGVVO nicht. Dieser stellt außerdem Urkunden mit Gerichtsurteilen gleich, die ebenfalls, um im Ausland Gültigkeit zu entfalten, nach den Regeln des Internationalen Privatrechts anerkannt werden müssen. Damit ist aber weder die Dienstleistungsfreiheit für Richter gewährt, noch wird bei der Errichtung eines Urteils die „unmittelbare und spezifische" Ausübung von Hoheitsgewalt bestritten. Im Zusammenhang mit dem Erlass der EuGVVO hat die Kommission sogar selbst einmal Notartätigkeiten mit der Ausübung von Hoheitsgewalt verbunden. Nachdem das Europäische Parlament einen Änderungsvorschlag zur geplanten Verordnung erbracht hatte, der „in einem alternativen Streitschlichtungssystem erbrachte Vergleiche" in gleicher Weise wie öffentliche Urkunden für vollstreckbar erklärte, lehnte die Kommission diesen Vorschlag ab: Ein im Rahmen einer außergerichtlichen Streitschlichtung geschlossener Vergleich sei nicht von einer Person geschlossen worden, die hoheitliche Gewalt ausübe.[292] Damit sagte die Kommission, dass diejenige Person, die wie der Notar öffentliche Urkunden ausstelle, Hoheitsgewalt ausübe, was im Widerspruch zu ihrer Ansicht im Zusammenhang mit dem hier erörterten Vertragsverletzungsverfahren steht.

Ebenfalls im Kontext des EuGVÜ ist eines der wenigen Urteile des EuGH ergangen, in dem dieser sich zur notariellen Tätigkeit geäußert hat: Im „Unibank"-Urteil[293] führte der EuGH aus, dass sich eine öffentliche Urkunde i.S.d. Art. 50 EuGVÜ dadurch auszeichnet, dass sie unter Beteiligung einer Behörde errichtet wurde, dass ihr ein einem richterlichen Urteil vergleichbarer Beweiswert zukommt, dass sie sich auf den Inhalt, nicht nur auf die Unterschrift bezieht und dass sie im die Urkunde ausstellenden Staat vollstreckt werden kann.[294] Diese Kriterien unterscheiden eine öffentliche Urkunde von einer privaten. Weil notarielle Urkunden diese Kriterien erfüllen, wird in der Literatur oft der Schluss gezogen, dass der Notar bei der Herstellung von vollstreckbaren Urkunden als Behörde fungiert und zwischen Beweiskraft und Vollstreckbarkeit einer öffentlichen Urkunde und deren Errichtung durch eine staatliche Stelle wie dem Notar ein untrennbarer Zusammenhang besteht. Über Art. 45 EGV selbst trifft der EuGH in diesem Urteil jedoch keinerlei Aussage. Deshalb ist anzumerken, dass die Begriffe des EuGVÜ und des EGV nicht unbedingt parallel ausgelegt werden müssen. Insofern könnte man eine Indizwirkung der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 50 EuGVÜ für die Frage, wer Hoheitsgewalt i.S.d. Art. 45 EGV ausübt, bestreiten.[295] So bewertet die Kommis-

291 *Hergeth*, (Fn. 4), S. 136; Stellungnahme der Bundesnotarkammer v. 4.6.1991, S. 16.

292 KOM (2000) 689 endg., S. 6 f.

293 EuGH, Rs. C- 260/97, *Unibank*, Slg. 1999, I-3715; DNotZ 1999, S. 921.

294 *Preuß*, (Fn. 11), S. 311.

295 So *Schill*, (Fn. 65), S. 2015; *Preuß*, (Fn. 11), S. 309; mit Gründen versehene Stellungnahme der Kommission v. 12.10.2006, 996/4739, K(2006)4669, Ziffer 17.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sion die Ausführungen des EuGH im „Unibank"-Urteil zur öffentlichen Urkunde lediglich als reine Begriffsdefinition in Abgrenzung zur Privaturkunde.[296] Genauso könnte man die Indizwirkung des gesamten EuGVÜ oder der EuGVVO für Art. 45 EGV bestreiten. Für einen Zusammenhang spricht aber, dass sich der EuGH bisher immer um eine einheitliche Auslegung der Begriffe im Europarecht bemüht hat.

Eine weitere notarbezogene Frage entschied der EuGH in seinen Urteilen zur 6. Mehrwertsteuerrichtlinie, die allerdings mehr steuerrechtliche als notarrechtliche Fragen betrafen. In einem Urteil aus dem Jahr 1987[297] hatte der EuGH die Vereinbarkeit des niederländischen Umsatzsteuergesetzes mit Art. 4 Abs. 5 UAbs. 1 der 6. Mehrwertsteuerrichtlinie vom 17. Mai 1977 zu beurteilen. Nach diesem gelten Einrichtungen des öffentlichen Rechts nicht als steuerpflichtig, soweit sie im Rahmen öffentlicher Gewalt tätig werden. Diese Regelung nahmen die Niederlande für die Notare in Anspruch und schlossen die Amtshandlungen der Notare von der Mehrwertsteuer aus. Das wertete der Gerichtshof als Verstoß gegen die Richtlinie. Der Notar erfülle Aufgaben des Gemeinwohls, stehe jedoch nicht in einem Subordinationsverhältnis zum Staat und sei nicht in die öffentliche Verwaltung eingegliedert. Diese Entscheidung kann als Indikator gegen die Ausübung öffentlicher Gewalt durch Notare gewertet werden, weil sie dem Art. 4 Abs. 5 UAbs. 1 der Richtlinie nicht unterfallen. Sie kann aber auch dahingehend verstanden werden, dass Privatpersonen nicht nur, weil sie Hoheitsgewalt ausüben, von der Mehrwertsteuerrichtlinie ausgenommen werden können. Dann würde das Urteil gar keine Aussage zur Natur der notariellen Tätigkeit enthalten.[298] So sieht auch der deutsche Gesetzgeber Notare als mehrwertsteuerpflichtig gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 und § 2 Abs. 1 UStG an, obwohl er die Teilnahme des Notars an der öffentlichen Gewalt nicht bestreitet. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass den oben angeführten Rechtsakten und Urteilen ebenfalls die Tendenz zur Anerkennung der Hoheitlichkeit notarieller Tätigkeiten zu entnehmen ist, wenn auch die Indizwirkung einiger der angeführten Rechtsakte fraglich ist und zu Recht bestritten wird. Insgesamt deckt sich so diese Analyse mit den oben gefundenen Ergebnissen.

