
Das deutsche Notariat als Bereichsausnahme von der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit?

Stefan Haeder*

Inhalt

A.	Einleitung	118
B.	Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226 EGV	121
C.	Verletzen §§ 5 und 11a Satz 3 BNotO die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit nach Art. 43 und 49 EGV?	122
	I. Anwendbarkeit von Art. 43 und 49 EGV auf deutsche Notare	122
	1. Selbständige Erwerbstätigkeit	122
	a) Beurteilung der Erwerbstätigenstellung der Notare nach deutschem Recht	123
	b) Beurteilung der Erwerbstätigenstellung der Notare nach europäischem Recht	123
	2. Faktische Einschränkung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit durch §§ 5 und 11a Satz 3 BNotO	124
	a) Berufszugang	124
	b) Berufsausübung	124
	3. Einschränkung des Anwendungsbereichs der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit durch Art. 45 EGV	124
	a) Dogmatische Einordnung von Art. 45 EGV als Beschränkung des Anwendungsbereichs der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit („Bereichsausnahme“)	125
	b) Auslegungskompetenz betreffend die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 45 EGV	127
	aa) Wortlaut	128
	bb) Vertragssystematik	128
	cc) Regelungszweck	129

* Stefan Haeder, Rechtsanwalt, Berlin.

dd) Rechtsprechung des EuGH zur Zwei-Stufen-Prüfung der Voraussetzungen von Art. 45 EGV	130
c) Das Tatbestandsmerkmal der „Tätigkeiten“	132
d) Das Tatbestandsmerkmal „Ausübung öffentlicher Gewalt“	132
aa) Auslegung des Begriffs „Ausübung öffentlicher Gewalt“ nach deutschem Recht	133
bb) Auslegung des Begriffs „Ausübung öffentlicher Gewalt“ nach europäischem Recht	140
e) Die Verhältnismäßigkeit der hoheitlichen Ausgestaltung einer Tätigkeit als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal von Art. 45 EGV?	145
aa) Eignungsprüfung im Rahmen der Diplomanerkennung als milderes Mittel zur Erreichung der Zwecke des Staatsangehörigkeitsvorbehalts?	146
bb) Stellungnahme	149
II. Ergebnis zu C.	150
D. Zusammenfassung	150

A. Einleitung

Die meisten Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die ein sogenanntes lateinisches Notariat¹ haben, setzen für den Zugang zum Notarberuf voraus, dass der Bewerber die Staatsangehörigkeit des jeweiligen Mitgliedstaates besitzt. Für Deutschland ist dies in § 5 BNotO geregelt. Darüber hinaus dürfen nach § 11a Satz 3 BNotO ausländische Notare in Deutschland nur auf Ersuchen eines inländischen Notars kollegiale Hilfe leisten, ihren Beruf aber nicht eigenständig ausüben. Die EU-Kommission erachtet diesen Staatsangehörigkeitsvorbehalt als Verstoß gegen die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit² und hat ein Vertragsverletzungss

¹ Dies sind im einzelnen Belgien, Bulgarien, Deutschland, Estland, Frankreich, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, die Niederlande, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, die Slowakische Republik, Slowenien, Spanien, Tschechien und Ungarn.

² Vgl. Antwort der Kommission v. 19.5.1989 auf die schriftliche Anfrage Nr. 2199/88, ABl. Nr. C 270 v. 23.10.1989, S. 28 sowie die Aufforderung der Kommission v. 18.6.1999 an Deutschland zur Stellungnahme (in Bezug genommen in den Stellungnahmen der Bundesnotarkammer vom 22.7.1999 und 19.12.2000, vgl. www.bundesnotarkammer.de, Rubrik „Die Bundesnotarkammer – Positionen“). Zu diesem Thema äußerte sich unter anderem auch der stellvertretende Generaldirektor *Stoll* im Rahmen einer Veranstaltung am 6.6.2003 in Dresden, vgl. NotBZ 2003, S. 256 ff.

verfahren nach Art. 226 EGV eingeleitet. Die Initiative der Kommission geht zurück auf einen englischen *solicitor* und *notary public*³ namens Mark Kober-Smith, der vor allem die Möglichkeit im Auge hat, einen weiteren, vermeintlich lukrativen Markt auf dem europäischen Kontinent zu erschließen.⁴ Mit Ausnahme Spaniens, das den Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare mittlerweile aufgehoben hat, haben die betroffenen Mitgliedstaaten ihre Staatsangehörigkeitsvorbehalte verteidigt. Würde sich die Europäische Kommission in dieser Angelegenheit durchsetzen, so dürfte dies für die deutschen Notare ausländische Konkurrenz⁵ nach sich ziehen. Es sind aber auch Auswirkungen auf die inländischen Berufsregeln denkbar.⁶ Denn die Dienstleistungsfreiheit für Ausländer würde im Hinblick auf die gemäß § 10a BNotO an ihren Amtsbereich gebundenen inländischen Notare zu einer Inländer-

³ Vgl. zu den Notariatsfunktionen im Vereinigten Königreich: *Basedow*, Zwischen Amt und Wettbewerb – Perspektiven des Notariats in Europa, RabelsZ 1991, S. 409, 411 ff.

⁴ Vgl. BNotK-Intern 6/2001, S. 6, 7; Nachzulesen sind diese Hintergründe im einzelnen in zwei Artikeln aus der Law Gazette, dem wöchentlichen Magazin der Law Society of England and Wales v. 28.9.2000 und v. 21.10.2000. So heißt es in dem mit „Solicitor greift Monopol der Notare an“ überschriebenen Artikel vom 28.9.2000, dass die englischen Rechtsanwälte Zugang zu dem lukrativen europäischen Markt für notarielle Dienstleistungen hätten, wenn die Europäische Kommission der von einem *Solicitor* aus Kent erhobenen Beschwerde gegen das System (der nationalen Zulassungsbeschränkungen im Bereich des Notariats) folge. Der Artikel konstatiert, dass die Notare in Kontinentaleuropa eine bei weitem wichtigere Rolle als im Vereinigten Königreich spielen. Zu ihren Aufgaben dort gehörten die Übertragung von Immobilien, die Gründung von Gesellschaften, die Errichtung von Vollmachten und Scheidungsvereinbarungen (der Artikel vermittelt dabei zumindest den Eindruck, als seien alle diese Tätigkeiten dem englischen *notary public* fremd). Die kontinentaleuropäischen Notare arbeiteten einzeln und seien der Zahl nach beschränkt, wobei jedem ein bestimmter Bereich zugewiesen sei. Der Artikel stellt in den Raum, dass dies die nächste Beschränkung sein könne, die angegriffen werde. Auch das eigentliche Ziel des Beschwerdeführers wird in dem Beitrag sehr deutlich. Es heißt dort, dass eine Beendigung der Beschränkungen es den großen *law firms*, die über Büros in den betreffenden Ländern verfügen, neben der Chance auf mehr Mandate erlauben würde, Notare einzugliedern und einen *one-stop-shop* in der gesellschaftsrechtlichen Beratung anzubieten. In dem erwähnten Beitrag vom 21.10.2000, überschrieben mit „Der Niedergang eines Monopols“, heißt es, dass die Notare auf dem Kontinent für eine Vielzahl von Transaktionen benötigt würden; sie spielen eine Schlüsselrolle bei der Übertragung von Grundeigentum. Die Intervention der EU habe zur Folge, dass englische Rechtsanwälte sich um diese lukrativen Aufgaben werden bewerben können.

⁵ Ausländische Konkurrenz gibt es bereits in der Form des „Beurkundungstourismus“ insbesondere deutscher Firmen, aber auch des deutschen Staates (!), in Länder mit geringeren Notarkosten, wie vor allem die deutschsprachigen Länder Österreich und die Schweiz. Wenn diese Geschäfte nun in Deutschland von ausländischen Notaren erledigt würden, käme es insgesamt möglicherweise nicht einmal zu einem Einbruch im Beurkundungsaufkommen deutscher Notare. Zweifel am Sinn des Staatsangehörigkeitsvorbehals äußert auch *Fleischbauer*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und notariales Berufsrecht, DNotZ 2002, S. 325, 359. In diesem Sinne auch *Heinz*, Europa – Chance oder Bedrohung für unser Notariat?, Vortrag auf dem Anwaltstag 2000 des DAV, AnwBl 2000, S. 562, 563.

⁶ Vgl. dazu *Preuß*, Europarechtliche Probleme der deutschen Notariatsverfassung, ZEuP 2005, S. 291, 298 ff.

diskriminierung führen. Die zur Behebung dieser Inländerdiskriminierung dann wohl gebotene Beseitigung der Bindung an den Amtsbereich allerdings könnte insbesondere für das hauptberufliche Notariat empfindliche Einnahmeeinbußen bedeuten. Denn es wäre dann mit zusätzlicher Konkurrenz durch die weitaus zahlreicheren⁷ Anwaltsnotare zu rechnen, die im Durchschnitt nur etwa ein Drittel des Einkommens eines Nurnotars erzielen⁸ und wahrscheinlich hinreichend Anreize sehen würden, auch im Bereich des Nurnotariats tätig zu werden. Des Weiteren ist fraglich, ob bzw. inwieweit der Zugang zum Notariat weiterhin von einem staatlich definierten Bedarf nach der Errichtung neuer Notarstellen abhängig gemacht werden dürfte.

Die Vorgehensweise der Kommission ist vor dem Hintergrund der Lissabon-Strategie⁹ und des Beschlusses von Tampere¹⁰ aus dem Jahre 1999 zu sehen. Danach kommt dem Abbau von Hindernissen und Beschränkungen im Bereich des Dienstleistungsverkehrs eine gewichtige Rolle zu. Die Kommission hat dabei auch die vielfältigen einzelstaatlichen Regulierungen der so genannten „freien Berufe“ im Auge und legte am 9. Februar 2004 die Mitteilung „Bericht über den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen“¹¹ vor. Darin stehen Standesregeln für Rechtsanwälte, Notare, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Architekten, Ingenieure und Apotheker auf dem Prüfstand. Sie forderte Organisationen und Mitgliedstaaten auf, im nationalen Rahmen beschränkende, nicht gerechtfertigte Vorschriften den europäischen Wettbewerbsregeln anzupassen und bemängelte unter anderem restriktive Zugangsvoraussetzungen zu den jeweiligen Berufen. In einem Anschlussbericht vom 5. September 2005¹² mahnte sie weiteren Handlungsbedarf an. Welche Bedeutung insofern dem Appell des Ausschusses des Europäischen Parlaments für Recht und Bürgerrechte vom 9. Dezember 1993 zur Abschaffung des Staatsangehörigkeitsvorbehalts für Notare in der EWG¹³ zukommt, ist dagegen unklar.

7 Vgl. die Notarstatistik bspw. unter www.bundesnotarkammer.de, Rubrik „Über die Notare“.

8 So jedenfalls nach der Lohn- und Einkommensteuerstatistik des Statistischen Bundesamts für die Jahre 1998 (Nurnotar: 247.651 Euro, Anwaltsnotar: 77.549 Euro) und 2001 (Nurnotar: 203.912 Euro, Anwaltsnotar: 75.898 Euro).

9 Die Lissabon-Strategie wurde beschlossen auf einer Sondertagung des Europäischen Rats v. 23. und 24.3.2000 in Lissabon unter dem Motto „Für ein Europa der Innovation und des Wissens“.

10 Vgl. Bulletin EU 10-1999 betreffend den Europäischer Rat von Tampere am 15. und 16.10.1999.

11 Vgl. KOM (2004) 83 endg.

12 Vgl. KOM (2005) 405 endg.

13 Vgl. Entschließungsantrag des Ausschusses des Europäischen Parlaments für Recht und Bürgerrechte v. 9.12.1993 zur Lage und Organisation des Notarstands in den zwölf Mitgliedstaaten der Gemeinschaft, Buchstabe D Nr. 6, A3-0422/93, (95/90), DOC-DE/RR/241442, PE 2005.644/endg., po Or.FR, S. 5, vgl. ZNotP 1997, S. 58 f.

B. Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226 EGV

Die Kommission ist als „Hüterin der Verträge“ nach Art. 226 EGV zuständig, Vertragsverletzungen der Mitgliedstaaten zu rügen und, falls erforderlich, zum Gegenstand einer Klage vor dem Europäischen Gerichtshof zu machen. Das Bundesjustizministerium hat im März 2001 gegenüber der Kommission – im Wesentlichen gestützt auf Argumente der Bundesnotarkammer¹⁴ – Stellung genommen und die Beibehaltung des Staatsangehörigkeitsvorbehalts gegenüber der Kommission verteidigt. Die Kommission¹⁵ hat Belgien, Deutschland, Frankreich, Griechenland, Luxemburg, die Niederlande und Österreich im Jahre 2006 förmlich dazu aufgefordert, ihre Rechtsvorschriften, die nur Staatsangehörigen ihres eigenen Landes den Zugang zum Notarberuf gestatten, zu ändern, da solche Bestimmungen ihrer Ansicht nach gegen die im EGV verankerte Niederlassungsfreiheit verstießen. Die formellen Aufforderungen der Kommission ergehen als sogenannte mit Gründen versehene Stellungnahmen, also im Rahmen der zweiten Stufe des Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 226 EGV. Erhält die Kommission innerhalb von zwei Monaten keine zufrieden stellende Antwort, so kann sie den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften anrufen. Sie hat im Übrigen bemängelt, dass die Diplom-Anerkennungsrichtlinie¹⁶ insoweit nicht umgesetzt sei.

Die Kommission hat ferner Estland, Lettland, Litauen, Malta, Polen, die Slowakei, Slowenien, die Tschechische Republik und Ungarn aufgefordert, zu ähnlichen Rechtsvorschriften in ihren Ländern Stellung zu nehmen. Diese Aufforderungen ergehen als sogenannte „Aufforderungsschreiben“, also im Rahmen der ersten Stufe des Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 226 EGV. Ist die Kommission nach Prüfung der Stellungnahmen der Ansicht, dass die Rechtsvorschriften gegen Bestimmungen des EGV verstößen, kann sie beschließen, eine mit Gründen versehene Stellungnahme an die betroffenen Mitgliedstaaten zu richten, in der diese förmlich zur Änderung ihrer Rechtsvorschriften aufgefordert werden. Es ist absehbar, dass die vorstehend erwähnten Auffassungen der Kommission und der betroffenen Mitgliedstaaten, insbesondere Deutschlands, nicht miteinander zu vereinbaren sind. Es wird also letztlich Aufgabe des Europäischen Gerichtshofs sein, insbe-

¹⁴ Die Stellungnahmen der Bundesnotarkammer v. 22.7.1999 und v. 19.12.2000 gegenüber dem Bundesjustizministerium sind im Internet abrufbar unter der Adresse www.bundesnotarkammer.de, Rubrik „Bundesnotarkammer – Positionen“.