296 Ibid.

297 EuGH, Rs. C-235/85, *Kommission/Niederlande*, Slg. 1987, 1471 ff.

298 *Schippel*, in: Fs. für Lerche, (Fn. 4), S. 503.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

G. Möglichkeit des freiwilligen Verzichts auf den Staatsangehörigkeitsvorbehalt und die freiwillige Umsetzung der Richtlinie 2005/36 EG durch den nationalen Gesetzgeber

Nachdem nun festgestellt wurde, dass die Grundfreiheiten auf den Notarberuf im Ganzen keine Anwendung finden, bleibt ein ungutes Gefühl. Ist es wirklich ein zufriedenstellendes Ergebnis, dass die mitgliedstaatlichen Notarverfassungen im Kern jeglicher Europäisierung verschlossen bleiben sollen? Denn wenn man z.B. die zahlreichen Richtlinien und Verordnungen zum Verfahrensrecht, Kostenrecht und materiellen Zivilrecht, die mehr oder weniger direkt auch die notarielle Berufsausübung beeinflussen, betrachtet, dann kann sich auch die Notarverfassung auf Dauer einer Europäisierung nicht verschließen.[299] So ist es meines Erachtens zwar richtig, dass z.B. die Dienstleistungsfreiheit wegen der noch nicht zu lösenden Konflikte mit dem Territorialitätsprinzip und der Verschiedenheiten der Notariatsverfassungen in den Mitgliedstaaten nicht in ihrer Gänze auf den Notarberuf Anwendung findet. Gleiches gilt für die Niederlassungsfreiheit, soweit sie die Mitgliedstaaten in der Reglementierung des Notarberufs zu sehr einschränkt. Auf der anderen Seite ist es mir nicht ersichtlich, warum ein EG-Ausländer, der ein deutsches Staatsexamen gemacht hat, nicht genauso wie ein Deutscher in Deutschland Notar werden darf. Insofern ist der Vorwurf der Kommission im zuletzt angestrengten Vertragsverletzungsverfahren durchaus berechtigt. Sogar der Möglichkeit, dass ein EG-Ausländer Notar werden kann, der zwar kein Staatsexamen, sondern einen dem Examen vergleichbaren ausländischen juristischen Hochschulabschluss hat und über eine Eignungsprüfung oder ähnliche Anerkennungsmaßnahmen vertiefte Kenntnisse des deutschen Rechtssystems nachgewiesen hat, sollte man sich nicht verschließen. Der Komplexität der Ausbildung deutscher Juristen kann man durch entsprechend hohe Anforderungen an die Anerkennungsprüfung gerecht werden. Natürlich müssten die EG-Ausländer vorher genauso wie die deutschen Konkurrenten die Anforderungen des § 6 BNotO erfüllen, ein Auswahlverfahren durchlaufen und eine Zeit als Notarassessor i.S.d. § 7 Abs. 3 BNotO absolvieren. Dieses in der Praxis wünschenswerte Ergebnis ist jedoch mit den herkömmlichen europarechtlichen Methoden scheinbar nicht zu erzielen: Entweder sind die Grundfreiheiten mit allen Konsequenzen anwendbar oder sie sind komplett ausgeschlossen. Dann kann auch der ungewünschte Nationalitätsvorbehalt europarechtlich nicht kritisiert werden.

Eine Lösungsmöglichkeit läge aber in der Hand der Mitgliedstaaten. Denn sieht man Art. 45 EGV als staatlichen Regelungsvorbehalt im Bereich der öffentlichen Gewalt an, kann ohne Weiteres der jeweilige Staat auf die Staatsangehörigkeit als Voraussetzung der Ausübung des Notarberufs freiwillig verzichten.[300] Dies ge-

299 *Fleischhauer*, (Fn. 30), S. 326.

300 *Schippel*, Fs. für Lerche, (Fn. 4), S. 506; *Fleischhauer*, (Fn. 30), S. 326.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schähe dann ohne jeden europarechtlichen Zwang und würde nicht den Verzicht auf Art. 45 EGV bedeuten. Der Verzicht auf § 5 BNotO wird von vielen Autoren, teilweise sogar von Vertretern des deutschen Notariats vom Gesetzgeber gefordert.[301] Die Ausübung von Staatsgewalt erfordert zwar ein besonderes Treueverhältnis zum Staat. Dass dieses Treueverhältnis aber nur zwischen dem Staat und seinen Staatsangehörigen besteht, wird in einem zusammenwachsenden Europa zunehmend in Zweifel gezogen.[302] Ob die wünschenswerte Abschaffung des § 5 BNotO aber für die nahe Zukunft realistisch ist, bleibt angesichts der teilweise noch sehr defensiven Haltung mancher Notare und des deutschen Gesetzgebers abzuwarten.[303] Ihnen zufolge muss der Notar zwingend Deutscher sein, da er als staatlicher Funktionsträger deutscher Hoheitsgewalt bestellt wird.[304] Dazu im Kontrast ist die Forderung weniger Notariatsvertreter zu sehen, die sich sogar für die freiwillige Umsetzung der Berufsqualifikationsrichtlinie einsetzen.[305] Dies lehnen aber die meisten mit dem Argument ab, dass vertiefte Kenntnisse des deutschen Rechts, wie sie nur ein Jurastudium an einer deutschen Hochschule vermittelt, zur Gewährung ausreichender Rechtssicherheit unabdingbar sind.[306]