¹⁵ Vgl. Pressemitteilung der Kommission v. 12.10.2006, IP/06/1385 sowie die entsprechende Mitteilung in der FAZ v. 13.10.2006.

¹⁶ Richtlinie 89/48/EWG des Rates v. 21.12.1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen, ABl. L 19 v. 24.1.1989, S. 16.

sondere über die Frage der Anwendbarkeit von Art. 45 EGV auf die notariellen Tätigkeiten zu entscheiden.¹⁷

C. Verletzen §§ 5 und 11a Satz 3 BNotO die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit nach Art. 43 und 49 EGV?

Der Erfolg eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland hängt davon ab, ob die Staatsangehörigkeitsvorbehalte in den §§ 5 und 11a Satz 3 BNotO die europäische Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit nach Art. 43 und 49 EGV verletzen.

I. Anwendbarkeit von Art. 43 und 49 EGV auf deutsche Notare

Ob die Art. 43 und 49 EGV auf deutsche Notare überhaupt anwendbar sind, ist in dem angesprochenen Zusammenhang die umstrittene Kernfrage. Zwar ist die Anwendbarkeitsprüfung der besagten Vorschriften gegenüber der Tatbestandssubsumtion voreilig. Allerdings soll mit einem Blick auf die Tatbestandsvoraussetzungen verdeutlicht werden, welche Personengruppe überhaupt von der angesprochenen Thematik berührt wird.

1. Selbständige Erwerbstätigkeit

Im Hinblick auf die unterschiedlichen Notariatsverfassungen in Deutschland ist die Frage, ob deutsche Notare eine selbständige Erwerbstätigkeit im Sinne der Art. 43 und 49 EGV ausüben, differenziert zu beantworten. Die selbständige Erwerbstätigkeit ist abzugrenzen von staatlicher Tätigkeit einerseits und abhängiger Erwerbstätigkeit in der freien Wirtschaft andererseits. Zwar übt die überwiegende Zahl der deutschen Notare das Notaramt freiberuflich aus.¹⁸ Lediglich in Baden-Württemberg gibt es neben den freiberuflichen Nur- oder Anwaltsnotaren¹⁹ auch verbeamte Notare als sogenannte Richternotare im OLG-Bezirk Karlsruhe und als so genannte Bezirksnotare im OLG-Bezirk Stuttgart.²⁰ Diese Form der Berufsausübung

¹⁷ Fleischbauer, (Fn. 5), S. 360, erachtet die Lage als dramatischer und sieht den Fortbestand des Notariats lateinischer Prägung auf dem europäischen Kontinent in Frage gestellt. Ähnlich wohl auch Preuß, (Fn. 6), S. 303.

¹⁸ Vgl. die Notarstatistik bspw. unter www.bundesnotarkammer.de, Rubrik „Über die Notare“.

¹⁹ Im OLG-Bezirk Karlsruhe werden keine Anwaltsnotare bestellt.

fällt grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit. Den staatlichen Notaren fließen die Gebühren aus der Notartätigkeit grundsätzlich nicht selbst zu, sondern sie beziehen als Bedienstete des Landes Baden-Württemberg für ihre Tätigkeit ein festes Gehalt, welches allerdings um bestimmte Anteile am Gebührenaufkommen ergänzt wird.²¹

a) Beurteilung der Erwerbstätigengestellung der Notare nach deutschem Recht

Obgleich die freiberuflich tätigen Notaren nach den §§ 1 ff. BNotO ein öffentliches Amt ausüben²² und der für sie geltenden Dienstaufsicht durch die Landesjustizverwaltung nach den §§ 92 ff. BNotO unterliegen, schließen diese formalen Gesichtspunkte nicht aus, dass die Notare – wie es in den §§ 14, 17 BNotO zum Ausdruck kommt – unabhängig, weisungsungebunden und auf eigene Rechnung tätig sind.²³

Nach § 151a KostO erhält der Notar – und dies gilt im Übrigen auch für staatliche Notare²⁴ – Ersatz der auf seine Kosten entfallenden Umsatzsteuer, sofern diese nicht nach § 19 Abs. 1 UStG unerhoben bleibt. Er ist also Unternehmer im Sinne von § 2 Abs. 1 UStG und damit selbständiger Erwerbstätiger. Auch das deutsche Einkommensteuerrecht wertet den freiberuflichen Notar als selbständigen Erwerbstätigen, der – so regelt es § 18 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG ausdrücklich – Einkünfte aus selbständiger Arbeit erzielt.

b) Beurteilung der Erwerbstätigengestellung der Notare nach europäischem Recht

Freiberufliche Notare üben auch nach europäischem Maßstab eine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit aus und sind insoweit den freien Berufen zuzurechnen.

²⁰ Siehe *Hergeth*, Europäisches Notariat und Niederlassungsfreiheit nach dem EG-Vertrag. Grenzüberschreitende Berufsausübung durch Notare in europarechtlicher Perspektive, 1996, S. 33, 34. Für beide Arten gilt die BNotO nach den §§ 114 Abs. 1 Satz 1, 115 Satz 1 nicht.

²¹ Vgl. §§ 10 ff. des Justizkostengesetzes des Landes Baden-Württemberg, LJKG, i.d.F. v. 15.1.1993, GBl. 1993, S. 110 ff.

²² Zur besonderen Stellung des Notariats und den sich daraus ergebenden Auswirkungen auf die Berufsausübung des Notars siehe den Beschluss des BGH v. 24.6.1996.

²³ So auch *Grüß*, Europäische Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit für Private mit hoheitlichen Befugnissen, 1999, S. 179; *Schiller*, Freier Personenverkehr im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit?, EuR 2004, S. 27, 30.

²⁴ Der ursprünglich durch Gesetz v. 20.12.1967, BGBl. I, S. 1246, in die KostO eingefügte § 151a galt nur für Notare, denen die Gebühren selbst zufließen. Die Vorschrift wurde durch das Gesetz v. 26.11.1979 neu gefasst, BGBl. I, S. 1953, und gilt seither für alle Notare in Deutschland.

Dies hat der Europäische Gerichtshof zu den in ähnlicher Weise wie ihre deutschen Kollegen tätigen niederländischen Notaren in einem Urteil vom 26. März 1987²⁵ festgestellt. Er hat sich dabei darauf gestützt, dass die Notare nicht in einem Unterordnungsverhältnis zum Staat stehen, da sie nicht in die öffentliche Verwaltung eingegliedert sind, und ihre Tätigkeit für eigene Rechnung und in eigener Verantwortung ausüben. Nach diesem Urteil rechtfertigt der Umstand einer behördlichen Disziplinaraufsicht ebenso wenig wie die gesetzliche Festlegung der Vergütung die Annahme eines Unterordnungsverhältnisses gegenüber einem Arbeitgeber.²⁶

2. Faktische Einschränkung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit durch §§ 5 und 11a Satz 3 BNotO

Die Freizügigkeitsrechte umfassen den Berufszugang ebenso wie die Berufsausübung.²⁷ Dass das deutsche Berufsrecht der Notare die Dienstleistung und Niederlassung ausländischer Notare in Deutschland behindert, ist eindeutig zu bejahen.²⁸

a) Berufszugang

§ 5 BNotO legt fest, dass nur ein deutscher Staatsbürger zum Notar bestellt werden kann und verhindert somit den Berufszugang für ausländische Juristen zum deutschen Notarberuf.

b) Berufsausübung

Nach § 11a Satz 3 BNotO darf ein im Ausland bestellter Notar nur auf Ersuchen eines inländischen Notars kollegiale Hilfe leisten. Diese Regelung beschränkt die Berufsausübung ausländischer Notare in Deutschland und begrenzt die grenzüberschreitende Dienstleistungsfreiheit des EG-Rechts.²⁹

3. Einschränkung des Anwendungsbereichs der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit durch Art. 45 EGV

Es gibt Stimmen in der Literatur, die vorstehend angesprochene Fälle unter Art. 45 EGV subsumieren, wobei umstritten ist, ob deshalb Art. 43 und 49 EGV überhaupt

²⁵ EuGH, Rs. 235/85, Slg. 1987, 1471 (*Kommission/Niederlande*).

²⁶ EuGH, Rs. 235/85, Slg. 1987, 1471 ff., 1488 (*Kommission/Niederlande*).

²⁷ Vgl. *Hirsch*, Die Europäisierung der freien Berufe, DNotZ 2000, S. 735.

²⁸ So auch *Hirsch*, ibid.

²⁹ So *Hirsch*, ibid., S. 735, 736.

keine Anwendung auf die grenzüberschreitende Tätigkeit von Notaren in der EU finden³⁰ oder ob Art. 45 EGV nur einen Rechtfertigungsgrund für Einschränkungen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit darstellt.³¹

a) Dogmatische Einordnung von Art. 45 EGV als Beschränkung des Anwendungsbereichs der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit („Bereichsausnahme“)

Dass Art. 45 EGV den sachlichen Anwendungsbereich des Art. 43 EGV eingrenzt, wird bezweifelt.³² Die Norm sei vielmehr der Ebene der Schranken der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit zuzuordnen. Die Schranken- bzw. Rechtfertigungsstufe unterscheide sich von der Begrenzung des sachlichen Anwendungsbereichs dadurch, dass es sich bei letzteren um eine abstrakte Festlegung handle. Dagegen sei es für die Rechtfertigung einer Maßnahme kennzeichnend, dass sie verhältnismäßig sein müsse. Dies verlange eine Abwägung von Beschränkung und kollidierendem Rechtsgut. Die Beschränkung sei nur gerechtfertigt, wenn sie erforderlich sei. Eine solche Abwägung im Sinne einer Erforderlichkeitsprüfung erfolge aber auch, wenn beurteilt werde, ob der Vorbehalt des Art. 45 Abs. 1 EGV zum Tragen komme. Daher sei Art. 45 Abs. 1 EGV eine Rechtfertigungsnorm.³³ Hierzu wird auf die Rechtssache 147/863 verwiesen.³⁴ In dieser Sache hat der EuGH – noch zu der Art. 45 EGV (n.F.) inhaltlich entsprechenden Vorschrift des Art. 55 EWGV – entschieden, dass Art. 55 EWGV als Ausnahme vom Grundprinzip der Niederlassungsfreiheit so auszulegen sei, dass sich seine Tragweite auf das beschränke, was zur Wahrung der Interessen, die diese Bestimmung den Mitgliedstaaten zu schützen erlaubt, unbedingt erforderlich sei. Ferner wird das Urteil in der Rechtssache *Reyners*³⁵ angeführt, in dem der EuGH unter anderem ausführt, dass die in Art. 55 Abs. 1 EWGV zugelassenen Ausnahmen nicht weiter reichten, als der Zweck es erfordere, um dessentwillen sie vorgesehen seien.

³⁰ Vgl. *Hessler/Kilian*, Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Artikel 45 EG, EuR 2005, S. 192, 193 (Fn. 6 m.w.N.).

³¹ So etwa *Grieb*, (Fn. 23), S. 179.

³² *Jarass*, Die Grundfreiheiten als Grundgleichheiten – Systematische Überlegungen zur Qualifikation und Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten, in: Due/Lutter/Schwarze, Fs. Everling, Bd. 1, 1995, S. 593, 604 f.; *Jarass*, Element einer Dogmatik der Grundfreiheiten, EuR 1995, S. 202, 221 ff.

³³ *Jarass*, in: Due/Lutter/Schwarze, Fs. Everling, ibid., S. 605; *Jarass*, ibid., EuR 1995, S. 223.

³⁴ Vgl. EuGH, Rs. 147/86, Slg. 1988, 1637, 1654, Rdnr. 7 (*Kommission/Griechenland*); Rs. C-114/97, Slg. 1998, I-6717, 6742, Rdnr. 34 (*Kommission/Spanien*); ähnlich auch schon Rs. 2/74, Slg. 1974, 631, 654, Rdnr. 42, 43 (*Reyners*).

³⁵ EuGH, Rs. 2/74, Slg. 1974, S. 621, 654 (*Reyners*).

Gegen diese Auffassung spricht zunächst der Wortlaut des Art. 45 Abs. 1 EGV, wonach das Kapitel über die Niederlassungsfreiheit unter den genannten Voraussetzungen „keine Anwendung“ finde.³⁶ Ferner steht der Vergleich mit Art. 45 Abs. 2 EGV dieser Sicht entgegen. Diese Norm gibt dem Rat auf Vorschlag der Kommission die Möglichkeit, bestimmte Tätigkeiten von der Anwendung der Niederlassungsregelungen auszuschließen. Dies zielt auf eine Einschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs der Art. 43 bis 47 EGV ab. Daher ist zu folgern, dass in Art. 45 Abs. 1 EGV die gleiche Formulierung („findet keine Anwendung“) dieselbe Bedeutung wie in Abs. 2 hat.³⁷ Außerdem spricht gegen die genannte Position, dass Art. 46 EGV die Rechtfertigungsebene direkt anspricht. Die unterschiedliche Wortwahl in Art. 45 EGV deutet damit auf ein anderes Verständnis, nämlich im Sinne einer Bereichsausnahme³⁸ hin. Schließlich sind die angeführten Urteilsspassagen als Verweis auf die teleologische Auslegung und nicht auf eine Abwägung im Sinne einer Erforderlichkeitsprüfung, wie sie im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgt, zu verstehen.³⁹ Dem EuGH dürfte es eher um die Klarstellung gegangen sein, dass Art. 45 EGV als einschränkende Norm strikt entsprechend der mit ihr verfolgten Zwecke auszulegen ist. Einige Autoren stellen in diesem Zusammenhang darauf ab, dass Art. 45 EGV als Ausnahmeverordnung eng auszulegen sei⁴⁰ und zielen damit auf das gleiche Ergebnis. Je mehr allerdings die innere Rechtfertigung für den Vorbehalt im Bewusstsein der Rechtsanwender schwindet, desto enger wird der Europäische Gerichtshof Art. 45 EGV auslegen.⁴¹ Demnach hat die Auslegung des Art. 45 EGV die in der Einschränkung des Anwendungsbereichs der

³⁶ So auch *Lackhoff*, Die Niederlassungsfreiheit des EGV – nur ein Gleichheits- oder auch ein Freiheitsrecht?, 2000, S. 152.

³⁷ So auch *Lackhoff*, ibid., S. 152.

³⁸ Vgl. *Randlzhöfer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, Band 1, EGV/EUV, 30. Ergänzungslieferung, 2006, Art. 45 EGV, Rdnr. 3; *Geiger*, EUV/EGV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 4. Aufl. 2004, Art. 45; *Müller-Graff*, in: *Streinz/Ohler*, EUV/EGV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Art. 45, Rdnr. 2.

³⁹ So auch *Lackhoff*, (Fn. 36), S. 153.

⁴⁰ Z.B. *Scheuer*, in: *Lenz/Borchard*, EU- und EG-Vertrag, Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft, jeweils in der durch den Vertrag von Nizza geänderten Fassung, 3. Aufl. 2003, Art. 55, Rdnr. 2. *Lackhoff*, (Fn. 36), S. 153, bezeichnet dies – nicht ganz zu Unrecht – als missverständlich und verweist insoweit auf *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 355 f. Letztlich wird mit diesem Lehrsatz regelmäßig nur das Verbot der analogen Heranziehung von Ausnahmeverordnungen begründet und noch nichts darüber ausgesagt wird, in welcher Richtung die Auslegung zu erfolgen hat. Eine analoge Heranziehung von Art. 45 EGV steht allerdings in diesem Zusammenhang überhaupt nicht zur Diskussion.

⁴¹ Siehe etwa Schlussantrag von Generalanwalt *Lenz*, Rs. C-42/92, Slg. 1993, 4047, 4064 f., Nrn. 29, 32 (*Thijssen*), der die für einen Rechtfertigungsgrund geltenden Maßstäbe anlegt. Vgl. *Randlzhöfer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, Art. 45 EGV, Rdnr. 3.

Art. 43 ff. EGV zum Ausdruck gekommene Abwägung nachzuvollziehen.⁴² Art. 45 EGV ist daher eine – auch als Bereichsausnahme bezeichnete – Regelung zur Einschränkung des Anwendungsbereichs⁴³ und keine Rechtfertigungsnorm.

b) Auslegungskompetenz betreffend die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 45 EGV

Die Bundesrepublik Deutschland hat in ihrem Antwortschreiben an die Kommission vom 8. September 1999 die Auffassung vertreten, dass „die Begründung von Zugangsregeln und Berufsausübungsvoraussetzungen für den Beruf des Notars einschließlich der Entscheidung über das Zugangserfordernis der Staatsangehörigkeit der souveränen Entscheidung Deutschlands obliegt“⁴⁴. Die Kommission dagegen hat sich in ihrem Schreiben vom 8. November 2000 an die Bundesrepublik Deutschland auf den Standpunkt gestellt, dass es nicht Sache der Mitgliedstaaten sei, den Anwendungsbereich der Ausnahmeregelung des Art. 45 EGV zu bestimmen.⁴⁵ Bei der in der Literatur⁴⁶ unter dem Gesichtspunkt der Auslegungskompetenz behandelten Problematik geht es um die Bestimmung des der Auslegung zugrunde zu legenden Rechts, nicht jedoch um eine funktionale Auslegungszuständigkeit von europäischen oder nationalen Stellen. Insofern lässt sich weder die Haltung der Kommission noch die Deutschlands auf eine bestehende Dogmatik stützen. Zu fragen ist vielmehr, ob es sich bei dem den Tatbestand des Art. 45 EGV prägenden Begriff der „Ausübung öffentlicher Gewalt“ um einen autonomen Terminus des

⁴² *Wyatt and Dashwood's European Union law*, 4. Aufl. 2000, S. 291.

⁴³ So auch *Kranz*, Die Ausübung öffentlicher Gewalt durch Private nach dem Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1984, S. 18; *Lackhoff*, (Fn. 36), S. 153; *Graf*, Niederlassungsrecht (Art. 3 lit. c, Art. 52 ff. EWG-Vertrag) im Gemeinsamen Markt, AG 1990, S. 530, 533; *Geiger*, (Fn. 38), Art. 45, Rdnr. 1; *Hailbronner*, in: *Hailbronner/Klein/Magiera/Müller-Graff*, Handkommentar zum Vertrag über die Europäische Union, EUV/EGV, Loseblatt, 1998, Stand: Lieferung 6, 1997, Art. 45, Rdnr. 1 und Art. 43, Rdnr. 29; *Hailbronner/Nachbaur*, Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit im Binnenmarkt, WiVerw 1992, S. 57, 73.

⁴⁴ Zitiert nach der Stellungnahme der Bundesnotarkammer v. 19.12.2000 gegenüber dem Bundesministerium der Justiz, abrufbar im Internet unter www.bundesnotarkammer.de, Rubrik „Bundesnotarkammer – Positionen“. Eine solche Haltung hat die Bundesrepublik Deutschland im Übrigen auch bereits in ihrer Stellungnahme in der Rs. *Reyners* vertreten, vgl. EuGH, Rs. 2/74, Slg. 1974, S. 636, 640.

⁴⁵ So Ziffer 2 a.E. des Schreibens (zitiert nach der Stellungnahme der Bundesnotarkammer v. 19.12.2000 gegenüber dem Bundesministerium der Justiz, im Internet unter www.bundesnotarkammer.de abrufbar, Rubrik „Bundesnotarkammer – Positionen“).

⁴⁶ Vgl. *Geiger*, (Fn. 38), Art. 45 EGV, Rdnr. 3; *Grüb*, (Fn. 23), S. 107 ff.; *Hergeth*, (Fn. 20), S. 101 ff.; *Wittkopp*, Wirtschaftliche Freizügigkeit und Nationalstaatsvorbehalte. Eine Untersuchung zu den Art. 48 Abs. 4 und 55 Abs. 1 des EWG-Vertrages, Baden-Baden 1977, S. 130 ff.; *Lackhoff*, (Fn. 36), S. 154.

Gemeinschaftsrechts handelt oder ob der Inhalt dieses Tatbestandsmerkmals mittels eines Rückgriffs auf die nationalen Rechtsordnungen zu ermitteln ist.⁴⁷

aa) Wortlaut

Die Formulierung „[...] Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat [...] mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind [...]“ legt zunächst die Ansicht durchaus nahe, dass für die Prüfung einer bestimmten Tätigkeit allein darauf abzustellen ist, ob diese Tätigkeit nach der Rechtsordnung des fraglichen Mitgliedstaates als hoheitliche Tätigkeit gilt.⁴⁸ Dafür könnte sprechen, dass nicht in allen Mitgliedstaaten ein einheitlicher Begriff, geschweige denn ein einheitliches Konzept öffentlicher Gewalt existiert.⁴⁹ Man könnte argumentieren, dass, wenn nur ein gemeinschaftsrechtlicher Inhalt gewollt gewesen wäre, man die Worte „[...] in einem Mitgliedstaat [...]“ einfach hätte weglassen können. Allerdings ist diese Wortlautinterpretation nicht zwingend.⁵⁰ Man könnte die Formulierung nämlich auch so verstehen, dass hinter dem Begriff der Ausübung öffentlicher Gewalt ein gemeinschaftsrechtliches Konzept steht und eine bestimmte Tätigkeit dessen Kriterien jedenfalls erfüllt haben muss, bevor es überhaupt auf die Beurteilung dieser Tätigkeit nach der jeweiligen nationalen Rechtsordnung ankommt.⁵¹

bb) Vertragssystematik

Da die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit einheitlich aus europäischer Sicht auszulegen sind, liegt es nahe, die Interpretation von Art. 45 EGV als Ausnahmeverordnung ebenfalls ausschließlich gemeinschaftsrechtlich auszulegen. Auch Art 45 Abs. 2 EGV könnte insofern in diesem Sinne interpretiert werden, als dort nur Gemeinschaftsorgane zum Ausschluss bestimmter Tätigkeiten aus den Vertragsfreiheiten ermächtigt werden.⁵²

⁴⁷ Vgl. Scheuer, in: Lenz /Borchard, Art. 45, Rdnr. 1; Wittkopp, ibid., S. 88 ff.; Grub, (Fn. 23), S. 107; Hergeth, (Fn. 20), S. 101.

⁴⁸ Vgl. Randelzhofer/Forsthoff, in: Grabitz /Hilf, Art. 45, Rdnr. 3; Scheuer, in: Lenz /Borchard. Art. 45, Rdnr. 1.

⁴⁹ Instruktiv ist insofern die rechtsvergleichende Untersuchung von Klinge, Die Begriffe „Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung“ und „Ausübung öffentlicher Gewalt“ im Gemeinschaftsrecht, 1980 (vgl. dort insbesondere S. 53 ff.), die u.a. darlegt, dass etwa im angelsächsischen Recht das Konzept öffentlicher Gewalt unbekannt ist (vgl. Klinge, ibid., S. 81 ff.).

⁵⁰ Roth, in: Dausen, Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, 2. Aufl. München 1998, Loseblatt, Stand: Lieferung 6, 1997, Kap. E. I., Rdnr. 29; Wittkopp, (Fn. 46), S. 137.

⁵¹ So Grub, (Fn. 23), S. 108.

⁵² In diesem Sinne äußerte sich laut Angaben von Hergeth, (Fn. 20), S. 104 (Fn. 89 m.w.N.) die Kommission bereits in ihrer Stellungnahme in der Rs. Reyners. In der gleichen Rs. vertrat auch General-

cc) Regelungszweck

Der Zweck von Art. 45 EGV erscheint vergleichsweise leicht zu ermitteln, stellt aber die Rechtsanwender letztlich vor ein Dilemma, weil Folgefragen aufgeworfen werden, die die Auslegung der Norm nicht erleichtern. Die Mitgliedstaaten sollen verhindern können, dass ein Ausländer – gestützt auf die Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit – als Vertreter des Staates, in dem er sich niedergelassen hat oder seine Dienste erbringt, Inländern gegenüberstehen kann.⁵³ Bei der Frage, wie weit diese den Mitgliedsstaaten eingeräumte Möglichkeit reicht, ist letztlich die Reichweite der Souveränität zu bestimmen, die sich die Mitgliedstaaten mit Art. 45 EGV vorbehalten haben. In dem Spannungsfeld zwischen dem durch die Vertragsfreiheiten gekennzeichneten Wirtschaftsliberalismus einerseits und dem durch die besagten Ausnahmeregelungen zum Ausdruck kommenden Nationalstaatsdenken andererseits gilt es damit letztlich eine in erster Linie politische und erst in zweiter Reihe rechtliche Entscheidung zu treffen. Welches Maß an Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Ausländer für die Bürger der einzelnen Mitgliedstaaten zulässig ist, dürfte von Land zu Land unterschiedlich beurteilt werden.⁵⁴ Dies spricht dafür, den Begriff der öffentlichen Gewalt zumindest nicht ausschließlich gemeinschaftsrechtlich zu interpretieren.⁵⁵ Allerdings wird durchaus auch die Meinung vertreten, dass der Zweck des Art. 45 EGV es erfordere, den Begriff der öffentlichen Gewalt einheitlich zu definieren und Ausnahmen von der Niederlassungsfreiheit gleichmäßig nur soweit zuzulassen, wie es dem Sinn der Bestimmung entspreche.⁵⁶ Diese Ansicht rückt allerdings bei der Betrachtung des Art. 45 EGV zu stark den Binnenmarktaspekt in den Vordergrund und berücksichtigt den Zweck der Ausnahmeverordnung gerade nicht hinreichend. Aber auch, wenn man den Zweck des Art. 45 EGV ausschließlich aus der nationalstaatlichen Perspektive herleitete, würde man dem Sinn und Zweck der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit nicht gerecht. Denn dann würde es nur geringer legislativer Maß-

anwalt *Mayras* diesen Ansatz, vgl. Schlussantrag in der Rs. 2/74, Slg. 1974, S. 631, 665 (*Reyners*). Siehe auch *Kranz* (Fn. 43), S. 237 und 345 ff.

⁵³ Vgl. *Tiedje/Troberg*, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 1, Art. 1-53 EUV, Art. 1-80 EGV, 6. Aufl. Baden-Baden, 2003, Art. 45, Rdn. 4; *Roth*, in: *Dauseis*, (Fn. 50), Rdn. 32; *Lackhoff*, (Fn. 36), S. 153; *Müller-Graff*, in: *Streinz/Ohler*, Art. 45, Rdn. 3.

⁵⁴ Beispielsweise hätten bevölkerungsreiche Mitgliedstaaten theoretisch die Möglichkeit, kleine Mitgliedstaaten in diesem Zusammenhang regelrecht zu übervölkern, wohingegen dies umgekehrt kaum möglich sein dürfte. Entsprechend unterschiedlich könnten möglicherweise die Interessenlagen und Empfindlichkeiten sein.

⁵⁵ Vgl. *Müller-Graff*, in: *Streinz/Ohler*, Art. 45, Rdn. 3.; *Randlzhofner/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, Art. 45, Rdn. 3; *Roth*, in: *Dauseis*, (Fn. 50), Rdn. 29 und 32; *Bröhmer*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtscharta, 3. Aufl. 2007, Art. 45, Rdn. 1.

⁵⁶ *Nicolaysen*, Zur Niederlassungsfreiheit der Rechtsanwälte in der EWG, EuR 1975, S. 135.

nahmen der Mitgliedstaaten bedürfen, um nach Belieben bestimmte Tätigkeiten oder Berufe vom sachlichen Anwendungsbereich des Vertrages auszuschließen, was mit dem Binnenmarktgedanken wiederum nur schwer in Einklang gebracht werden könnte.⁵⁷

dd) Rechtsprechung des EuGH zur Zwei-Stufen-Prüfung der Voraussetzungen von Art. 45 EGV

Der Europäische Gerichtshof hatte bereits mehrfach Gelegenheit, sich zu Art. 45 EGV zu äußern. Seine Urteile betrafen den Beruf des Rechtsanwalts, des Wirtschaftsprüfers und andere Berufe. Im „Reyners“-Urteil von 1974⁵⁸ hatte der EuGH darüber zu befinden, ob ein niederländischer Staatsangehöriger, der seine gesamte juristische Ausbildung in Belgien absolviert hatte, dort zur Rechtsanwaltschaft zugelassen werden konnte. Das belgische Anwaltsgesetz machte die Zulassung zur Anwaltschaft von der belgischen Staatsangehörigkeit abhängig. Fraglich war, ob dieser Staatsangehörigkeitsvorbehalt nach Art. 45 EGV zulässig war, weil den Rechtsanwälten in Belgien gewisse hoheitliche Befugnisse übertragen waren. Der EuGH hat dies verneint. Die Entscheidung darüber, welche Tätigkeiten mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden werden, liege grundsätzlich im Ermessen der Mitgliedstaaten. Diesem Ermessensspielraum seien aber gemeinschaftsrechtliche Grenzen gesetzt, durch die verhindert werden soll, dass die Grundfreiheiten durch einseitige Maßnahmen der Mitgliedstaaten ihrer Wirksamkeit beraubt werden. Artikel 45 EGV sei als Ausnahme von einer Grundfreiheit zudem eng auszulegen. Die Ausnahme könne nicht weiter reichen, als es der Zweck erfordere, um dessen willen sie vorgesehen sei.⁵⁹ Noch enger gefasst hat der EuGH die Ausnahme im „Thijssen“-Urteil von 1993⁶⁰ zu den Wirtschaftsprüfern in Belgien. Danach darf die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit nur diejenigen Tätigkeiten erfassen, die für sich genommen eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der öffentlichen Gewalt mit einschließen. Daher erfasse die Ausnahme grundsätzlich nicht einen Beruf insgesamt, sondern nur bestimmte Tätigkeiten. Etwas anderes gelte nur, wenn die Berufsausübung dermaßen durch die hoheitlichen Tätigkeiten bestimmt sei, dass diese nicht von den übrigen Tätigkeiten gelöst werden könnten, so dass bei einer Liberalisierung auch nur zeitweise öffentliche Gewalt durch Ausländer ausgeübt werden würde.⁶¹ Nach diesen Maßstäben hat der Europäische Gerichtshof für eine ganze Reihe von Berufen und Tätigkeiten neben denen des Rechtsanwalts

57 So auch *Tomuschat*, Der Vorbehalt des Ausübung öffentlicher Gewalt in den Berufsvereinungsreglungen des EWG-Vertrages und die freie Advokatur im gemeinsamen Markt, ZaöRV 1967, S. 53, 64; *Wittkopp*, (Fn. 46), S. 60.