Dass die Forderungen nach der freiwilligen Abschaffung des Staatsangehörigkeitsvorbehalts durchaus realisierbar sind und Deutschland dabei auch nicht das erste Land wäre, zeigt der Vergleich mit einigen anderen EG-Mitgliedstaaten. So haben Spanien, Italien, Portugal und kürzlich auch Estland[307], alles Länder mit einer lateinischen Notariatsverfassung, den Nationalitätsvorbehalt abgeschafft. Frankreich, Griechenland und Luxemburg haben sogar den Inhalt der Diplomanerkennungsrichtlinie freiwillig umgesetzt.[308] In Frankreich ist z.B. vorgesehen, dass der Bewerber ohne Maîtrise eine Eignungsprüfung ablegen muss, wenn bestimmte Ausbildungsinhalte der französischen Notarausbildung durch die bisherige Ausbildung oder praktische Tätigkeit nicht abgedeckt worden sind. Die Bedeutung dieser Regelung wird aber dadurch geschmälert, dass Frankreich trotzdem noch die eigene Staatsangehörigkeit für den Zugang zum Notarberuf verlangt.[309] Dass es auch dem deutschen Gesetzgeber nicht fremd ist, auf das Treueband zwischen

---

301 *Pieper*, Das Notariat im vereinten Europa – Standort und Perspektiven, ZNotP 1999, S. 430; *Fleischhauer*, (Fn. 30), S. 359; *Hergeth*, (Fn. 4), S. 210; *Schippel*, Fs. für Lerche, (Fn. 4), S. 506.

302 Ibid., S. 505; *Basedow*, (Fn. 8), S. 429.

303 Ibid., S. 421; *Hergeth*, (Fn. 4), S. 211.

304 U.a.: *Baumann*, in: Eylmann/Vaasen, (Fn. 45), § 5 BNotO, Rdnr. 2.

305 *Stern*, (Fn. 120), S. 372; *Hergeth*, (Fn. 4), S. 224.

306 *Fleischhauer*, (Fn. 30), S. 359; *Schippel*, Fs. für Lerche, (Fn. 4), S. 509.

307 http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/1510&format=HTML&aged=1&language=DE&guiLanguage=en (10.3.2008).

308 *Haeder*, (Fn. 45), S. 149; *Hergeth*, (Fn. 4), S. 221.

309 Ibid., S. 223.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Staat und Amtsträger zu verzichten und sich dem Grundgedanken der Grundfreiheiten zu öffnen, zeigt die Änderung des § 4 Abs. 1 BRRG: Auch EG-Ausländer können Beamte werden, obwohl der EuGH eine Einschränkung der Verbeamtung von EG-Ausländern unter Verweis auf Art. 39 Abs. 4 EGV für zulässig hielt. Er verlangte lediglich von Deutschland, dass EG-Ausländern bei Tätigkeiten, die nicht unter Art. 39 Abs. 4 EGV fallen, die Aufnahme in ein dem Beamtentum gleichgestelltes Anstellungsverhältnis ermöglicht werden muss.[310] Auch die deutsche Notarverfassung selbst hat sich dem Europagedanken geöffnet. So wurde im Rahmen der Berufsrechtsnovelle 1998 § 11a BNotO eingeführt, der es dem deutschen Notar erlaubt, einem ausländischen Notar im EG-Ausland Amtshilfe zu leisten und umgekehrt. Dies ermöglicht zwar nicht deren volle Dienstleistungsfreiheit, weshalb die Kommission die Abschaffung des § 11a BNotO fordert. Es zeigt aber ein Problembewusstsein für die zunehmende Notwendigkeit länderübergreifender Zusammenarbeit auch im Notariatswesen.[311] Eine wünschenswerte Abschaffung des § 5 BNotO erscheint nach alledem im Bereich des Möglichen.

H. Der Staatsangehörigkeitsvorbehalt des § 5 BNotO im Lichte des Art. 12 EGV

Wie gesehen können die Mitgliedstaaten jederzeit auf das Nationalitätserfordernis für Notare verzichten, was die meisten bisher nicht getan haben. Aus besagten Gründen wäre es aber erstrebenswert, dass sie zur Vermeidung einer Diskriminierung nichtstaatsangehöriger Mitgliedstaatler für die Notartätigkeit i.S.d. Art. 12 EGV zur Aufgabe des Vorbehalts gezwungen werden können. Es wird im Folgenden der Versuch unternommen, eine europarechtliche, dogmatisch saubere Lösung zu finden, um den Mitgliedstaaten trotz Unanwendbarkeit der Grundfreiheiten doch noch die Aufgabe des integrationsfeindlichen Nationalitätsvorbehalts aus § 5 BNotO aufzugeben.

I. Anwendbarkeit des Art. 12 EGV entgegen dem Grundsatz der Subsidiarität gegenüber spezielleren Diskriminierungsverboten in Form der Grundfreiheiten?

Schon Anfang der 90er Jahre plädierte im Rahmen der Entschließung des Europäischen Parlaments aus dem Jahr 1994 der Ausschuss für Recht und Bürgerrechte dafür, die Haupttätigkeit des Notars zwar als Ausübung hoheitlicher Gewalt anzu-

310 EuGH, Rs. 307/84; *Kommission/Frankreich*, Slg. 1986, 1725 ff., 1733.

311 *Schiller*, (Fn. 80), S. 50.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

erkennen, jedoch den Staatsangehörigkeitsvorbehalt abzuschaffen.[312] Der Ausschuss forderte die Kommission auf, im Rahmen der Subsidiarität Art. 45 EGV mit Art. 12 EGV in Einklang zu bringen[313] und überließ es dem EuGH, darüber zu befinden, ob Tätigkeiten, die mit der Ausübung von öffentlicher Gewalt i.S.d. Art. 45 EGV verbunden sind, als eine Art Auffangtatbestand vom allgemeinen Diskriminierungsverbot erfasst sein könnten.[314] Diese Frage gilt es nun zu klären. Artikel 12 Abs. 1 EGV gilt gemäß seinem Wortlaut nur „unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Vertrages". Diese Wendung schränkt den Anwendungsbereich des Art. 12 EGV stark ein, indem sie den allgemeinen Grundsatz der Subsidiarität ausdrücklich in Bezug auf Art. 12 EGV formuliert. Da anerkannt ist, dass die Art. 39, 43 und 49 EGV spezielle Diskriminierungsverbote aus Gründen der Staatsangehörigkeit darstellen, verdrängen diese Art. 12 EGV, soweit Sachverhalte ihrem Anwendungsbereich unterliegen.[315] Dies erscheint auch insofern logisch, als dass nach Feststellung eines Verstoßes gegen eine Personenfreizügigkeit eine weitere Prüfung des Art. 12 EGV müßig erscheint. Fraglich ist aber, ob dies auch gilt, wenn alle Tatbestandsmerkmale einer Grundfreiheit erfüllt wären, wenn nicht die Bereichsausnahme der öffentlichen Gewalt greifen würde. Kann dann dem Art. 12 EGV die Rolle eines Auffangrechts zukommen oder nicht? Oder anders formuliert: Muss, wenn man Art. 12 EGV in diesem Fall als Auffangrecht anwendet, das zu den Personenfreizügigkeiten gefundene Ergebnis zur Anwendbarkeit der Bereichsausnahme auch für Art. 12 EGV gelten, sodass dessen Anwendung automatisch auch ausgeschlossen ist oder kann im Rahmen des allgemeinen Diskriminierungsverbots ein anderes Ergebnis gefunden werden?

In der herrschenden Literatur wird Art. 45 EGV meist ohne nähere Begründung mit Verweis auf das Subsidiaritätsprinzip ebenfalls als Ausschluss des in Art. 12 EGV statuierten und in Art. 43 EGV nur näher konkretisierten Diskriminierungsverbots angesehen.[316] Dass man dies jedoch auch anders beurteilen kann, zeigt folgende Argumentation. Erstens besagt der Wortlaut des Art. 45 EGV, dass bei Einschlägigkeit desselben „dieses Kapitel" über die Niederlassungsfreiheit keine Anwendung findet. Da der Ausschluss laut Art. 45 EGV nicht für den gesamten EGV gilt, müsste Art. 12 EGV anwendbar bleiben. Zweitens wurde oben mehrfach be-

312 Entschließung des EP´s v. 18.2.1994 zur Lage und Organisation des Notarstands in den zwölf Mitgliedstaaten der Gemeinschaft, ABl. Nr. C 44 v. 14.2.1994, S. 36, Ziffer 6.

313 Ibid., Ziffer 7; *Preuß*, (Fn. 11), S. 296.

314 Bericht des Ausschuss des EP´s für Recht und Bürgerrechte zur Lage und Organisation des Notarstands in den zwölf Mitgliedstaaten der Gemeinschaft, Buchstabe D Nr. 5, Az A3-0422/93 (95/90), S. 14.

315 EuGH, Rs. 305/87, *Kommission/Griechenland*, Slg. 1989, 1461, Rdnr. 14; *Schütz/Bruha/König*, (Fn. 25), S. 797; Streinz, in: Streinz, (Fn. 35), Art. 12 EGV, Rdnr. 14; *Lenz*, in: Lenz/Borchardt, (Fn. 14), Art. 12 EGV, Rdnr. 1.

316 *Fischer*, (Rn. 7), S. 478.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tont, dass die Anwendbarkeit des Art. 45 EGV nicht auf die Frage der Zulässigkeit des Staatsangehörigkeitsvorbehalts reduziert werden darf. Vielmehr ist es Rechtsfolge des Vorliegens einer Tätigkeit der öffentlichen Gewalt, dass diese als Ganze weiterhin der Organisationsgewalt eines Mitgliedstaats unterliegt. Der „Umkehrschluss" dazu könnte lauten, dass es das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 45 EGV nicht ausschließt, dass der Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare trotzdem gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV verstößt.[317] So lässt sich auch eine Literaturmeinung finden, die eben dies vertritt: Eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit wie § 5 BNotO sei trotz Ausschluss der Grundfreiheiten am Maßstab des Art. 12 EGV zu messen.[318] Der EuGH hat verbindliche Abgrenzungskriterien zwischen den besonderen Diskriminierungsverboten der Grundfreiheiten und dem allgemeinen aus Art. 12 EGV noch nicht entwickelt. Er trägt durch seine Rechtsprechung sogar eher zur allgemeinen Verwirrung bei, wann auf welches der beiden Verbote abzustellen ist und wann das speziellere das allgemeinere ausschließt.[319] So ist er bisher eine Antwort auf diese spezielle Frage nach Art. 45 EGV im Zusammenhang mit Art. 12 EGV schuldig geblieben. Im Folgenden soll deshalb kurz die Rechtsprechung des EuGH allgemein zu Art. 12 EGV beleuchtet werden, um in dieser Anhaltspunkte zu finden, die die beschriebene Ansicht untermauern.

In den Anfangszeiten der Gemeinschaft hat Art. 12 EGV in der Rechtsprechung des EuGH kaum Beachtung gefunden, weil die meisten Diskriminierungsfälle schon von den besonderen Diskriminierungsverboten abgedeckt wurden. Mit der allmählichen Wandlung der Gemeinschaft von einer Wirtschaftsgemeinschaft zum Europa der Bürger hat sich dies geändert: Artikel 12 EGV hat in neuester Zeit in der Rechtsprechung des EuGH immer mehr Beachtung und einen umfangreicheren Anwendungsbereich gefunden.[320] Diese Dynamik ging dabei zu Lasten der Regelungskompetenz der Mitgliedsstaaten. So ist der persönliche Schutzbereich des Art. 12 EGV für alle natürlichen Personen eröffnet, die die Unionsbürgerschaft besitzen.[321] Sachlich gilt das Diskriminierungsverbot eigentlich nach Art. 12 EGV nur für den „Anwendungsbereich des Vertrages". Damit würden die Notare bisher nicht darunter fallen, weil sie weiterhin der ausschließlichen Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten unterliegen. Die einschränkende Vorgabe in Art. 12 EGV darf aber, wenn man der Rechtsprechung des EuGH folgt, nicht überschätzt werden.[322]

317 *Preuß*, (Fn. 11), S. 315.

318 Ibid.

319 *Rossi*, Das Diskriminierungsverbot nach Art. 12 EGV, EuR 2000, S. 205.