58 EuGH, Rs. 2/74, Slg. 1974, S. 631 (*Reyners*).

59 Ibid., S. 631, 654, Rdnr. 42 ff.

60 EuGH, Rs. C-42/92, Slg. 1993, I-4047 (*Thijssen*).

und des Wirtschaftsprüfers die Anwendung von Art. 45 EGV verneint.⁶² Nach der Rechtsprechung des EuGH und der daran angelehnten herrschenden Ansicht in der Literatur⁶³ ergibt sich für die Auslegungszuständigkeit bei Art. 45 EGV ein zweistufiges Schema. Zunächst ist anhand der jeweiligen mitgliedstaatlichen Rechtsordnung zu entscheiden, ob ein bestimmter Beruf oder eine bestimmte Tätigkeit im System dieser Rechtsordnung hoheitlich ausgestaltet ist. Eine derartige Ausgestaltung ist als innere Angelegenheit der Mitgliedstaaten zu respektieren,⁶⁴ wobei es zu der Qualifizierung der Hoheitlichkeit vor allem auf die Stellungnahme der nationalen Gerichte und Behörden ankommen wird.⁶⁵ Fehlt es schon innerhalb der nationalen Rechtsordnung an einem hoheitlichen Element, kommt es auf eine Prüfung nach Art. 45 EGV nicht mehr an, die Tätigkeit untersteht den gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten. Liegt indessen nach den Besonderheiten der einzelnen Rechtsordnung eine hoheitliche Tätigkeit vor, bedarf es in einem zweiten Schritt der Interpretation von Art. 45 EGV und der Subsumtion, ob die fragliche Tätigkeit auch unter gemeinschaftsrechtlichen Kriterien der Ausübung von öffentlicher Gewalt zugeordnet werden kann.⁶⁶ Mit diesem Konzept dürfte ein Mittelweg gefunden sein, der zum einen den aus den unterschiedlichen Rechtsordnungen und politischen Kulturen erwachsenden besonderen Interessen der einzelnen Staaten wie auch dem auf eine weitest mögliche Gewährleistung der Grundfreiheiten gerichteten Binnenmarktgedanken Rechnung trägt.⁶⁷

⁶¹ Ibid., I-4047, Rdnr. 8.

⁶² Betroffen waren Privatehrer, die Softwareentwicklung für die öffentliche Verwaltung, die Lottospielveranstaltung, die Sachverständigen für Verkehrsunfälle und die privaten Sicherheitsdienste. Vgl. EuGH, Rs. C-114/98, Slg. 1998, I-6717 (*Kommission/Spanien*); EuGH, Rs. C-355/98, Slg. 2000, I-1221 (*Kommission/Belgien*) und EuGH, Rs. C-283/99, Slg. 2001, I-4363 (*Kommission/Italien*).

⁶³ Vgl. *Tiedje/Troberg*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 45, Rdnr. 5 ff.; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, Art. 45, Rdnr. 7; *Geiger*, (Fn. 38), Art. 45, Rdnr. 3; *Scheuer*, in: Lenz/Borchard, Art. 45, Rdnr. 2; *Wittkopp*, (Fn. 46), S. 91; *Schöne*, Dienstleistungsfreiheit in der EG und deutsche Wirtschaftsaufsicht, 1989, S. 149; a.a. *Lackhoff*, (Fn. 36), S. 154 ff., der von einem gemeinschaftsrechtlichen „Rahmenbegriff“ der öffentlichen Gewalt ausgeht; ähnlich kritisch äußert sich auch *Preuß*, (Fn. 6), S. 306.

⁶⁴ *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, Art. 45, Rdnr. 9.

⁶⁵ So der EuGH, Rs. C-42/92, Slg. I-1993, S. 4047, 4069 (*Thijssen*).

⁶⁶ *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, Art. 45, Rdnr. 10; *Jarass*, Die Niederlassungsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft – Ein Kernelement der Freiheit selbständiger wirtschaftlicher Betätigung, RIW 1993, S. 3, dort Fn. 45; *Bohrer*, (Fn. 66), S. 135; *Richter*, Der Notar im Recht der Europäischen Gemeinschaften, MittBayNot 1990, Sonderheft, S. 21.

⁶⁷ Zur Frage der Auslegungskompetenz vgl. auch die Überlegungen von *Klinge*, (Fn. 49), S. 222; *Kranz*, (Fn. 43), S. 238 und *Hergeth*, (Fn. 20), S. 110. Im Ergebnis wie hier *Wittkopp*, (Fn. 46), S. 88 ff.

c) Das Tatbestandsmerkmal der „Tätigkeiten“

Nach Wittkopp⁶⁸ empfiehlt es sich, vor einer Bestimmung des eigentlichen Inhalts und Umfangs des Begriffs „öffentliche Gewalt“ im Sinne von Art. 45 Abs. 1 EGV zu untersuchen, inwieweit die übrigen Tatbestandsmerkmale ihrerseits Hinweise über den Stellenwert dieses schwer zu fassenden Begriffs enthalten und etwa einen Rahmen abstecken, innerhalb dessen sich eine spezifisch für die Ausnahmevorschrift gültige Bestimmung der „öffentlichen Gewalt“ zu bewegen hat. Das Tatbestandsmerkmal der „Tätigkeiten“, dem nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache *Thijssen* maßgebliche Bedeutung zukommt, wird teilweise mit „Beruf“ gleichgesetzt, weil ansonsten die Worte „dauernd oder zeitweise“ keine Bedeutung hätten.⁶⁹ Im Übrigen spreche die Verwendung des Plurals dafür, dass Berufe, die sich häufig aus mehreren Tätigkeiten zusammensetzen, gemeint seien.⁷⁰ Dem steht der eindeutige Wortlaut entgegen. Außerdem wird in Art. 47 Abs. 2 und Abs. 3 EGV den Begriff „Beruf“ verwendet, so dass davon auszugehen ist, dass beide Begriffe eine eigenständige Bedeutung haben.⁷¹ Würde man den Begriff „Tätigkeiten“ mit „Beruf“ gleichsetzen, wäre im übrigen die Liberalisierung zahlreicher Berufe ausgeschlossen. Selbst wenn nur einige wenige oder gar nur eine Art von Tätigkeiten, die von diesem Beruf umfasst wird, Ausübung öffentlicher Gewalt ist, wäre dann der ganze Beruf nach Art. 45 Abs. 1 EGV vom Anwendungsbereich des Vertrages ausgenommen. Mithin ist der Begriff „Tätigkeiten“ nicht mit „Beruf“ gleichzusetzen.⁷²

d) Das Tatbestandsmerkmal „Ausübung öffentlicher Gewalt“

Nach § 1 BNotO sind Notare Träger eines öffentlichen Amtes. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 5. Mai 1964⁷³ ausgeführt, dass der Beruf des Notars die Erfüllung staatlicher Aufgaben zum Gegenstand habe, denn Rechtspflege und freiwillige Gerichtsbarkeit, mit denen die Notare überwiegend befasst seien, seien originäre Staatsaufgaben. Die Notare nähmen deshalb bei der Ausübung

⁶⁸ Wittkopp, (Fn. 46), S. 113.

⁶⁹ Vgl. Tomuschat, (Fn. 57), ZaöRV 27 (1967), S. 53, 70 f.; vgl. auch Wittkopp, (Fn. 46), S. 114; Kringe, (Fn. 49), S. 234 f.

⁷⁰ Wittkopp, (Fn. 46), S. 114.

⁷¹ Vgl. Wittkopp, (Fn. 46), S. 115.

⁷² Die vom EuGH in Rs. 2/74, Slg. 1974, S. 631, 654 f. (*Reyners*) gemachte Ausnahme, dass ein Beruf dem Vorbehalt des Art. 55 EGV (Art. 45 EGV n.F.) unterfällt, wenn die Tätigkeiten, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, nicht von anderen Tätigkeiten getrennt werden können, ergibt sich damit automatisch.

⁷³ BVerfGE 17, 371 ff. Dazu kritisch: Rupp, Das Grundrecht der Berufsfreiheit, NJW 1965, S. 993 ff.

dieser Tätigkeiten staatliche Funktionen wahr. Die Auffassung von *Klinge*⁷⁴, die dieser Entscheidung auch nach den durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in den Rechtssachen *Reyners* und *Thijssen* aufgestellten Maßstäben europarechtlich bindende Wirkung zuspricht, ist mit der vorstehend zitierten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs jedoch nicht vereinbar. Die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ist nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt gleichzusetzen.

aa) Auslegung des Begriffs „Ausübung öffentlicher Gewalt“ nach deutschem Recht

Das Wort „Gewalt“ bedeutet in der deutschen Sprache die „Macht, Befugnis, das Recht und die Mittel, über jemanden, etwas zu bestimmen, zu herrschen“⁷⁵. Daraus folgt, dass es sich um imperative Staatstätigkeit handeln muss. Tätigkeiten, bei denen ein Vertreter des Staates dem Bürger nur als gleichgestellt gegenüberstehen kann, entsprechen dieser begrifflichen Vorgabe nicht. Vielmehr bedarf es einer Tätigkeit, bei der es durch den Einsatz hoheitlicher Mittel zu einem Unterordnungsverhältnis zwischen dem Tägigen und dem Adressaten der Tätigkeit kommt.⁷⁶ Nur wenn die handelnde Person dem Adressaten oder einem Betroffenen der Tätigkeit mit einer einseitigen Regelungsbefugnis gegenüberzutreten befugt ist, kann man von der Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 45 EGV sprechen.⁷⁷ Aus der Sicht des Adressaten liegt ein Akt hoheitlicher Gewalt dann vor, wenn er einer Maßnahme – möglicherweise gegen seinen Willen – Folge leisten muss und für deren Anfechtung auf nachträglichen Rechtsschutz beschränkt ist.⁷⁸ Der Begriff der „Ausübung öffentlicher Gewalt“ wird zu Unrecht in Teilen der Literatur⁷⁹ mit der

⁷⁴ *Klinge*, (Fn. 49), S. 180.

⁷⁵ Vgl. Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, Stichwort „Gewalt“.

⁷⁶ Vgl. *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, Art. 45 EGV, Rdnr. 6; *Klinge*, (Fn. 49), S. 128; *Schiller*, (Fn. 23), S. 33 ff.; *Schlag*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 1. Aufl. 2000, Art. 45 EGV, Rdnr. 3; *Tiedje/Troberg*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 45, Rdnr. 9; *Wittkopp*, (Fn. 46), S. 57; a.A.: *Preuß*, (Fn. 6), S. 305 ff.; *Hessler/Kilian*, (Fn. 30), S. 195 ff.

⁷⁷ *Jarass*, (Fn. 66), RIW 1993, S. 4.

⁷⁸ Vgl. *Hergenhahn*, (Fn. 20), S. 156.

⁷⁹ Dies sind vornehmlich Vertreter des Notariats: *Baumann*, Das Amt des Notars – Seine öffentlichen und sozialen Funktionen, MittRhNotK 1996, S. 1 ff.; *Bohrer*, Stellung und Aufgaben des Notars im Recht der Bundesrepublik Deutschland, MittBayNot Sonderheft 1990, S. 16 ff.; *Bohrer*, (Fn. 66), S. 138; *Eue*, Notariat am Scheideweg: Rechtspflege oder Rechtsbesorgungsmarkt, in: Fs. *Schippel*, 1996, S. 599 ff.; *Fischer*, Die Rechtsstellung des deutschen Notars im Recht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, DNotZ 1989, S. 467 ff.; *Fleischbauer*, (Fn. 5), S. 325 ff.; *Hellige*, Europäische Perspektiven für nationale Notariate, ZNotP 2000, S. 3116 ff.; *Pütz*, „Marinho-Bericht“ und Entschließung des Europäischen Parlaments zur Lage und Organisation des Notarstandes in der Europäischen Union, in: Freundesgabe für Weichler, 1997, S. 191 ff.; *Richter*,

Ausübung eines öffentlichen Amtes gleich gesetzt. *Preuß* führt sogar den Begriff der „Urkundsgewalt“⁸⁰ ein, ohne allerdings stichhaltig⁸¹ zu erläutern, worin bei der Beurkundung durch den Notar das Gewaltelement liegen könnte. *Henssler* und *Kilian*⁸² meinen, Zwangsbefugnisse seien zwar in jedem Fall eine hinreichende, jedoch keine notwendige Bedingung für die Ausübung öffentlicher Gewalt. Vielmehr könne sich diese auch aus der Verleihung von Sonderrechten ergeben, die typischerweise der Staatsgewalt unterfielen. Eine solche extensive Wortlautinterpretation sprengt jedoch nicht nur die Grenzen des Gewaltbegriffs der deutschen Sprache. Die Ausübung öffentlicher Gewalt ist nämlich nur ein Unterfall der Ausübung staatlich verliehener Sonderrechte. Die Ausdehnung des Anwendungsbereichs einer Norm über ihren Wortlaut hinaus geschieht im Wege der Analogie. Die Voraussetzungen der analogen Anwendung von Art. 45 EGV auf Tatbestände, die nicht dem vorstehend erläuterten Gewaltbegriff unterfallen, müssten für jede in Betracht kommende Tätigkeit gesondert geprüft werden. Da Art. 45 EGV eine Ausnahmeverordnung ist, ist sorgfältig darauf zu achten, dass ihr Anwendungsbereich nicht entgegen ihrem Zweck im Wege der Analogie ausgedehnt wird. Die uferlose Ausdehnung des Begriffs der Ausübung öffentlicher Gewalt verschleiert insofern den analogen Denkanansatz und den Umfang der zu leistenden Subsumtionsarbeit. Dass eine solche Ausweitung des Begriffs der Ausübung öffentlicher Gewalt zudem ein im Hinblick auf die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit untaugliches Abgrenzungskriterium ist, wird deutlich, wenn man die Begriffe „Ausübung öffentlicher Gewalt“ in

(Fn. 66), S. 20 ff.; *Schippel* zu den „Auswirkungen des europäischen Binnenmarktes auf die Stellung der deutschen Notare“ (Kongressvortrag), DNotZ Sonderheft 1989, S. 189; *Schippel*, Das Notariat als Gegenstand europäischer Rechtssetzung, in: Fs. für Lerche, 1993, S. 499 ff.; *Schippel*, Der europäische Kodex des notariellen Standesrechts, DNotZ 1995, S. 334 ff.; *Schwachtgen*, Die Möglichkeiten und Chancen des Notariates im Binnenmarkt der EG, NZ 1989, S. 233 ff.; *Schwachtgen*, Die Zukunft des Europäischen Notariats, NZ 1993, S. 117.