320 Ibid., S. 198; *Schütz/Bruha/König*, (Fn. 25), S. 785.

321 *Kingreen*, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2003, § 17, Rdnr. 19; *Zuleeg*, in: v. d. Groeben/Schwarze, (Fn. 90), Art. 12 EGV, Rdnr. 11.

322 *Jarass*, EU-Grundrechte, 2005, S. 305; *Kingreen*, in: Ehlers, (Fn. 321), § 17, Rdnr. 21.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nicht erfasst werden lediglich rein „interne Sachverhalte", die „keinerlei Bezug zum Gemeinschaftsrecht aufweisen".[323] Einzige vom EuGH genannte Voraussetzung ist, dass die betroffene Regelung möglicherweise Grundfreiheiten des Einzelnen oder sogar nur die allgemeine Freizügigkeit aus Art. 18 EGV[324] zumindest mittelbar beschränken könnte. So stellen die Grundfreiheiten über Art. 12 EGV eine Art gemeinschaftsrechtliche „Kompetenzausübungsschranke" dar, obwohl der grundfreiheitliche Anwendungsbereich die Diskriminierung nicht erfasst.[325] Eine positive Kompetenz der EG ist im Rahmen des Art. 12 EGV aber nicht erforderlich.[326]

Die meisten neueren vom EuGH zu Art. 12 EGV entschiedenen Fälle fielen deshalb nicht in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten, weil keine wirtschaftliche Betätigung ausgeübt wurde. Vermehrt ergingen Urteile zu dem in der Regelungsgewalt der Mitgliedstaaten verbliebenen Bereich der Bildung[327] oder zu sozialen Leistungen[328], oft auch in Kombination mit der Freizügigkeit aus Art. 18 EGV, der jegliche wirtschaftliche Zweckgebundenheit fehlt.[329] Dabei beschränkten die Diskriminierungen im Bereich der Bildung die Grundfreiheiten insofern mittelbar, als dass ohne eine entsprechende Bildung die Wahrnehmung der Personenfreizügigkeiten faktisch unmöglich wäre. Allein wegen seines Status aus Art. 17 EGV kann sich folglich ein „nicht wirtschaftlich aktiver" Unionsbürger auf Art. 12 EGV berufen, wenn er sich im Aufnahmemitgliedstaat für eine bestimmte Dauer rechtmäßig aufgehalten hat oder eine Aufenthaltserlaubnis besitzt.[330] Fraglich ist nun, ob dies auch gilt, wenn ein Unionsbürger zwar wirtschaftlich aktiv werden will, die von ihm erstrebte Tätigkeit aber als Ausübung von Hoheitsgewalt unter Art. 45 EGV fällt und deshalb die Grundfreiheiten nicht anwendbar sind. Einen Hinweis in diese Richtung könnte die Rechtssache *Bickel und Franz*[331] enthalten. Dort ging es um eine italienische Strafverfahrensvorschrift, die nur Angehörigen

---

323 EuGH, Rs. C-148/02, *Garcia Avello*, Slg. 2003, I-11613, Rdnr. 26, unter Berufung auf EuGH, Rs. 64/96, *Uecker und Jacquet*, Slg. 1997, I-3171, Rdnr. 23.

324 EuGH, Rs. C-456/02, *Trojani*, Slg. 2004, I-7573; EuGH, Rs. C-403-03, *Schrempp*, Slg. 2005, I-6421, Rdnr. 7 ff.

325 *Kubicki*, Die subjektivrechtliche Komponente der Unionsbürgerschaft, EuR 2006, S. 501.

326 *Von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 92), Art. 12 EGV, Rdnr. 34.

327 EuGH, Rs. 293/83, *Gravier*, Slg. 1985, 593; EuGH, Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193; EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119; EuGH, Rs. C-11/06 und C-12/06, *Morgan*, noch nicht in Slg. veröffentlicht.

328 EuGH, C-406/04, *de Cuyper*, Slg. 2006, I-6947; EuGH, Rs. C-258/04, *Ioannidis*; EuGH, Rs. C-456/02, *Trojani*, Slg. 2004, I-7573.

329 *Kubicki*, (Fn. 325), S. 503.

330 EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119, Rdnr 42.

331 EuGH, Rs. C-274/96, *Bickel und Franz*, Slg. 1998, I-7637.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Provinz Südtirol, also Italienern, die in Südtirol wohnen, den Gebrauch der deutschen Sprache vor Gericht erlaubte. Der EuGH hatte die Frage zu entscheiden, ob diese Vorschrift auch auf deutschsprachige EG-Ausländer anzuwenden sei, die sich in Südtirol aufhielten. Er sah den sachlichen Anwendungsbereich des Art. 12 EGV als eröffnet und die fragliche Vorschrift als diskriminierend an[332], obwohl das Strafverfahrensrecht, zu dem die streitige Vorschrift gehörte, in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt.[333] Ein Zusammenhang mit den Grundfreiheiten bestand insofern, als dass die beiden Kläger, ein österreichischer Lastwagenfahrer und ein deutscher Tourist, sich bei ihrem Aufenthalt in Südtirol auf Art. 49 und 50 EGV berufen konnten. Trotzdem stellt die Ausübung von Strafgewalt noch viel unumstrittener als die notarielle Tätigkeit Ausübung öffentlicher Gewalt dar. Alle Strafgewalt ausübenden Personen würden von Art. 39 Abs. 4 oder Art. 45 EGV erfasst. In der Rechtssache *Pusa*[334] ging es um Ausländer diskriminierende Pfändungsfreigrenzen, also um Regelungen des finnischen Zivilrechts, die gegen Art. 12 EGV verstießen. Ebenso sah der EuGH in der Rechtssache *Hayes* den ehemaligen § 110 ZPO, der von Ausländern, die vor deutschen Gerichten auftraten, wegen der Prozesskosten Sicherheiten verlangte, als Verstoß gegen Art. 12 EGV an.[335] Wenn man dies auf die Notare überträgt, ist die Anwendung des Art. 12 EGV nicht deshalb ausgeschlossen, weil die EG bezüglich der Notarverfassung noch keine Kompetenz hat. Auch ein Zusammenhang mit den Grundfreiheiten ist immer konstruierbar: Wie erwähnt wird z.B. die passive Dienstleistungsfreiheit der „Notarklienten" bezüglich öffentlicher Urkunden teilweise gewährt. Der EuGH könnte mithin bezüglich einer Norm wie § 5 BNotO den sachlichen Anwendungsbereich des Art. 12 EGV für eröffnet ansehen, obwohl mit dem Notarberuf ein Fall des Art 45 EGV vorliegt. Da seine Dogmatik zu Art. 12 EGV jedoch nicht sehr klar, um nicht zu sagen konfus ist[336], ist ein Ergebnis schwer prognostizierbar.

II. Verletzung des Art. 12 EGV durch § 5 BNotO

Falls man den Anwendungsbereich des Art. 12 EGV als eröffnet ansieht, liegt mit § 5 BNotO ein Fall offener Diskriminierung vor, da dieser die Ausübung des Notarberufs ausdrücklich deutschen Staatsangehörigen vorbehält. Der Tatbestand des Art. 12 EGV wäre erfüllt. Der EuGH hat aber entschieden, dass Art. 12 EGV kein absolutes Diskriminierungsverbot darstellt und hat die Möglichkeit der Rechtfertigung sogar bei offenen Ungleichbehandlungen anerkannt.[337] Dies war

332 Ibid., Rdnr. 17.

333 *Kingreen*, in: Ehlers, (Fn. 321), § 17, Rdnr. 23; *Rossi*, (Fn. 319), S. 204.

334 EuGH, Rs. C-224/02, *Pusa*, Slg. 2004, I-5763.

335 EuGH, Rs. C-323/ 95, *Hayes*, Slg. 1997, I-1711.

336 *Rossi*, (Rn. 319), S. 198.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zwar früher in der Literatur recht umstritten[338], es wäre aber widersinnig, gerade in den Bereichen, die von den Grundfreiheiten nicht erfasst werden und in denen die Mitgliedstaaten noch mehr Kompetenzen haben, strengere Maßstäbe anzulegen als im Rahmen der speziellen Diskriminierungsverbote der Grundfreiheiten.[339] Die Ungleichbehandlung kann mithin durch „objektive, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängige Erwägungen" gerechtfertigt sein, soweit diese verhältnismäßig sind.[340] Der EuGH stellt so bei der Rechtfertigungsprüfung einen Gleichlauf zur Prüfung der Grundfreiheiten her. Um den Bezug zu obigen Ausführungen herzustellen, stellt sich nun die Frage, ob ein derart enges Verhältnis der Verbundenheit zwischen einem Notar und dem ihn bestellenden Staat besteht, dass man diesem Verhältnis nur durch das Treueband der Staatsangehörigkeit gerecht werden kann.[341] Dieses besondere Verhältnis der Verbundenheit könnte aus der besonderen inhaltlichen Qualität der notariellen Aufgaben, aus anderen öffentlichen Belangen wie z.B. einem erhöhten Geheimhaltungsinteresse oder aus einer besonderen Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten resultieren. Auch soll die Verquickung mit Interessen eines anderen Staates insbesondere im Konfliktfall vermieden werden.[342]

Dazu ist zu sagen, dass Notare keine Aufgaben ausführen, die besondere Geheimhaltung erfordern. Die Verschwiegenheitspflicht des Notars aus § 18 BNotO besteht vornehmlich im Interesse der Beteiligten. Also kann die besondere Verbundenheit nur mit der Besonderheit der dem Notar zugewiesenen Aufgaben, insbesondere bei der Wahrnehmung der Urkundsgewalt und der damit verbundenen Vollstreckungsgewalt, gerechtfertigt sein. Dort tritt der Notar am deutlichsten als Vertreter des ihn bestellenden Staates auf.[343] Meines Erachtens hat sich aber auch in diesem Bereich der Zivilrechtspflege, nämlich der notariellen Beurkundung, mit fortschreitender europäischer Integration die Bedeutung eines Nationalitätsvorbehalts relativiert. Diese Entwicklung begann mit der Einführung der Art. 61c und 65 EGV, die eine justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen mit grenzüberschreitenden Bezügen ermöglichen und die die Rechtsgrundlage für die oben mehrfach erwähnte EuGVVO und die Verordnung Nr. 805/2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels[344] bilden. Die EuGVVO verlangt für die Erteilung

---

337 EuGH, Rs. 147/79, *Hochstrass*, Slg. 1980, 3005; *Zuleeg*, in: v. d. Groeben/Schwarze, (Fn. 90), Art. 12 EGV, Rdnr. 3.

338 *Schütz/Bruha/König*, (Fn. 25), S. 792; *Kingreen*, in: Ehlers, (Fn. 321), § 17, Rdnr. 32.

339 *Rossi*, (Fn. 319), S. 212.

340 EuGH, Rs. 148/02, *Garcia Avello*, Slg. 2003, I-11613, Rdnr. 31.

341 *Preuß*, (Fn. 11), S. 316.

342 *Schill*, (Fn. 65), S. 2017.

343 *Preuß*, (Fn. 11), S. 317.

344 Verordnung Nr. 805/2004/EG, ABl. Nr. L 143 v. 30.4.2004, S. 15.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Exequatur bei der öffentlichen Urkunde nur noch formelle Voraussetzungen gemäß Art. 41 EuGVVO, während die Verordnung Nr. 805/2004 bei unbestrittenen Forderungen in öffentlichen Urkunden eine Vollstreckung ohne Zwischenmaßnahmen des Vollstreckungsstaates nach Art. 25 Abs. 2 der VO erlaubt.[345] Nun kommt die Argumentation, die oben zu Art. 45 EGV, als es um die Frage ging, ob die EuGVVO ein Indiz dafür ist, dass Notare keine öffentliche Gewalt ausüben, noch wenig überzeugend war, zum Zuge: Wenn die von einem anderen Mitgliedstaat ausgestellten öffentlichen Urkunden schon wie innerstaatliche angesehen oder ohne Zwischenmaßnahmen im Inland vollzogen werden können, dann spielt die Zuordnung zu einem bestimmten Mitgliedstaat oder die Herstellung eines Titels in demselben keine Rolle mehr.[346] Folglich muss der die Urkunde erstellende Amtsträger nicht zwingend diesem bestimmten Mitgliedstaat zuzuordnen sein. Das heißt aber nicht, dass der Amtsträger keine staatliche Hoheitsgewalt ausübt. Somit hat der Nationalitätsvorbehalt auch in dem Bereich, in dem der Notar am deutlichsten als Repräsentant seines Staates auftritt, seine Berechtigung verloren. Die auf § 5 BNotO beruhende Diskriminierung erscheint mir im Lichte des Art. 12 EGV nicht mehr haltbar.