Ferner (ohne nähere Begründung): Entschließungsantrag des Ausschusses des Europäischen Parlaments für Recht und Bürgerrechte v. 9.12.1993 zur Lage und Organisation des Notarstands in den zwölf Mitgliedstaaten der Gemeinschaft, Buchstabe D Nr. 5, Az. A3-0422/93, (95/90), DOC-DE/RR/241442, PE 2005.644/endg., po Or.FR, S. 5, vgl. ZNotP 1997, S. 58 f.

Des Weiteren: *Hergeth*, (Fn. 20), S. 131 ff.; insofern eher vorsichtig: *Hirsch*, (Fn. 27), S. 729 ff.; *Klinge*, (Fn. 49), S. 180; *Lackhoff*, (Fn. 36), S. 156; *Preuß*, (Fn. 6), S. 291 ff.; *Schweitzer*, Die Rolle der Notare und der Notarkammern in der EG, NZ 1989, S. 170 ff.; *Stumpf/Gabler*, Der Notar im Recht der Europäischen Gemeinschaft – Aktuelle Betrachtungen zum europäischen Begriff der Ausübung öffentlicher Gewalt durch Notare im Rahmen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, Notar 2000, S. 11 ff.; *Wittkopp*, (Fn. 46), S. 113 ff., 190 f.; jeweils ohne nähere Begründung; *Henssler*, in: Henssler/Kolbeck/Moritz/Rehm, Europäische Integration und globaler Wettbewerb, 1993, S. 174 (Fn. 30); *Hailbronner/Jochum*, Europarecht II, 2005, S. 195; *Harratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 5. Aufl. 2006, S. 341; *Oppermann*, Europarecht, 3. Aufl. 2005, S. 551 f.; kritisch dagegen *Basdow*, (Fn. 3), S. 409, 425 ff. (Die Vertreter des Notariats verstünden Art. 55 [45 n.F.] EGV zu weitgehend als lex notariorum.).

80 Vgl. *Preuß*, (Fn. 6), S. 309.

81 Zu den von *Preuß* vorgebrachten Argumenten siehe Fn. 88.

82 Vgl. *Henssler/Kilian*, (Fn. 30), S. 198. Ähnlich *Preuß*, (Fn. 6), S. 308 f.

Art. 45 EGV durch „Ausübung staatlich verliehener Sonderrechte“ ersetzt. Dann hätte es jeder Mitgliedstaat in der Hand, durch beliebige Verleihung von Sonderrechten Teile seiner Wirtschaft der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit zu entziehen – ein Ergebnis, das die mit Art. 43 und 49 EGV angestrebten politischen Ziele gefährden würde.⁸³

Weder die gesetzlichen Aufgabennormen, die den Rahmen für notarielle Tätigkeiten bilden, noch die einschlägigen Rechtsfolgenregelungen und Haftungsbestimmungen, bilden eine hinreichende Grundlage dafür, die den deutschen Notaren zugewiesenen Aufgaben unter Art. 45 EGV zu subsumieren.

(1) Die Aufgabennormen als Anknüpfungspunkte für die Ausübung öffentlicher Gewalt durch Notare?

Die Aufgaben deutscher Notare ergeben sich aus §§ 20 ff. BNotO. Zu berücksichtigen sind darüber hinaus die Pflichten des Notars gegenüber den Verfahrensbeteiligten, in dem angesprochenen Zusammenhang vor allem die grundsätzliche Pflicht zur Amtsausübung, die man § 15 Abs. 1 BNotO entnehmen kann.

Von zentraler Bedeutung unter den Amtstätigkeiten des Notars ist die Beurkundung nach § 20 BNotO. Diese wird definiert als Herstellung eines Schriftstückes, 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 um sonstige Vorgänge oder Zustände in der Außenwelt handelt.⁸⁴ Dass die Beteiligten in bestimmten Angelegenheiten einen Notar aufsuchen müssen, ergibt sich aus den Formvorschriften des materiellen Rechts. Die Beurkundungspflicht ist also insofern abstrakt angeordnet und ergibt sich nicht aus irgendeiner Form von durch den Notar gegenüber den Beteiligten ausgeübter Hoheitsmacht.⁸⁵ Die Beteiligten sind auch bei der Wahl des Beurkundungszeitpunkts frei. Des weiteren können sie den Notar, der beurkunden soll, frei wählen. In vielen Fällen⁸⁶ können sie sogar zur Erfüllung der deutschen Formvorschriften einen ausländischen Notar aufsuchen.⁸⁷ Werden Willenserklärungen beurkundet, so kann der Notar keinem Beteiligten den Inhalt der Urkunde vorschreiben.

⁸³ Gegen die Auslegung von Art. 45 EGV im Sinne der deutschen Sonderrechtstheorie spricht sich auch *Schiller*, (Fn. 23), S. 35, aus.

⁸⁴ Siehe *Hergeth*, (Fn. 20), S. 131 f. m.w.N.

⁸⁵ So ist letztlich auch der EuGH zu verstehen, wenn er in der Rechtssache *Reyners* sinngemäß argumentiert, dass aus Vorschriften, die dem Schutz vor Übertölpelung dienen, noch nicht auf die Ausübung von Hoheitsmacht durch die Personen zu schließen ist, welche diese Vorschriften umsetzen, vgl. EuGH, Rs. 2/74, Slg. 1974, S. 631 ff., Rdnrn. 51 und 53 (*Reyners*). So auch *Basedow*, (Fn. 3), S. 409, 427.

⁸⁶ Ob die ausländische Form inländischen Anforderungen genügt, bestimmt sich maßgeblich nach den Vorschriften des internationalen Privatrechts.

⁸⁷ Darauf verweist auch *Preuß*, (Fn. 6), S. 313 f.

Die Verlesung der Urkunde soll den Beteiligten die Prüfung ermöglichen, ob nur das von ihnen Gewollte niedergeschrieben wurde. Wie diese Tätigkeit des Notars mit der Ausübung öffentlicher Gewalt in dem oben definierten Sinne verbunden sein könnte, ist nicht ohne weiteres ersichtlich.⁸⁸ Entsprechendes gilt für vom Notar erstellte Protokolle oder Vermerke sowie Bescheinigungen (§ 21 BNotO).

Des weiteren gehört nach § 24 Abs. 1 BNotO zum Amt des Notars auch die vorsorgende Beratung der Beteiligten sowie deren Vertretung vor Gerichten und Verwaltungsbehörden. Es ist insofern zu unterscheiden zwischen der Beratung, die auf die Beurkundung vorbereitet, nämlich der Belehrung über die rechtliche Tragweite der zu beurkundenden Erklärungen gemäß § 17 BeurkG, und der unter § 24 BNotO zu subsumierenden sonstigen – von der notariellen Beurkundung isolierten – Beratung. Nach Auffassung etwa von *Hergeth* soll die Beratung im Sinne von § 17 BeurkG aufgrund ihrer Nähe zur Beurkundung wie diese Ausübung öffentlicher Gewalt sein, letztere dagegen wie die Beratung durch Rechtsanwälte der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit ohne Einschränkung unterliegen.⁸⁹ Nach der hier vertretenen Auffassung zum nicht-hoheitlichen Charakter der Beurkundung kann auch die dazu dienende Beratungstätigkeit nicht unter Art. 45 EGV fallen. Daran ändert auch die dem Notar gesetzlich aufgegebene Unparteilichkeit⁹⁰ nichts, weil auch deswegen kein Subordinationsverhältnis zwischen dem Notar und den Beteiligten entsteht. Die sonstige Beratungstätigkeit kann nach den Grundsätzen des „Reyners“-Urteils⁹¹ ohnehin nicht durch Art. 45 EGV von den Grundfreiheiten ausgenommen werden.

Nach § 20 Abs. 3 BNotO sind die Notare auch zuständig, freiwillige Versteigerungen durchzuführen. Nach zwei Richtlinien wurde jedoch gerade diese Aufgabe der Notare unter dem Aspekt des Art. 45 EGV ausdrücklich von den Grundfreiheiten ausgenommen.⁹² Dies könnte auch *e contrario* den Schluss zulassen, dass die insofern nicht ausdrücklich geregelten Sachverhalte nicht unter Art. 45 EGV zu

88 So auch *Grüß*, (Fn. 23), S. 181. Skeptisch äußert sich insofern *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, Art. 45, Rdnr. 3. Dagegen stützt *Preuß*, (Fn. 6), S. 313, ihre Subsumtion der notariellen Beurkundung unter den Begriff der „Ausübung öffentlicher Gewalt“ auf die gemäß § 17 BeurkG mit der Beurkundung untrennbar verbundene Belehrung der Beteiligten über die rechtliche Tragweite der beurkundeten Erklärungen. Das Argument der „Zwangsbeteiligung“ durch den Notar erscheint aber für die Ausübung öffentlicher Gewalt eher dürftig. Denn die Belehrungspflicht des Notars schränkt die Privatautonomie der Beteiligten des Beurkundungsverfahrens nicht ein. Diese können in den gesetzlichen Grenzen etwa Vertragsrisiken einseitig aufbürden. Der Notar kann dies rechtlich nicht verhindern, er muss aber über die rechtliche Tragweite der Regelung aufklären.

89 Vgl. *Hergeth*, (Fn. 20), S. 179.

90 Siehe §§ 13 Abs. 1, 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO. Vgl dazu *Hergeth*, (Fn. 20), S. 173 ff.

91 EuGH, Rs. 2/74, Slg. 1974, S. 631 ff., 655 (*Reyners*).

92 Siehe Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 64/224/EWG für Vermittler in Handel, Industrie und Handwerk. ABl. Nr. 56 v. 4.4.1964, S. 869 und Art. 4 der Richtlinie 68/363/EWG, ABl. Nr. L 260 v. 22.10.1968, S. 1 und L 297, S. 15.

subsumieren sind. Die Richtlinie 64/224/EWG wurde zwischenzeitlich in die Richtlinie 1999/42/EG⁹³ eingegliedert, wobei die Ausnahmen für die Notare nicht mehr berücksichtigt wurden. Auch daraus könnte gefolgert werden, dass der Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare insofern nicht mehr zulässig ist.⁹⁴

Auch die Abnahme von Eiden sowie die Durchführung eidlicher Vernehmungen gehören nach § 22 BNotO zu den Aufgaben der Notare, jedoch nur, wenn der Eid oder die eidliche Vernehmung nach dem Recht eines ausländischen Staates oder nach den Bestimmungen einer ausländischen Behörde oder sonst zur Wahrnehmung von Rechten im Ausland erforderlich ist. Unter dem Gesichtspunkt der Ausübung von Hoheitsmacht verhält sich diese Aufgabe wie die Tätigkeit der Beurkundung. Bei der Abnahme des Eides erhält der Notar indessen keine einseitige Regelungsbefugnis gegenüber den Beteiligten, so dass eine Subsumtion dieser Tätigkeit unter Art. 45 EGV zu verneinen ist.⁹⁵

Es ist insofern auch zu berücksichtigen, dass die Klauselerteilung⁹⁶ nach § 797 ZPO durch den Notar, die man durchaus als richterähnliche Tätigkeit werten kann,⁹⁷ nur eine Vorstufe zum eigentlichen hoheitlichen Eingriff in die Rechtssphäre des Vollstreckungsschuldners ist. Nach der Klauselerteilung muss es überhaupt noch nicht zu Vollstreckungshandlungen kommen. Diese würde im Übrigen auch nicht der Notar, sondern der Gerichtsvollzieher vornehmen.⁹⁸

Das Argument, dass der Staatsangehörigkeitsvorbehalt der Absicherung der besonderen Treuebindung⁹⁹ der Notare zu dem Staat diene, der auf den Notar hoheitliche Aufgaben und Rechte übertrage, überzeugt nicht. Es erscheint zweifelhaft, ob die Notartätigkeit eine spezifische Treue zum Staat erfordert. Die notariellen Berufspflichten bestehen in erster Linie gegenüber den Beteiligten des Beurkundungsverfahrens bzw. allgemeiner gegenüber den Klienten der Notare.¹⁰⁰ Die Einhaltung

⁹³ ABl. Nr. L 201 v. 31.7.1999, S. 77-93 (vgl. Art. 11 i.V.m. Anhang B).

⁹⁴ So auch *Tiedje/Troberg*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 45 EGV, Rdnr. 17; *Schiller*, (Fn. 23), S. 49.

⁹⁵ So auch *Grüß*, (Fn. 23), S. 184; *Schiller*, (Fn. 23), S. 48 f.; anderer Meinung aber wohl *Hergeth*, (Fn. 20), S. 183.

⁹⁶ Vgl. § 797 ZPO.

⁹⁷ Vgl. *Hergeth*, (Fn. 20), S. 162 m.w.N.; in diesem Sinne wohl auch *Tiedje/Troberg*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 45 EGV, Rdnr. 16.

⁹⁸ Dagegen erachtet *Preuß*, (Fn. 6), S. 305 ff., die Kompetenz des Notars zur Errichtung von vollstreckbaren Ausfertigungen als das wesentliche Argument, das die Beibehaltung des Staatsangehörigkeitsvorbehalts für Notare trage.

⁹⁹ GA *Geelhoeds* hat in den Schlussanträgen zu EuGH, Rs. C-109/04, Slg. 2005, I-2421 (*Kranemann*) unter anderem ausgeführt, in einer unter Art. 45 EGV zu subsumierenden Tätigkeit müsse sich die besondere Verbundenheit zum Staat ausdrücken.

¹⁰⁰ So im Ergebnis wohl auch *Preuß*, (Fn. 6), S. 317 f.

des Berufsrechts lässt sich im Übrigen bei einem ausländischen Notar ebenso überprüfen wie bei einem deutschen Berufsangehörigen.

(2) Die Rechtsfolgen notarieller Tätigkeiten als Anknüpfungspunkte für die Ausübung öffentlicher Gewalt durch Notare?

Die Autoren¹⁰¹, die Tätigkeiten deutscher Notare Art. 45 EGV subsumieren, stützen ihre Auffassung auf die besonderen gesetzlichen Folgen der notariellen Beurkundung. Aus der Beweiskraft und der Vollstreckbarkeit der notariellen Urkunde wird der Schluss gezogen, die Beurkundungstätigkeit des Notars falle unter Art. 45 EGV.¹⁰²

Nach § 415 Abs. 1 ZPO begründen notarielle Urkunden vollen Beweis des beurkundeten Vorganges. Der Richter ist danach an die Beweiskraft einer notariellen Urkunde gebunden. Die ihm sonst nach § 286 Abs. 1 ZPO zustehende freie Beweiswürdigung darf er nicht vornehmen. Gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO findet die Zwangsvollstreckung auch aus notariellen Urkunden statt, sofern die Urkunde über einen Anspruch errichtet ist, der die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Menge anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstand hat, und der Schuldner sich in der Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat.

Allerdings ist gegen diese Sichtweise einzuwenden, dass die angesprochenen Rechtsfolgen nicht auf eine einseitige Ausübung hoheitlicher Gewalt seitens des Notars gegenüber den Beteiligten zurückzuführen sind, sondern auf die abstrakte Rechtsfolgenregelung der ZPO. Des weiteren kommen die besagten Vorschriften der ZPO erst dann zum Tragen, wenn das notarielle Beurkundungsverfahren längst beendet ist, nämlich im Prozess bzw. im Vollstreckungsverfahren. Zu einem Prozess kommt es allerdings nur, wenn die notarielle Beurkundung den ihr vom Gesetzgeber zugesuchten Zweck, nämlich die Streitvermeidung im Verfahren der vorsorgenden Rechtspflege, verfehlt hat. Im Regelfall kommt es aber zwischen den Parteien eines Beurkundungsverfahrens nicht zum Streit über den Inhalt der beurkundeten Erklärungen, so dass § 415 Abs. 1 ZPO nur in einem äußerst geringen Bruchteil der Beurkundungsfälle eine Rolle spielt.¹⁰³ Von größerer praktischer Bedeutung mag

¹⁰¹ Vgl. Fn. 79. Nach *Schiller*, (Fn. 23), S. 45, rechtfertigen die §§ 415, 418 Abs. 2, 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO nicht die Annahme, dass Notare öffentliche Gewalt im Sinne von Art. 45 EGV ausüben.

¹⁰² So *Hergeth*, (Fn. 20), S. 153, 171; *Bohrer*, (Fn. 66), S. 138 f.; *Richter*, (Fn. 66), S. 22; *Schöne*, (Fn. 63), S. 149; *Schweitzer*, Grundzüge der Personenverkehrsfreiheit in der EWG – Status quo und Entwicklung im Binnenmarkt, *ZfRV* 1991, S. 94.

¹⁰³ Wäre es anders, so hätte die Einrichtung des notariellen Beurkundungsverfahrens ihren Zweck verfehlt und müsste wohl als unverhältnismäßiger Eingriff in die Handlungsfreiheit der Beteiligten abgeschafft werden.

dagegen die Zwangsvollstreckungsunterwerfung und die Vollstreckung aus der notariellen Urkunde sein. Dazu bedarf es gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO der Unterwerfungserklärung des Schuldners in der Urkunde. Auch dazu kann er aber vom Notar nicht gezwungen werden. Von einem unmittelbaren hoheitlichen Handeln des Notars gegenüber dem Urkundsbeteiligten kann insofern keine Rede sein. *Lutz* formuliert recht pointiert, dass die vollstreckbare Ausfertigung einer notariellen Urkunde lediglich „staatlich kanalisierte Hilfe bei der Ausübung der Privatautonomie durch die Parteien“ sei, welche letztlich selbst über den Inhalt des vollstreckbaren Aktes entscheiden.¹⁰⁴ Die Ansicht von *Lutz* verdient den Vorzug.¹⁰⁵ Wenn man sich das für Art. 45 EGV unerlässliche Kriterium der einseitigen Regelungsbefugnis zu einer Maßnahme vor Augen hält, die aus der Sicht des Adressaten auch gegen seinen Willen erfolgen und nur nachträglich angefochten werden kann, wird man die Anwendung von Art. 45 EGV auf die Beurkundungstätigkeit ablehnen müssen.

Im Hinblick auf die Rechtsfolgen von Eiden und eidlichen Vernehmungen lässt sich konstatieren, dass hieraus für die Beteiligten ungewollte Konsequenzen entstehen können, insbesondere die strafrechtliche Verfolgung durch die Anklagebehörden der entsprechenden Staaten. Dies stellt sich jedoch nicht als unmittelbare Folge der notariellen Tätigkeiten dar.

(3) Fehlende Staatshaftung für Pflichtverletzungen freiberuflicher Notare

Aufschlussreich ist auch ein Blick auf die Haftung der Notare bei Schädigung der Beteiligten. Es greift nicht etwa die Staatshaftung ein, sondern der Notar haftet den Beteiligten gegenüber nach § 19 BNotO selbst. Zwar schreibt der Gesetzgeber eine Berufshaftpflichtversicherung nach § 19a BNotO vor, die wiederum durch Versicherungen der Notarkammer nach § 67 Abs. 3 Nr. 3 BNotO ergänzt wird. Die vorgeschriebenen Mindestversicherungssummen dürften allerdings in etlichen Fällen nicht ausreichen.¹⁰⁶ Da Notare nicht verpflichtet sind, sich über die Mindestdeckungssummen hinaus zu versichern, allerdings auch ihre Haftung nicht vertraglich beschränken dürfen, kann dies dazu führen, dass Geschädigte selbst dann in erheblichem Umfang auf ihrem Schaden sitzen bleiben, wenn Einrichtungen des

¹⁰⁴ *Lutz*, Die Ausnahmen der öffentlichen Verwaltung und öffentlichen Gewalt. Eine Untersuchung zur Natur und Anwendungsbereich der Art. 48 (4) und Art. 55 (1) EWGV im Lichte rechtstheoretischer Überlegungen im allgemeinen und der Judikatur des EuGH im speziellen – Mögliche Anwendung der Ausnahme auf das Berufsbild des Notars, 1991, S. 115 f. Auf *Lutz* bezieht sich auch *Schiller*, (Fn. 23), S. 47.

¹⁰⁵ So auch *Griib*, (Fn. 23), S. 181.

¹⁰⁶ Dies dürfte auch in den Bundesländern der Fall sein, in denen Notarkassen bestehen, die wiederum Gruppenversicherungen für das individuelle Berufsrisiko der Notare im Gebiet der Kassen unterhalten. Die Deckungssummen sind dort nach den mit der Versicherungswirtschaft ausgehandelten Allgemeinen Versicherungsbedingungen höher als vom Gesetz gefordert.

Notariats¹⁰⁷ freiwillige Leistungen erbringen.¹⁰⁸ Würde man die notarielle Tätigkeit nicht nur als Erfüllung öffentlicher Aufgaben, sondern als Ausübung hoheitlicher Gewalt verstehen, so wäre eine solche Konsequenz unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten kaum tragbar. Ein Staat, der seine Bürger der Ausübung öffentlicher Gewalt durch Beliehene aussetzt, darf aus rechtsstaatlichen Gründen im Haftungsfall seine Bürger nicht dem Risiko der Insolvenz eines solchen Beliehenen oder der Insuffizienz von dessen Versicherung aussetzen. Der Ausschluss der Staatshaftung in § 19 BNotO mag letztlich als Folge der Beleihung der Berufsträger mit dem Notaramt hinzunehmen sein. Immerhin fließen dem Staat insofern auch keine Gebühreneinnahmen zu. Der Umstand, dass ein Staat nicht bereit ist, in vollem Umfang für das Verhalten der von ihm Beliehenen einzustehen, dürfte aber ein starkes Indiz dafür sein, dass Gegenstand der Beleihung zwar möglicherweise eine öffentliche Aufgabe, nicht aber öffentliche Gewalt ist. Man könnte sogar so weit gehen, in der Behauptung Deutschlands, die deutschen Notare übten öffentliche Gewalt aus, im Hinblick auf die fehlende Staatshaftung ein *venire contra factum proprium* zu sehen.

(4) Zwischenergebnis

Aus den vorstehend genannten Gründen stellen sich notarielle Tätigkeiten nach den Maßstäben des deutschen Rechts zwar als Ausübung öffentlicher Aufgaben, nicht aber als Ausübung öffentlicher Gewalt dar. Auf die zweite Prüfungsstufe im Sinne der „Reyners“-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs käme es danach nicht mehr an.

bb) Auslegung des Begriffs „Ausübung öffentlicher Gewalt“ nach europäischem Recht

Seitens der Befürworter des Staatsangehörigkeitsvorbehalts werden allerdings auch unter dem europarechtlichen Blickwinkel Argumente vorgebracht, die untermauern sollen, dass Notare unter Art. 45 EGV fallen. Diese Gesichtspunkte sollen der Vollständigkeit halber nachfolgend angesprochen werden.

¹⁰⁷ Dies ist der Vertrauensschadenfonds der Notarkammern, ein nicht rechtsfähiges Sondervermögen der Notarkammern, vgl. auch § 67 Abs. 4 Nr. 3 BNotO. Weitere Informationen hierzu finden sich im Internet unter www.vsf-notarkammern.de. Wenn eine Notarkammer aus diesem freiwilligen Zusammenschluss wieder austreten würde, so würde insofern kein Schutz mehr für die Klienten der Notare des betreffenden Notarkammerbezirks bestehen.

¹⁰⁸ Wenn *Wittkopp*, (Fn. 46), S. 191, in etwas pathetischer Diktion notarielle Tätigkeit mit dem Argument unter Art. 45 EGV subsumiert, der Staat „verbürgt“ sich durch die Beurkundungstätigkeit gewissermaßen selbst, so ist dies jedenfalls in wirtschaftlicher Hinsicht nicht uneingeschränkt richtig.

(1) Völkerrechtliches Territorialitätsprinzip

Für die hoheitliche Tätigkeit werden allerdings auch völkerrechtliche Aspekte ins Feld geführt.¹⁰⁹ Es stelle sich nämlich die Frage, welche Konsequenzen die umfassende Freizügigkeit von Notaren auf die Wirksamkeit ihrer Urkunden nach dem Territorialitätsprinzip hätte. Sollte Notaren ermöglicht werden, nur gelegentlich Beurkundungen im Ausland vorzunehmen, ohne dort niedergelassen bzw. in das System der vorsorgenden Rechtspflege integriert zu sein, müssten die öffentlichen Urkunden und ihre völkerrechtliche Stellung insgesamt überdacht werden. Die diesbezüglichen Regelungen in den geltenden Staatsverträgen wie des – mittlerweile außer Kraft getretenen – Brüsseler Übereinkommens von 1968¹¹⁰ sowie in der Zusstellungsverordnung¹¹¹ bauten auf dem Territorialitätsprinzip auf. Die Schlussanträge¹¹² des Generalanwalts *La Pergola* sowie das Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Angelegenheit *Unibank*¹¹³ legten deshalb besonderes Gewicht auf die Eigenschaft des Erstellers als Amtsperson. Die völkerrechtlichen Übereinkommen, die auf die Amtstätigkeit der Notare abstellen, stehen allerdings der hier vertretenen Ansicht nicht entgegen. Aus dem bloßen Begriff des Amtsträgers lassen sich – wie vorstehend ausgeführt – keine Rückschlüsse auf die hoheitliche Natur der jeweiligen Tätigkeiten herleiten. Das Territorialitätsprinzip kann ebenfalls nicht als Stütze für den hoheitlichen Charakter der Notartätigkeit herangezogen werden. Da es gerade darum geht, festzustellen, ob das Territorialitätsprinzip durch die Grundfreiheiten des EGV insofern verdrängt wird, wäre eine solche Argumentation zirkelschlüssig.

(2) Geänderter Vorschlag der Kommission für eine Ratsverordnung zur Überführung des EuGVÜ in unmittelbar anwendbares EU-Recht

Bemerkenswerterweise hat sich die Kommission allerdings selbst einmal in einer Weise geäußert, die auf eine Einordnung der Notartätigkeit als öffentliche Gewalt hindeuten könnte.¹¹⁴ In ihrem Geänderten Vorschlag für eine Ratsverordnung,

¹⁰⁹ So die Bundesnotarkammer in ihrer Stellungnahme v. 22.7.1999 gegenüber dem Bundesministerium der Justiz, vgl. www.bundesnotarkammer.de, Rubrik „Bundesnotarkammer – Positionen“. Vgl. auch *Fleischbauer*, (Fn. 5), S. 356; *Preuß*, (Fn. 6), S. 310 f.; *Pützer*, in Fs. für *Weichler*, (Fn. 79), S. 191, 197; *Schippel*, in: Fs. für *Lerche*, (Fn. 79), S. 509; *Schippel*, (Fn. 79), DNotZ 1995, S. 334, 335, 341; *Richter*, (Fn. 66), S. 1, 5.

¹¹⁰ Brüsseler Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen v. 27.9.1968 (EuGVÜ), BGBl. 1972 II, S. 774.

¹¹¹ Verordnung (EG) Nr. 1348/2000 des Rates v. 29.5.2000 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- und Handelssachen in den Mitgliedstaaten, ABl. L 160 v. 30.6.2000, S. 37 ff.

¹¹² Schlussanträge des Generalanwalts *La Pergola* in der Rs. 260/97, Slg. 1999, 3715 (*Unibank*).

¹¹³ EuGH, Rs. C-260/ 97, Slg. 1999, 3715 (*Unibank*).

¹¹⁴ Siehe KOM (2000) 689 endg., 1999/0154 (CNS), S. 6 f.

welche das EuGVÜ in unmittelbar anwendbares EU-Recht überführen soll, hatte sich die Kommission unter anderem mit einem Änderungsvorschlag des Europäischen Parlaments auseinanderzusetzen, dem zufolge „in einem alternativen Streitschlichtungssystem erzielte Vergleiche“ in gleicher Weise wie öffentliche Urkunden vollstreckbar sein sollten. Die Kommission wies den Vorschlag mit der Begründung zurück, dass sie diese Gleichstellung, die völlig im Widerspruch zum Geist der Verordnung stehe, nicht akzeptieren könne. Ein im Rahmen einer außergerichtlichen Streitschlichtung erzielter Vergleich sei nicht von einer Person festgestellt worden, die mit Hoheitsbefugnissen ausgestattet sei. Ein solcher Vergleich könne daher keinesfalls einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde gleichgestellt werden. Allerdings präjudiziert eine solche Haltung der Kommission nicht eine etwaige Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs. Nach den vorstehend skizzierten Kriterien des Europäischen Gerichtshofs dürfte sich an der Bewertung der Beurkundungstätigkeit der Notare nichts ändern.

(3) Äußerungen der Kommission im Zusammenhang mit der Dienstleistungsrichtlinie

Die Kommission formulierte in ihrem Geänderten Vorschlag für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt vom 4. April 2006¹¹⁵ in Erwägungsgrund 10 lit. g eine Klarstellung, wonach die Richtlinie die Anwendung von Art. 45 EG-Vertrag „[...] im Zusammenhang mit Beurkundungs- und Beglaubigungsbefugnissen“ unberührt lasse. Die Bundesnotarkammer wertet dies als Indiz für die hoheitliche Natur notarieller Tätigkeiten.¹¹⁶ Dass aufgrund der Beratungen im Rat nun dem Parlament in zweiter Lesung eine ausdrückliche Ausnahme für den Notarberuf vorgelegt wird, ändert an dieser Einordnung als hoheitliche Tätigkeit nichts. Allerdings lässt sich aus dieser im besagten Richtlinievorschlag verwendeten Formulierung nicht ohne weiteres schließen, dass notarielle Tätigkeiten als Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 45 EGV zu verstehen sind. Denn ob solche Tätigkeiten Art. 45 EGV unterfallen, ist eine Frage der Auslegung des Primärrechts. Das Sekundärrecht kann insofern allenfalls deklaratorische Wirkung haben. Zu Recht ist die Richtlinie dahin formuliert, dass sie die Anwendung von Art. 45 EGV unberührt lässt. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass der geänderte Vorschlag der Kommission in dem zitierten Punkt überholt ist durch den Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt vom 17. Juli 2006.¹¹⁷ Dort wird in Art. 2 Abs. 2 zum Anwendungsbereich der Dienstleistungs-

¹¹⁵ Vgl. KOM (2006) 160 endg.

¹¹⁶ Vgl. Bundesnotarkammer, in: BNotK-Intern (=Beilage zu DNotI-Report) 5/2006, S. 1, abrufbar im Internet unter www.bundesnotarkammer.de, Rubrik „Unser Service“.

¹¹⁷ Vgl. Interinstitutionelles Dossier 2004/0001, 10003/06.

richtlinie geregelt, dass diese Richtlinie auf bestimmte Tätigkeiten keine Anwendung findet, und dabei wird ausdrücklich unterschieden zwischen Tätigkeiten, die im Sinne des Art. 45 EGV mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind¹¹⁸ und Tätigkeiten von Notaren und Gerichtsvollziehern, die durch staatliche Stellen bestellt werden.¹¹⁹ Daraus ist der Schluss zu ziehen, dass die Europäischen Rechtssetzungsorgane die Tätigkeiten der Notare nicht Art. 45 EGV subsumieren.

(4) Verordnung zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen

Die Bundesnotarkammer wertet Art. 3 ff. der Verordnung zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen¹²⁰, wodurch notarielle Urkunden unbestrittenen Gerichtsurteilen gleichgestellt und ohne Weiteres als so genannte „Europäische Vollstreckungstitel“ im EU-Ausland vollstreckbar sind, als Zeichen für den hoheitlichen Charakter notarieller Tätigkeiten.¹²¹ Dieses Argument kann allerdings schon deshalb nicht für den hoheitlichen Charakter notarieller Tätigkeit geltend gemacht werden, weil mit der Einordnung notarieller Urkunden als europäischer Vollstreckungstitel nur die Selbstverständlichkeit ausgedrückt wird, dass aus solchen Urkunden ebenso wie aus gerichtlichen Urteilen vollstreckt werden kann. Für die Beurteilung des hoheitlichen Charakters kommt es allerdings aus europarechtlicher Sicht darauf an, ob die notarielle Beurkundung selbst sich gegenüber den Beteiligten des Beurkundungsverfahrens als Ausübung öffentlicher Gewalt darstellt. Dies ist nicht der Fall, weil der Notar nicht gegen den Willen der Beteiligten beurkunden und Vollstreckungstitel schaffen kann. Insofern unterscheidet sich das Zustandekommen notarieller Vollstreckungstitel regelmäßig von dem gerichtlicher Titel. Das Gericht wird bei streitigen Entscheidungen zumindest gegen eine Partei entscheiden. Bei gerichtlichen Vergleichen schaffen die Parteien einvernehmlich einen Titel, wobei das Gericht insofern sich eher dem Notariat funktional annähert als dass von einer Annäherung des Notarberufs an das Richteramt gesprochen werden kann. Dass am Ende der Gerichtsvollzieher beide Arten von Titeln gegen den Willen der Vollstreckungsschuldner vollstrecken kann, stellt sich gegenüber dem Betroffenen keinesfalls als Ausübung hoheitlicher Gewalt durch den Notar dar.

¹¹⁸ Ibid., S. 52 (Buchstabe i).

¹¹⁹ Ibid., S. 52 (Buchstabe l).

¹²⁰ Vgl. 2004/805/EG v. 21.4.2004, ABl. Nr. L 143 v. 30.4.2004, S. 15.

¹²¹ Vgl. Bundesnotarkammer, in: BNotK-Intern 5/2006, S. 1.

(5) Die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache C-405/01

Der EuGH hat in einer Entscheidung vom 30. September 2003 zum Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Kapitäne der spanischen Handelsmarine¹²² betont, dass die notariellen Zuständigkeiten eines Schiffsführers als Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Gewalt zu qualifizieren sind und bei prägendem Charakter dazu führen müssten, diesen Beruf von den Marktfreiheiten auszunehmen. Der EuGH¹²³ hat ausgeführt, dass das spanische Recht den Kapitänen und Ersten Offizieren der Handelsschiffe unter spanischer Flagge einerseits Rechte im Zusammenhang mit der Aufrechterhaltung der Sicherheit und der Ausübung polizeilicher Befugnisse, insbesondere bei Gefahren an Bord, verleiht – gegebenenfalls in Verbindung mit Untersuchungs-, Zwangs- oder Sanktionsbefugnissen, die über den bloßen Beitrag zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit, zu dem jedermann verpflichtet sein kann, hinausgehen – sowie andererseits notarielle und personenstandsrechtliche Zuständigkeiten, die sich nicht nur durch die Erfordernisse der Führung des Schiffes erklären lassen. Solche Aufgaben stellten eine Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse zur Wahrung der allgemeinen Belange des Flaggenstaats dar. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Entscheidung Art. 39 Abs. 4 EGV betraf. Des weiteren untersuchte der Gerichtshof die einzelnen notariellen Tätigkeiten nicht auf ihren hoheitlichen Charakter. Die pauschale Subsumtion eines Berufs unter Art. 39 Abs. 4 EGV steht im Widerspruch zu der Rechtsprechung des EuGH, die die Bereichsausnahmen für die Ausübung öffentlicher Gewalt stets tätigkeitsbezogen und nicht berufsbezogen interpretiert hat. Es ist allerdings zu berücksichtigen, dass die vorstehend angesprochenen Erwägungen nicht zu den die besagte Entscheidung tragenden Gründen gehören. Vielmehr beruft sich der EuGH in jener Entscheidung nur am Rande auf die vermeintlich hoheitlichen Tätigkeiten spanischer Handelskapitäne, um letztlich festzustellen, dass es hierauf für die besagte Entscheidung nicht ankommt. Dies könnte darauf hindeuten, dass sich der EuGH mit diesem – letztlich nicht sachentscheidenden Punkt seiner Erwägungen nicht hinreichend – jedenfalls aber nicht eingehend – auseinander gesetzt hat. Für eine Änderung der insoweit durch die Entscheidungen in den Sachen *Reyners* und *Thijssen* geprägten Rechtsprechung des EuGH lässt sich der Rechtssache C-405/01 auch deshalb nichts entnehmen, weil sich der EuGH nur apodiktisch auf die hoheitliche Natur einiger Tätigkeiten der spanischen Handelskapitäne beruft, ohne sich eingehender mit den einschlägigen Fragen zu befassen. Eine bewusste Rechtsprechungsänderung hätte ausführlicher mit Argumenten untermauert werden müssen.

¹²² Vgl. EuGH, Rs. C-405/01, Slg. 2003, I-10391, Rdnr. 42 (*Colegio de Oficiales de Marina Mercante Española*).

¹²³ Ibid.

(6) Signaturrichtlinie

Aus der europarechtlichen Regelung zur elektronischen Signatur¹²⁴ lassen sich entgegen der Auffassung von *Tiedje* und *Troberg*¹²⁵ keine Rückschlüsse auf das Fehlen einer hoheitlichen Regelung ziehen, da die elektronische Signatur funktional nicht der notariellen Form gleichgestellt ist.¹²⁶

(7) Zumutbarkeit der Ausübung von Notartätigkeiten durch EU-Ausländer

Als Kontrollüberlegung ist im Hinblick auf den vorstehend skizzierten Zweck von Art. 45 EGV zu fragen, ob die Ausübung der vorstehend dargestellten Notartätigkeiten durch EG-Ausländer für die Bürger in den jeweiligen Mitgliedstaaten unter Souveränitätsgesichtspunkten zumutbar ist. Dies dürfte nach derzeitigem Stand der Integration zu bejahen sein. Es ist nicht ersichtlich, dass die Beurkundung durch einen EG-Ausländer, der möglicherweise in Deutschland aufgewachsen und wie ein Deutscher als Notar ausgebildet ist, den Bürgern nicht zumutbar wäre. Selbst die Zulassung von nicht in Deutschland ausgebildeten ausländischen Notaren zur Notartätigkeit erscheint insofern unbedenklich, als kein Bürger gezwungen wäre, deren Dienste in Anspruch zu nehmen und etwaigen Missständen durch präventive Eignungsprüfungen begegnen werden könnte. Die wesentlichen Notartätigkeiten stellen daher keine Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 45 EGV dar. Zwar gehören noch andere Tätigkeiten zum Aufgabenspektrum der Notare. Allerdings ist für eine Beurteilung des Berufsbildes der Notare im Hinblick auf Art. 45 EGV nur auf die zentralen Tätigkeiten der Beurkundung und der Beratung abzustellen.¹²⁷

e) Die Verhältnismäßigkeit der hoheitlichen Ausgestaltung einer Tätigkeit als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal von Art. 45 EGV?

In ihren Mahnschreiben vertritt die Kommission die Auffassung, dass der Staatsangehörigkeitsvorbehalt zur Erreichung der von den Mitgliedstaaten angestrebten Ziele nicht erforderlich sei. Als mildereres Mittel für die Sicherung der Qualifikation der Notare stünde die Umsetzung der Diplom-Anerkennungsrichtlinie zur Verfügung. Das Tatbestandsmerkmal der Verhältnismäßigkeit der Einschränkung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit lässt sich dem Wortlaut von Art. 45

¹²⁴ Vgl. Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 1999/93/EG, ABl. Nr. L 13 v. 19.1.2000, S. 12.

¹²⁵ Vgl. *Tiedje* / *Troberg*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 45, Rdnr. 15.

¹²⁶ Siehe Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr v. 13.7.2001, BGBl. I, S. 1542.

¹²⁷ Vgl. *Hergenhahn*, (Fn. 20), S. 181.

EGV nicht entnehmen.¹²⁸ Der EuGH misst zwar bei der Auslegung von Art. 45 EGV die Tragweite der Norm unter anderem daran, ob eine bestimmte Interpretation zur Wahrung schützenswerter Interessen der Mitgliedstaaten unbedingt erforderlich ist.¹²⁹ Damit dürften eher Zumutbarkeitsgesichtspunkte angesprochen sein. Eine gesonderte Verhältnismäßigkeitsprüfung staatlicher Maßnahmen nimmt er allerdings nicht vor.

aa) Eignungsprüfung im Rahmen der Diplomanerkennung als milderes Mittel zur Erreichung der Zwecke des Staatsangehörigkeitsvorbehalts?

Die Kommission steht – wie erwähnt – auf dem Standpunkt, dass Deutschland und die anderen betroffenen Mitgliedstaaten nicht nur den Staatsangehörigkeitsvorbehalt für das Notariat abschaffen, sondern darüber hinaus auch die Diplomanerkenntnisrichtlinie bzw. die Berufsqualifikationsrichtlinie umsetzen müssen. Sie stellt also zwischen beiden Fragen ein Junktim her. Deutschland hat sich demgegenüber auf den Standpunkt gestellt, dass zwischen beiden Fragen kein Zusammenhang bestehe. Man könne den Staatsangehörigkeitsvorbehalt beseitigen und zugleich weiterhin die betroffenen Tätigkeiten Art. 45 EGV subsumieren. Da Art. 45 EGV dann auch bei Wegfall des Staatsangehörigkeitsvorbehalts gelte, seien die besagten Richtlinien insofern nicht umzusetzen. Stellt man sich mit der Kommission allerdings auf den Standpunkt, dass Art. 45 EGV auf notarielle Tätigkeiten jedenfalls nicht anwendbar ist, dann ist das Junktim zwischen dieser Frage und der Pflicht zur Umsetzung der besagten Richtlinien gleichwohl zwingend. In der Haltung der Bundesrepublik deutet sich zwar möglicherweise insofern die Bereitschaft zu einem politischen Deal an, als man es für zumindest denkbar erachtet hat, auf den Staatsangehörigkeitsvorbehalt zu verzichten, wenn die Kommission im Gegenzug nicht mehr die Anwendung von Art. 45 EGV in Frage stellt. Hierauf ist die Kommission – aus ihrer Sicht auch konsequent – aber nicht eingegangen. Wenn man aus vorstehend dargelegten Gründen die Anwendung von Art. 45 EGV auf notarielle Tätigkeiten ablehnt, stellt sich die Frage, welche Konsequenzen dies für die Anwendung bestehender Richtlinien hat. Festzuhalten ist zunächst, dass die Richtlinien nur grenzüberschreitende Sachverhalte betreffen, also die Fälle, in denen in einem Mitgliedstaat eine Qualifikation erworben wurde und nunmehr in einem anderen Mitgliedstaat ausgeübt werden soll, sei es als Ausdruck der Dienstleistungsfreiheit, sei es im Rahmen der Niederlassungsfreiheit. Nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen die EG-Ausländer, die den Notarberuf in dem Mitgliedstaat anstreben, in dem sie auch die hierfür erforderliche Qualifikation erworben haben.¹³⁰ Die

¹²⁸ Kritisch im Hinblick auf das in diesem Zusammenhang ins Spiel gebrachte Verhältnismäßigkeitskriterium äußert sich auch *Preuß*, (Fn. 6), S. 306.

¹²⁹ Vgl. EuGH, Rs. 147/86, Slg. 1988, S. 1637, 1654 (*Kommission/Griechenland*).

¹³⁰ Bspw. der in Deutschland aufgewachsene und ausgebildete Österreicher, der deutscher Notar werden will.

Europäische Gemeinschaft hat zahlreiche Richtlinien zur Verwirklichung der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit erlassen,¹³¹ wobei es so genannte horizontale und sektorelle Richtlinien zu unterscheiden gilt. Sektorielle Richtlinien enthalten spezifisch auf einzelne Berufsgruppen zugeschnittene Regelungen, die die Kommission in enger Abstimmung mit den jeweils betroffenen Berufsgruppen erarbeitet hat.¹³² Eine komplementäre Rolle nimmt daneben die Richtlinie 89/48/EWG vom 21. Dezember 1988 (sogenannte Diplom-Anerkennungsrichtlinie) ein, die eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen,¹³³ beinhaltet und für alle reglementierten Berufe gilt, die nicht durch sektorelle Richtlinien abgedeckt sind. Im Jahre 2005 wurde dann eine Richtlinie zur Anerkennung von Berufsqualifikationen (sogenannte Berufsqualifikationsrichtlinie) verabschiedet, die die horizontalen und die sektorellen Richtlinien mit Ausnahme der Anwaltsrichtlinien in einer umfassenden Regelung zusammenführen und das System der gegenseitigen Anerkennung¹³⁴ von Berufszugangsqualifikationen vereinfachen soll.¹³⁵ Auch die Berufsqualifikationsrichtlinie sieht die automatische gegenseitige Anerkennung von Berufszugangsqualifikationen zur Förderung insbesondere der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung vor. Die Richtlinien haben die Funktion, die Berufszugangs- und Ausübungsvoraussetzungen in den einzelnen Mitgliedstaaten zu harmonisieren, ihre Gleichwertigkeit festzustellen und auf dieser Basis die gegenseitige Anerkennung der Befähigungsnachweise vorzuschreiben.¹³⁶ Eine sektorelle

¹³¹ Vgl. die Aufzählung bei *Scheuer*, in: Lenz /Borchard, Art. 47, Rdnr. 1 ff.; ausführlich dazu das Werk von *Schneider*, Die Anerkennung von Diplomen in der Europäischen Gemeinschaft, 1995; *Wenckstern*, Die Anerkennung beruflicher Hochschuldiplome im Recht der Europäischen Gemeinschaft, WissR 1997, S. 1.

¹³² So gibt es ältere sektorelle Richtlinien für die Berufe Arzt, Tierarzt, Zahnarzt, Hebamme, Apotheker, Architekt und mittlerweile sogar zwei Richtlinien für den Beruf des Rechtsanwalts, vgl. Richtlinie 77/249/EWG v. 22.3.1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte, ABl. Nr. L 78 v. 26.3.1977, S. 17; Richtlinie 98/5/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.2.1998 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde, ABl. Nr. L 77 v. 14.3.1998, S. 36; dazu ausführlich *Lach*, Die Möglichkeiten der Niederlassung europäischer Rechtsanwälte in Deutschland, NJW 2000, S. 1610; *Clausnitzer*, Die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit in der EG, ZAP Fach 25, S. 97 ff.; *Rabe*, Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit der rechtsberatenden Berufe in der Europäischen Gemeinschaft, RabelsZ 1991, S. 291, 294 ff.

¹³³ ABl. Nr. L 19 v. 24.1.1989, S. 16.

¹³⁴ Vgl. dazu die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat v. 29.12.2000: Eine Binnenmarktstrategie für den Dienstleistungssektor, KOM (2000) 888 endg.; hierzu *Wägenbaur*, Eine gemeinsame Strategie zur Verwirklichung des Binnenmarkts für Dienstleistungen, EuZW 2001, S. 322.

¹³⁵ Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 7.9.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. Nr. L 255 v. 30.9.2005, S. 22.

¹³⁶ *Scheuer*, in: Lenz /Borchard, Art. 47, Rdnr. 2.

Richtlinie für den Notarberuf gibt es folgerichtig nicht, da dieser bislang nicht den Freiheiten des EGV unterstellt wurde. Ob die Kommission bereit wäre, eine solche Richtlinie zu erarbeiten, ist nicht abzusehen.¹³⁷ Die direkte Folge davon wäre es, dass die Notare wie die anderen akademischen Berufe der Regelungskompetenz der EU unterfallen und somit die Diplom-Anerkennungsrichtlinie bzw. nach deren Auslaufen die Berufsqualifikationsrichtlinie umzusetzen wäre.¹³⁸

(1) Diplom-Anerkennungsrichtlinie und Notariat

Die Diplom-Anerkennungsrichtlinie knüpft nicht an spezifische Ausbildungsinhalte, sondern lediglich an die Dauer und das Niveau der jeweiligen Ausbildung an. Nach dem Prinzip des gegenseitigen Vertrauens unter den Mitgliedstaaten wird damit unwiderleglich vermutet, dass ein nach dreijähriger Ausbildung erlangtes Hochschuldiplom inhaltlich gleichwertig ist, gleichgültig wo in der Gemeinschaft es erlangt wurde. Immerhin gestattet die Richtlinie wegen der Unterschiede in der Berufsausbildung Ausgleichsmaßnahmen der Mitgliedstaaten. Diese können bei einzelnen betroffenen Berufen entweder einen Anpassungslehrgang, eine zusätzliche Eignungsprüfung oder den Nachweis zusätzlicher Berufserfahrung verlangen. So wird in Deutschland für Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, für die es keine sektoriellen Richtlinien gibt, nach der Diplom-Anerkennungsrichtlinie eine Eignungsprüfung¹³⁹ verlangt. Interessant ist in diesem Zusammenhang die Haltung Frankreichs, das unter Beibehaltung des Staatsangehörigkeitsvorbehalts die Diplom-Anerkennungsrichtlinie für das Notariat umgesetzt hat.¹⁴⁰ Eine Umsetzung durch Deutschland wäre in dem angesprochenen Kontext also kein Einzelfall. Die Diplom-Anerkennungsrichtlinie läuft mit dem 20. Oktober 2007 aus.¹⁴¹ In Anbetracht der voraussichtlichen Dauer eines Verfahrens vor dem Europäischen Gerichtshof ist davon auszugehen, dass diese Richtlinie nicht mehr umgesetzt werden müsste, da sie zum Zeitpunkt einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs schon außer Kraft getreten sein dürfte.

(2) Berufsqualifikationsrichtlinie und Notariat

Die Berufsqualifikationsrichtlinie enthält unter Ziffer 41 der Erwägungsgründe einen Hinweis, dass die Richtlinie nicht die Anwendung von Art. 45 EGV berührt, insbe-

¹³⁷ Vgl. *Fleischbauer*, (Fn. 5), S. 356.

¹³⁸ So auch *Pützer*, in: Fs. für Weichler, (Fn. 79), S. 191, 196.

¹³⁹ Eingeführt durch Gesetz v. 13.12.1990, BGBl. I S. 2756 und Gesetz v. 20.7.1990, BGBl. I, S. 1462.

¹⁴⁰ Vgl. Stellungnahme der Bundesnotarkammer v. 22.7.1999 gegenüber dem Bundesministerium der Justiz, unter www.bundesnotarkammer.de, Rubrik „Bundesnotarkammer – Positionen“.

¹⁴¹ Vgl. Art. 62 der Berufsqualifikationsrichtlinie, ABl. Nr. L 255 v. 30.9.2005, S. 52.

sondere nicht Notare.¹⁴² Dieser auf Betreiben der Lobby-Organisationen des Notariats aufgenommene Passus wird seitens des Notariats so verstanden, dass Art. 45 EGV auf Notare Anwendung findet.¹⁴³ Dies kann man allerdings aus jener Formulierung gerade nicht entnehmen, denn sie stellt klar, dass die Berufsqualifikationsrichtlinie Art. 45 EGV nicht etwa in einem bestimmten Sinne interpretiert, sondern diese Vorschrift gerade „unberührt“ lässt. Die besagte Ziffer 41 lautet nämlich nicht, dass die Richtlinie „ungeachtet“ der etwaigen Nichtanwendbarkeit von Art. 45 EGV nicht auf Notare Anwendung finden soll. Eine solche Auslegung wäre auch nicht mit der Entstehungsgeschichte der Berufsqualifikationsrichtlinie vereinbar. Die Kommission hatte sich in den Ausführungen zu ihrem geänderten Richtlinievorschlag vom 20. April 2004¹⁴⁴ ausdrücklich gegen einen Vorschlag des Europäischen Parlaments ausgesprochen, wonach die Notare ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie herausgenommen worden wären. Die vorgeschlagene Abänderung 35 sollte in Art. 2 Abs. 2a der Richtlinie den Beruf des Notars aus dem Geltungsbereich der Richtlinie ausnehmen. Die Kommission stützte sich darauf, dass Art. 45 EGV keine pauschale Bereichsausnahme für Berufe, sondern nur für Tätigkeiten sei. Die Kommission hat dann schließlich die nunmehr in Ziffer 41 der Erwägungsgründe aufgenommene Formulierung akzeptiert.¹⁴⁵

bb) Stellungnahme

Das von der Kommission ins Spiel gebrachte Kriterium der Verhältnismäßigkeit der Anwendung von Art. 45 EGV ist dieser Vorschrift nicht zu entnehmen.¹⁴⁶ Im Rahmen der Anwendung von Art. 45 EGV ist der Umfang der Souveränität der Mitgliedstaaten zu bestimmen und dem Konzept der Souveränität ist die Einschränkung durch das Prinzip der Verhältnismäßigkeit insofern fremd, als es nicht darum gehen kann, ob die Souveränität eines Staates die Bürger eines fremden Staates in unverhältnismäßiger Weise belastet. Es geht im angesprochenen Zusammenhang wohl eher darum, festzustellen, ob es sich bei den in §§ 5 und 11a Satz 3 BNotO geregelten Sachverhalten überhaupt um Fragen handelt, die nach dem EGV noch der Souveränität der Mitgliedstaaten unterliegen. Dabei ist dann – wie bereits vorstehend im Rahmen des Zwecks von Art. 45 EGV dargestellt – zu prüfen, welche

¹⁴² Vgl. Nr. 41 der Erwägungsgründe der Berufsqualifikationsrichtlinie, wonach diese Richtlinie nicht die Anwendbarkeit der Art. 39 Abs. 4 und 45 EGV berührt, insbesondere nicht auf Notare, ABl. Nr. L 255 v. 30.9.2005, S. 26.

¹⁴³ Vgl. Pressemitteilung der Bundesnotarkammer v. 12.10.2006 unter www.notar-presse.de/pressemitteilungen/pm_bnotk_061012.html (26.2.2007).

¹⁴⁴ Vgl. KOM (2004) 317 endg.

¹⁴⁵ Vgl. KOM (2005) 248 endg., S. 4.

¹⁴⁶ Anders aber wohl *Tiedje/Troberg*, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 45 EGV, Rdnr. 11 f. unter Hinweis auf EuGH, Rs. 147/86, Slg. 1988, 349 ff (*Kommission/Griechenland*).

Rückschlüsse sich aus dem Verhältnis eines Staates zu seinen eigenen Bürgern auf die Reichweite der Souveränität ziehen lassen. Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zu Gunsten von EG-Ausländern, die sich auf die Grundfreiheiten berufen, kommt im vorliegenden Fall aber auch aus einem weiteren Grund nicht in Betracht. Anders als von der Kommission behauptet, ist die Richtlinienumsetzung nach der Argumentationslogik der Kommission nämlich kein milderer Mittel gegenüber der Aufrechterhaltung des Staatsangehörigkeitsvorbehalts, denn sie steht danach nicht in einem für die Auswahl eines milderenden Mittels wesentlichen Alternativverhältnis, sondern in einem Konsekutivverhältnis. Die Richtlinienumsetzung müsste nämlich nach der Kommission dem Verzicht auf den Staatsangehörigkeitsvorbehalt zwingend folgen.

II. Ergebnis zu C.

Die §§ 5 und 11a Satz 3 BNotO verletzen nach der hier vertretenen Auffassung die europäische Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit nach Art. 43 und 49 EGV.¹⁴⁷ Ein hierauf gestütztes Vertragsverletzungsverfahren hätte daher insofern voraussichtlich Erfolg. Die vor allem von Autoren aus dem Bereich des Notariats vertretene und wohl noch herrschende Ansicht in der Literatur kommt allerdings zum gegenteiligen Ergebnis.

D. Zusammenfassung

Der freiberuflich ausgeübte Notarberuf unterliegt der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 43 und 49 EGV. Da die deutschen Notare im Rahmen der ihren Beruf im wesentlichen prägenden Tätigkeiten ihren Klienten nicht mit einer einseitigen Regelungsbefugnis gegenüberstehen, stellen diese Tätigkeiten keine Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 45 EGV dar. Diese Bereichsausnahme von der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit ist daher nicht auf die Tätigkeiten freiberuflicher deutscher Notare anwendbar. Die Bundesrepublik Deutschland muss danach den Staatsangehörigkeitsvorbehalt in den §§ 5 und 11a Satz 3 BNotO zumindest zu Gunsten von Bürgern aus Mitgliedstaaten der EU aufheben und die Diplom-Anerkennungs- sowie die Berufsqualifikationsrichtlinie für Notare umsetzen.

¹⁴⁷ Auch Bröbmer, in: Calliess/Ruffert, Art. 45, Rdnr. 3 und Schiller, (Fn. 23), S. 27 ff., vertreten die Auffassung, dass § 5 BNotO nicht mit der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit zu vereinbaren ist.