Man könnte einwenden, dass bei einem solchem Vorgehen ein bisher nicht da gewesenes und vom EuGH so noch nie angenommenes Zweiklassensystem entsteht: Es würde künftig Tätigkeiten wie die des Notars geben, die zwar mit der Ausübung von Hoheitsgewalt verbunden sind und auf die Art. 45 EGV oder Art. 39 Abs. 4 EGV anwendbar sind, bei denen ein Staatsangehörigkeitsvorbehalt wegen Art. 12 Abs. 1 EGV aber trotzdem nicht gerechtfertigt wäre. Und es gäbe solche, bei denen sogar die Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit wegen einer besonders intensiven Verbundenheit zum Staat gerechtfertigt wäre. Es drängt sich sofort die Folgefrage auf, warum dann die Richtertätigkeit in Deutschland Deutschen vorbehalten werden darf. Denn daran besteht zumindest beim gegenwärtigen Integrationsstand kein Zweifel. Die Rechtfertigung könnte nur darin liegen, dass dem Richter Entscheidungs- und Strafgewalt auch gegen den Willen der Bürger zukommt, er damit im viel stärkeren Maße Repräsentant des staatlichen Zwangsmonopols ist als der Notar und noch viel weniger als dieser in Konflikt mit Interessen seines Herkunftsstaats geraten soll.[347] Trotz dieser Gefahr der Entstehung eines Zweiklassensystems ist meines Erachtens der hier vorgeschlagene Lösungsweg der, der aufgeworfenen Problemstellung am ehesten gerecht werdende Weg, der der europarechtlichen Dogmatik zumindest nicht zu widersprechen scheint. Die Gefahr, dass der Notarberuf und damit das System der vorsorgenden Rechtspflege insgesamt der mitgliedstaatlichen Regelungsgewalt entris-

345 *Fleischhaue*r, (Fn. 30), S. 328.

346 *Heinz*, (Fn. 37), S. 572; *Preuß*, (Fn. 11), S. 317.

347 *Schill*, (Fn. 65), S. 2018.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sen wird, wäre gebannt. Dennoch sind die Mitgliedstaaten gezwungen, den europarechtlich nicht mehr haltbaren Nationalitätsvorbehalt abzuschaffen. Ob der EuGH dies auch so sieht, bleibt abzuwarten.

III. Übertragbarkeit des Ergebnisses auf das Erfordernis eines deutschen Staatsexamens als Zugangsbedingung zum Notarberuf?

§ 5 BNotO erfordert neben der deutschen Staatsangehörigkeit auch die Befähigung zum deutschen Richteramt, also zwei Staatsexamina, um in Deutschland Notar zu werden. Wenn man obigen Gedankengang konsequent weiterführt, könnte auch dieser zweite Teil der Vorschrift gegen Art. 12 EGV verstoßen. Dieser knüpft zwar nicht direkt an die Staatsangehörigkeit an. Das Erfordernis der Befähigung zum Richteramt wird aber für Ausländer in der Regel schwieriger zu erreichen sein als für Inländer, weil diese typischerweise in ihrem Heimatland studieren und dort keine deutschen Staatsexamina ablegen können. Insofern könnte man einen Fall der mittelbaren Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit annehmen. Die Abgrenzung zur reinen Beschränkung wird jedoch in diesen Fällen vom EuGH noch nicht einmal im Bereich der Grundfreiheiten eindeutig gezogen und bereitet hier Schwierigkeiten.[348] Das Unterscheidungskriterium bei der mittelbaren Diskriminierung müsste zu einem gleichen Regelungserfolg wie das der Staatsangehörigkeit führen.[349] Denn lässt sich die gestellte Anforderung mit anderen Gründen als mit dem der Staatsangehörigkeit begründen, liegt keine Diskriminierung gerade aufgrund der Staatsangehörigkeit vor, die Art. 12 EGV verlangt.[350] Hier lässt sich das Erfordernis der Staatsexamina aber auch damit begründen, dass nur so sichergestellt werden kann, dass ein in Deutschland tätiger Notar auch vertiefte Kenntnisse des deutschen Rechts hat. Die Staatsexamina kann ein Ausländer unter den gleichen Bedingungen erwerben wie ein Deutscher, nur dass eben faktisch mehr Deutsche dieses Angebot wahrnehmen. Nur für den Fall, dass eine mittelbare Diskriminierung anzunehmen ist, hat der Gerichtshof anerkannt, dass auch diese mit Art. 12 EGV unvereinbar ist, weil Art. 12 EGV jede Diskriminierung erfasst.[351] Insofern müssten auch hier Rechtfertigungsgründe gesucht werden. Natürlich kann nicht jeder Ausländer mit einem juristischen Abschluss in Deutschland Notar werden. Dies wäre mit dem Erfordernis einer geordneten Rechtspflege und der Rechtssicherheit unvereinbar, denn ein deutscher Notar

---

348 *Von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 92), Art. 12 EGV, Rdnr. 11; *Schütz/Bruha/König*, (Fn. 25), S. 791; *Kingreen*, in: Ehlers, (Fn. 321), § 17, Rdnr 29.

349 *Zuleeg*, in: v. d. Groeben/Schwarze, (Fn. 90), Art. 12 EGV, Rdnr. 4; *von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 92), Art. 12 EGV, Rdnr 13.

350 *Kingreen*, in: Ehlers, (Fn. 321), § 17, Rdnr 29.

351 EuGH, Rs. C-398/92, *Mund & Fester*, Slg. 1994, I-467, 479, Rdnr. 14 f.; *Kingreen*, in: Ehlers, (Fn. 321), § 17, Rdnr. 28; EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119, Rdnr. 51.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

muss das deutsche Recht beherrschen. Das mildere Mittel zur Erreichung dieses Ziels gegenüber dem Erfordernis der Staatsexamina würde aber sein, Ausübungsvoraussetzungen wie Eignungsprüfungen von ausländischen Juristen zu verlangen, wie sie die Berufsqualifikationsrichtlinie vorsieht.

Hier zeigen sich jedoch erneut die Schwierigkeiten in der Anwendung des Art. 12 EGV auf den vorliegenden Fall. Die Dogmatik zu Art. 12 EGV befindet sich noch in der Entwicklung und ist noch viel unausgereifter als diejenige der Grundfreiheiten. Dass gemäß dieser Argumentation faktisch doch noch die Ergebnisse der Berufsqualifikationsrichtlinie ins deutsche Recht Eingang finden würden, erscheint begrüßenswert. Es ist aber inkonsequent, dass oben die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten abgelehnt wurde, diese aber nun durch die „Hintertür" in Form des Art. 12 EGV quasi wieder zur Anwendung kommen, wenn auch in Form eines reinen Diskriminierungsverbots. Außerdem müsste in Konsequenz dieser Argumentation jede einzelne Vorschrift der BNotO dahingehend überprüft werden, ob sie nicht i.S.d. Art. 12 EGV EG-Ausländer mittelbar diskriminiert. Die ganze Dogmatik der Grundfreiheiten wäre so in Frage gestellt. Nichtsdestotrotz wäre diese Lösung, zumindest was den Staatsangehörigkeitsvorbehalt betrifft, die dem praktischen Bedürfnis am ehesten entsprechende, auch wenn ihre dogmatischen Schwächen nicht von der Hand zu weisen sind.

I. Zusammenfassung und Ausblick

Zusammenfassend ist eine Prognose für den Ausgang des von der Kommission angestrengten Vertragsverletzungsverfahrens nur schwierig zu treffen. Meines Erachtens ist der Integrationsgrad der EG noch nicht so weit fortgeschritten, als dass Europa bereit wäre, die Notariatsverfassungen als ein wesentliches Teilgebiet der vorsorgenden Rechtspflege der souveränen Regelung der Mitgliedstaaten zu entreißen und diese der Kontrolle der EG in Form der Grundfreiheiten zu unterstellen. Denn solange sich die Mitgliedstaaten noch nicht einmal über erste Vereinheitlichungen des materiellen Rechts einigen können und das „Jahrhundertprojekt" Europäisches Zivilgesetzbuch immer noch in den Kinderschuhen steckt, erscheint die Eröffnung der Dienstleistungsmärkte im Bereich der vorsorgenden Rechtspflege verfrüht. Dies mag und muss sich mit der immer weiter voranschreitenden Integration irgendwann ändern. Momentan ist meines Erachtens § 5 BNotO jedenfalls noch nicht am Maßstab der Grundfreiheiten zu messen und der Vorwurf der Kommission zurückzuweisen. Dass allerdings der Staatsangehörigkeitsvorbehalt und auch die Nichtanerkennung ausländischer Diplome schon heute anachronistisch erscheinen, habe ich oben mehrfach betont. Ob der EuGH jedoch über den von der Kommission gemachten Vorwurf hinaus einen Verstoß des § 5 BNotO gegen Art. 12 EGV prüft und sogar annimmt, ist zwar wünschens-

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wert, kann jedoch, betrachtet man seine bisherige Rechtsprechung, nicht erwartet werden.

Mit der Feststellung, dass das Berufszulassungs- und Ausübungsrecht der deutschen Notare aufgrund der hoheitlichen Ausgestaltung zumindest im Moment noch dem Zugriff der Grundfreiheiten entzogen ist, wird sicherlich nur ein Teilaspekt der notariellen Standortbestimmung erfasst. Durch die von der Gemeinschaft in Gang gesetzten Veränderungen des materiellen Rechts, insbesondere im Bereich des Gesellschafts- und Immobilienrechts, wird über die zukünftigen Aufgabenfelder des Notars über die Formvorschriften indirekt mitbestimmt. Auch das europäische Wettbewerbsrecht und das Internationale Privatrecht notarieller Urkunden bringen für den Berufsstand europarechtlich vorgegebene Konsequenzen mit sich. Sogar auf der Ebene der Notarverfassungen selbst haben Harmonisierungsbemühungen tiefgreifende Veränderungen mit sich gebracht und werden dies auch zukünftig tun. Denn die Koexistenz verschiedener Rechtspflegesysteme in Europa stellt, falls unser Kontinent weiter zusammenwachsen will, nicht nur bezüglich des Notariats eine Hürde da, deren Überwindung sich die EU bereits angenommen hat und bei der es wünschenswert ist, dass sie dies auch weiterhin tut. Tempo und Umfang sind dabei abhängig vom Fortschritt der europäischen Integration und damit vom politischen Willen der Gemeinschaft und der dahinter stehenden Mitgliedstaaten. So sollten die Mitgliedstaaten die ihnen bisher im Bereich des Notariats verbliebenen berufsrechtlichen Regulierungsmöglichkeiten gerade nicht als Instrument zur Marktumgehung, sondern zu einer funktionell begrenzten Markteröffnung für einen besonders marktempfindlichen Bereich der Rechtspflege nutzen.[352] Sie sollten mit Unterstützung der Notare den wachsenden Einfluss des Europarechts auf ihre Rechtspflegesysteme nicht als Bedrohung von außen ansehen, sondern versuchen, soweit wie möglich gestaltend auf die neuen Entwicklungen Einfluss zu nehmen. Denn schließlich ist Europa auch für die Notare kein Zwang, sondern eine Chance.

352 *Richter*, (Rn. 37), S. 7.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2008-1-143 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -