

Die Zulässigkeit nationaler Einschränkungen der Grundfreiheiten für juristische Dienstleistungen im Grundstücksverkehr vor dem Hintergrund des Verfahrens *Kommission ./ Deutschland* (EuGH C-54/08)

Christoph U. Schmid und Tobias Pinkel***

A. Einführung

Das lateinische Notariat, das in Deutschland und den meisten anderen kontinentaleuropäischen Ländern die Notariatsverfassungen prägt, ist stark reglementiert. Nach nationalem Recht ist das Notariat dabei gleichzeitig öffentliches Amt¹ und freie Profession und nimmt damit eine Doppelfunktion ein.² Zu den Reglementierungen des deutschen Notariats gehören z.B. eine Gebührenordnung und ein *numerus clausus*, das heißt eine zahlenmäßige Zulassungsbeschränkung der Notare im Rahmen einer Bedarfsplanung, sowie ein Staatsangehörigkeitsvorbehalt, der Staatsbürgern anderer EU-Staaten den Zugang zum Notariat in Deutschland vollständig verwehrt.³ Seit Jahrzehnten gibt es deshalb Anstöße zur Deregulierung der Notariatsverfassungen in Europa.⁴ In den

* Prof. Dr. Christoph U. Schmid, Ph.D. ist Professor für Europäisches Privat-, Wirtschafts- und Wirtschaftsverfassungsrecht an der Universität Bremen und Direktor des Zentrums für Europäische Rechtspolitik (ZERP).

** Tobias Pinkel, LL.B., LL.M. ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am ZERP und wissenschaftlicher Koordinator der Hanse Law School Bremen.

¹ Vgl. für Deutschland z.B. *Ott*, Das Notariat im Spannungsfeld von überliefertem Rechtsstatus und wirtschaftlicher Entwicklung – Eine rechtsökonomische Untersuchung, German Working Papers in Law and Economics 2001/7, 6 ff., der jedoch von einer Erosion des Amtsverständnis' ausgeht.

² Zum System des lateinischen Notariats im Allgemeinen vgl. z.B. *Schmid*, Legal services in conveyancing: A European comparison, in *Engelbrekt/Nergelius/Elgar*, New Directions in Comparative Law (Edward Elgar Publishing, Cheltenham Glos u.a., 2010, i.E.) 185 (194 f.).

³ Zur Notariatsverfassung in Deutschland allgemein vgl. z.B. *Reimann*, Die deutsche Notariatsverfassung, 2 und 6 ff., verfügbar unter http://www.uni-regensburg.de/Fakultaeten/Jura/arnold/dsg/scripten/band_4_6. Insbesondere ist § 5 BNotO von Bedeutung, nach dem nur deutsche Staatsangehörige Notare werden können. Zu dieser Beschränkung im europarechtlichen Kontext vgl. auch *Hirsch*, Die Europäisierung der freien Berufe, DNotZ 2000, 729 (735 ff.).

⁴ Vgl. *Fuchs*, Das deutsche Notariat auf dem europarechtlichen Prüfstand – Das Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen des Zugangs zum Notarberuf, ZEuS 2008, 143 (156 ff.); *Preuß*, Europarechtliche Probleme der deutschen Notariatsverfassung, ZEuP 2005, 291 (294 ff.); *Andresen*, State Tasks of the Public Office of Notary – Belonging to the Domain of National or European Union Law?, Juridica International 2009, 157 (159), verfügbar unter http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2009_1_157.pdf.

Zu der Auseinandersetzung auf europäischer Ebene z.B. bereits ABl. 1989 C 270/28 (vom 14.2.1989), Schriftliche Anfrage Nr. 2199/88 von Herrn Willy Kuijpers an die Kommission: Niederlassungsrecht für Notare. Hier erklärte die Kommission ohne nähere Begründung, dass der *numerus clausus* von Notaren nicht gegen die europäischen Grundfreiheiten vorstoße. Zur frühen europäischen Diskussion gehört auch die Entschliebung des Europäischen Parlaments zur Lage und Organisation des Notarstands in den zwölf Mitgliedstaaten der Gemeinschaft vom 18.1.1994, ABl. 1994 C 44/36 (vom 14. Februar 1994). Hier forderte das Parlament zwar einerseits, dass der Staatsangehörigkeitsvorbehalt abgeschafft werden sollte, bestätigte aber gleichzeitig die Auffassung, dass Notare öffentliche Gewalt ausüben. Vgl. hierzu auch EP-Parlamentarier *Lechner*, Vortrag im Rahmen der 3. Tagung Berufspolitik des Deutschen Notariats (Das Notariat in Europa), 24. und 25.01.2003 in Brüssel, notar 2003, 2 (3); *Preuß*, Europarechtliche Probleme der deutschen Notariatsverfassung, ZEuP 2005, 291 (205 f.). Diese Position

letzten Jahren hat sich dabei die Auseinandersetzung zwischen Befürwortern und Gegnern einer Deregulierung deutlich zugespitzt.

Für die politische Auseinandersetzung haben sich Befürworter und Gegner einer Liberalisierung des Notariatswesens mit umfangreichen juristischen Gutachten gewappnet. Die Europäische Kommission, als wichtigste politische Verfechterin einer Liberalisierung des Notariates,⁵ hat in diesem Rahmen unter Federführung des *Zentrum für Europäische Rechtspolitik* an der Universität Bremen (ZERP) eine Studie (ZERP-Studie) in Auftrag gegeben, die sich in weiten Teilen für eine Deregulierung der Notariatsverfassung – zumindest im Bereich von Grundstücksgeschäften – ausspricht.⁶ Als Reaktion darauf hat das *Conseil des Notariats de l'Union Européenne* (CNUE) bei *Peter L. Murray*, Professor in Harvard, ein Gegengutachten in Auftrag gegeben, dass auf genau 400 Seiten zu dem Schluss kommt, dass keinerlei Nachweis dafür erbracht werden kann, dass eine Deregulierung des Marktes für juristische Dienstleistungen im Zusammenhang mit Grundstücksgeschäften zu niedrigeren Kosten oder höherer Effizienz führt.⁷ Zudem wurden

bekräftigte das EP nochmals in der Entschließung des Europäischen Parlaments zu den Rechtsberufen und das allgemeine Interesse an der Funktionsweise der Rechtssysteme vom 23.3.2006, B6-0203/2006.

⁵ Aber auch auf nationaler Ebene wurde von verschiedenen politischen Akteuren die Frage aufgeworfen, ob das lateinische Notariat in allen Bereichen noch zeitgemäß ist. Vgl. z.B. Deregulierungskommission (Hrsg.), *Marktöffnung und Wettbewerb* (Poeschel, Stuttgart, 1991) 113. Zur Deregulierungsdiskussion in Deutschland auch *Ott*, *Das Notariat im Spannungsfeld von überliefertem Rechtsstatus und wirtschaftlicher Entwicklung – Eine rechtsökonomische Untersuchung*, German Working Papers in Law and Economics 2001/7, 4 ff. Auch die britische Regierung hat sich zumindest gegen den Staatsangehörigkeitsvorbehalt von Notaren ausgesprochen. Vgl. z.B. EuGH, Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofs vom 16. September 2008 in C-54/06.

Vereinzel unterstützen auch in Deutschland ansässige Notare Liberalisierungsbemühungen. Vgl. z.B. *Heinz*, *Der deutsche Notar als kleinterritorialer Dienstleister – Opfer der Globalisierung und der EU-Kommission? Eine Entgegnung*, ZNotP 2002, 258-261 verfügbar unter http://www.anwaltsnotariat.de/Aktuell/Der_dt_Notar_als_kleinterr_Dienstl_opfer.pdf.pdf, *ders.*, *Auf dem Weg zum Europäischen Notariat? – Vortrag auf dem 58. Deutschen Anwaltstag in Mannheim am 17.05.2007*, verfügbar unter http://www.notaries.org.uk/eu-notariat/files/page75_2.pdf. In der Literatur sprechen sich z.B. *Schiller*, *Freier Personenverkehr im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit?*, EuR 2004, 27; *Schill*, *Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare und europäische Niederlassungsfreiheit*, NJW 2007, 2014; *Haeder*, *Das deutsche Notariat als Bereichsausnahme von Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit?*, ZEuS 2008, 117 für eine Deregulierung des deutschen Notariatswesens aus.

⁶ *ZERP u.a.*, *Conveyancing Services Market*, COMP/2006/D3/003, Studie für DG Competition, European Commission (Europäische Kommission, Brüssel, 2007); *ebenda*, *Conveyancing Services Market*, COMP/2006/D3/003, Country Summaries/ Länderberichte, separater Anhang zur Studie DG Competition, European Commission (Europäische Kommission, Brüssel, 2007), verfügbar unter http://ec.europa.eu/competition/sectors/professional_services/studies/studies.html. (Im Folgenden: ZERP-Studie).

⁷ Vgl. *Murray*, *Real Estate Conveyancing in 5 European Union Member States: A Comparative Study*, August 31, 2007, revised on November 27, 2007, p. 129 verfügbar unter <http://www.cnue-nouvelles.be/en/000/actualites/murray-report-final.pdf>. Hier heißt es: „This study has found no evidence that deregulation of conveyancing services leads to lower cost or higher efficiency among the countries under consideration. The contrary appears to be true. In the most highly regulated jurisdictions such as Estonia and Germany, average costs are low (particularly for the numerous market-relevant transactions of low and average value), the registry systems function effectively and consumer satisfaction appears to be high.”

In die selbe Richtung bereits *Murray*, *Real Estate Conveyancing in 5 European Union Member States: A Comparative Study – Short Preliminary Report*, June 25, 2007, verfügbar unter http://www.dnotv.de/_files/Aktuelles/Murray-Studievorflug.pdf.

Dabei erscheint es so, als seien die Länder, die untersucht wurden, bewusst so gewählt, dass kein Zusammenhang zwischen Deregulierung und Preisniveau oder Effizienz festgestellt werden konnte. So wurde z.B. darauf verzichtet, die Niederlande in die Betrachtung mit einzubeziehen. Dies wäre aber besonders interessant gewesen, da hier erst vor wenigen Jahren das Notariatssystem erfolgreich und nach oftmals geäußelter Ansicht ohne spürbare Qualitätsverschlechterungen liberalisiert wurde. Zu den Erfahrungen in den Niederlanden, die durchaus auf empirischer Basis noch hoch strittig sind vgl. noch Fn. 108. Aber auch die Schlüsse, die *Murray* über die

politische Verbündete gesucht, um die eigene Position zu stärken sowie die Gutachten der anderen Seite zu diskreditieren und gleichzeitig, zumindest von nationaler Ebene, keine weiteren politischen Maßnahmen befürchten zu müssen.⁸

Auf rein rechtlicher Ebene, wenn man im Rahmen der EU davon überhaupt sprechen kann, hat die Kommission die Notariatsverfassungen der EU-Mitgliedstaaten mit lateinischem Notariat in ganz allgemeiner Weise angegriffen. Sie hat nämlich ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH unter anderem gegen Deutschland wegen des Staatsangehörigkeitsvorbehalts für Notare eingeleitet.⁹ Vordergründig geht es dabei zwar nur um die Frage, ob nicht alle Unionsbürger mit den entsprechenden Qualifikationen grundsätzlich Zugang zum Notariat erhalten müssen, aber es ist klar, dass die politischen

Effektivität des skandinavischen Modells zieht, sind z.T. schwer nachvollziehbar. Vgl. *Schmid*, Legal services in conveyancing: A European comparison, in *Engelbrekt/Nergelius/Elgar*, New Directions in Comparative Law (Edward Elgar Publishing, Cheltenham Glos u.a., 2010, i.E.) 185 (199).

⁸ Vgl. z.B. die ehemalige deutsche Justizministerin, *Zypries*, Der Markt braucht Regeln, wenn er funktionieren soll – Grußwort der Bundesministerin der Justiz, Brigitte Zypries, zur 6. Tagung Berufspolitik am 22. Und 23. Januar 2009 in Brüssel, notar 2009, 121, 122: „Und schließlich kann sie nicht belegen, dass weniger Regulierung zu mehr Qualität führt – zumindest nicht für Deutschland. Um es also ganz deutlich zu sagen: Die ZERP-Studie ist für mich kein Anlass, das Notariat in Deutschland zu deregulieren oder gar die Beurkundung von Grundstücksgeschäften abzuschaffen.“ In die selbe Richtung auch *Zypries*, Notariat bleibt Aufgabe der öffentlichen Gewalt, Rede der Bundesministerin der Justiz, Brigitte Zypries MdB, beim DAV-Forum Anwaltsnotariat „Das Berufsbild des (Anwalts-)Notars in Gegenwart und Zukunft“ am 6. März 2009, verfügbar unter <http://www.bmj.bund.de>.

Auch in Spanien konnten im Rahmen einer kürzlich verabschiedeten Reform des Hypothekenrechts die Notariatsvereinigungen ihre Interessen durchsetzen. Anders als erste Entwürfe des Reformgesetzes, die die Beteiligung von Notaren im Rahmen von Entstehung, Löschung und Übertragung von Hypotheken hätten deutlich reduzieren sollen, wurde letztlich sogar eine Erweiterung der verpflichtenden Beteiligung von Notaren beschlossen. Vgl. hierzu auch *Schmid/Pinkel*, The Spanish Mortgage Reform from a Foreign Perspective: A Step Forward in Flexibility and Liberalisation? in *Esther Muñoz Espada, Sergio Nasarre Aznar und Elena Sánchez Jordán* (Hrsg.), La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica, (Edisofer, Madrid, 2009) 553 (555 ff.).

⁹ Schon am 12. Oktober 2006 hat die Kommission die zweite Stufe des Vertragsverletzungsverfahrens gemäß Art. 226 EG gegen Deutschland und 15 weitere EG Mitgliedsstaaten beschritten, indem sie eine „Begründete Stellungnahme“ verschickt hat. Dabei hat sich die Bundesregierung in ihren Stellungnahmen von 1999 und 2000 auf die Position gestellt, dass der Staatsbürgervorbehalt europarechtskonform sei, da die Tätigkeit der Notare durchweg hoheitlichen Charakter besitze. Am 12. Februar 2008 hat die Kommission Klage vor dem EuGH im einzelnen gegen Deutschland (C-54/08), Österreich (C-53/08), Luxemburg (C-51/08) sowie Frankreich (C-50/08) und bereits am 11. Februar gegen Belgien (C-47/08) eingereicht. Am 18. Februar folgte eine Klage gegen Griechenland (C-61/08). Am 29. Januar 2009 beschloss die Kommission auch Klage gegen die Niederlande (C-157/09) zu erheben, die zunächst zugesichert hatten, den Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare aufzuheben, dieser Zusicherung aber bislang nicht gefolgt sind. Ferner hat die Kommission Vertragsverletzungsverfahren gegen alle neuen Mitgliedsstaaten mit Ausnahme Zyperns, da in Zypern diese Bedingung nicht gilt, eingeleitet. Vgl. KOM IP/09/152 „Staatsangehörigkeitserfordernis für Notare: Kommission verklagt Niederlande vor dem Europäischen Gerichtshof, um dem Nichtdiskriminierungsgrundsatz Geltung zu verschaffen“ vom 29. Januar 2009; *Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages (Dünkel/Baddenhausen)*, Gemeinschaftsrechtliche Niederlassungsfreiheit und notarielles Berufsrecht in Europa, Nr. 51/06, S. 1.

Gegen Portugal, das bereits 1997 formell den Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare aufgegeben hatte, wurde zunächst am 12. Februar 2008 im Rahmen der anderen Verfahren ein Vertragsverletzungsverfahren wegen anderer Zulassungsbeschränkungen für Notare aus europäischen Drittstaaten angestrengt (C-52/08). Allerdings haben die portugiesischen Behörden unter Bezugnahme auf die Verfassung bislang verweigert, Nicht-Portugiesen als Notare zu bestellen. Deshalb hat die Kommission beschlossen, die Klage auch gegen den faktischen Staatsangehörigkeitsvorbehalt zu erweitern. Vgl. KOM IP/09/280 „Staatsangehörigkeitserfordernis für Notare: Kommission trifft Maßnahmen zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in Portugal“ vom 19. Februar 2009.

Ziele dahinter weiterreichen.¹⁰ Sollte die Kommission in vollem Umfang Recht bekommen und damit klar sein, dass Notariatstätigkeiten europarechtlich nicht als hoheitliche Aufgabe gewertet werden, müssten sich zukünftige alle Regelungen der nationalen Notariatsverfassungen an den Grundfreiheiten der EU messen lassen. Dies mag auch im Bereich juristischer Dienstleistungen bei Grundstücksgeschäften von großer Bedeutung sein, da in Deutschland¹¹ und vielen anderen europäischen Ländern¹² für viele der hier zu erbringenden Dienstleistungen Notarzwang besteht.

Für den Bereich der juristischen Dienstleistungen im Rahmen der Übertragung von Liegenschaften soll die vorliegende Arbeit untersuchen, welche grundlegenden Folgen eine Entscheidung des EuGH haben könnte. Dazu wird zunächst das anhängige Vertragsverletzungsverfahren dargestellt sowie die in diesem Rahmen relevanten Rechtsfragen überblicksartig diskutiert (B.). Im Anschluss werden einige mögliche Rechtsfolgen kursorisch erörtert, mit denen zu rechnen ist, wenn der EuGH der Klage der Kommission stattgibt (C.). Sodann wird an Beispielen untersucht, welche Beschränkungen des Marktes für juristische Dienstleistungen im Rahmen von Grundstücksgeschäften wahrscheinlich aufgegeben werden müssten (D.). Die Arbeit endet mit einer kurzen zusammenfassenden Wertung (E.).

B. Überblick über Stand des Verfahrens C-54/08

Im nun anhängigen Vertragsverletzungsverfahren wirft die Kommission Deutschland insbesondere vor, dass es durch seine Notariatsverfassung, namentlich durch den Staatsangehörigkeitsvorbehalt des § 5 Bundesnotarordnung (BNotO), gegen die Niederlassungsfreiheit des EU-Vertrags verstößt.¹³ Eine solche direkte Diskriminierung auf Grund der Nationalität ist mit Art. 49 AEUV grundsätzlich nicht vereinbar.¹⁴ Eine Rechtfertigung wäre nur auf Grund der *öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit*

¹⁰ Dies wird auch dadurch verdeutlicht, dass sich die Kommission in ihren Klageschriften nicht einmal hilfsweise auf das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV (Ex Art. 12 EG) stützt, der zum Verbot des Staatsangehörigkeitsvorbehalt führen könnte. Vgl. z.B. EP-Parlamentarier *Lechner*, Vortrag im Rahmen der 3. Tagung Berufspolitik des Deutschen Notariats (Das Notariat in Europa), 24. und 25.01.2003 in Brüssel, notar 2003, 2 (4). Zur möglichen Unvereinbarkeit des Staatsangehörigkeitsvorbehaltes für Notare nach Art. 18 AEUV ausführlich auch *Fuchs*, Das deutsche Notariat auf dem europarechtlichen Prüfstand – Das Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen des Zugangs zum Notarberuf, ZEuS 2008, 143 (196 ff.).

¹¹ Zur deutschen Notariatsverfassung vgl. z.B. *Schippel/Bracker* (Hrsg.), Bundesnotarordnung – Kommentar, 8. Aufl. (Verlag Franz Vahlen, München, 2006); *Schmid/Pinkel*, Die Regulierung rechtlicher Dienstleistungen bei Grundstücksgeschäften zwischen Wettbewerbs- und Verbraucherschutz, Hanse Law Review (HanseLR) 2007, 5 (6 ff.), verfügbar unter <http://www.hanselawreview.org/pdf5/Vol3No1Art01.pdf>.

¹² Vgl. *Schmid/Pinkel*, ebenda, 10 ff.; *Schmid*, Legal services in conveyancing: A European comparison, in *Engelbrekt/Nergelius/Elgar*, New Directions in Comparative Law (Edward Elgar Publishing, Cheltenham Glos u.a., 2010, i.E.) 185 (186 ff.). Einen kursorischen Überblick über die Notariatsverfassung in Europa gibt auch *Heinz*, Notarkosten in Europa – ein Überblick – Vortrag anlässlich der Herbsttagung der Arbeitsgemeinschaft Anwaltsnotariat im Deutschen Anwaltsverein, 20. September 2001, 8 ff., verfügbar unter http://www.heinzlegal.com/publik_vortraege/pub_download/Notarkosten_in_Europa.pdf.

¹³ Vgl. EuGH, Klage, eingereicht am 12. Februar 2008 – Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Bundesrepublik Deutschland, ABl. 2008 C 107/16 vom 26.04.2008. Zudem wird ein Verstoß Deutschlands gegen Richtlinie 89/48/EG von der Kommission ins Feld geführt. Dieser ist jedoch für die im Rahmen dieser Arbeit diskutierten Frage, wie sich die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auf die Notariatsverfassung auswirken könnte, nicht von Bedeutung und wird deshalb auch nicht weiter betrachtet.

¹⁴ Vgl. z.B. *Bröhmer* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV Kommentar (C. H. Beck, München, 2007) Art. 43 EGV, Rn. 20; *Schill*, Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare und europäische Niederlassungsfreiheit, NJW 2007, 2014 ff.; *Hirsch*, Die Europäisierung der freien Berufe, DNotZ 2000, 729 (735 f.).

(Art. 52 I AEUV; Ex Art. 46 EG) zulässig. Aus diesen Gründen lässt sich jedoch ein Staatsangehörigkeitsvorbehalt für juristische Dienstleistungen von Notaren nicht rechtfertigen. Voraussetzung für die Unionsrechtswidrigkeit des Staatsbürgervorbehaltes ist also lediglich, dass der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit eröffnet ist. Rechtfertigungsmöglichkeiten wegen *zwingender Gründe des Allgemeinwohls*¹⁵ kommen bei der hier vorliegenden Form der Diskriminierung nicht in Betracht.¹⁶

Zur Diskussion steht jedoch, ob die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auf lateinische Notare nicht von vorneherein ausgeschlossen ist, da diese nach nationalem Verständnis ein öffentliches Amt begleiten.¹⁷ Die Bereichsausnahme für von Privaten ausgeübte Tätigkeiten, die mit der Teilnahme an der öffentlichen Gewalt verbunden sind, findet sich für die Niederlassungsfreiheit in Art. 51 I AEUV (Ex Art. 45 I EG). Hier heißt es:

Auf Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, findet dieses Kapitel in dem betreffenden Mitgliedstaat keine Anwendung.

Im aktuellen EuGH-Fall ist also vor allem strittig, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang *Tätigkeiten* eines Notariats nach europarechtlichem Verständnis *dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden* sind. Mit einer Entscheidung des EuGH wird im Frühjahr oder Sommer 2010 gerechnet.

I. Vortrag der Parteien bezüglich der Bereichsausnahme der Art. 51, 62 AEUV (Ex Art. 45, 55 EG) für Träger hoheitlicher Gewalt

Die Kommission ist der Meinung, dass alle Notariatstätigkeiten in Deutschland europarechtlich nicht als Ausübung öffentlicher Gewalt zu betrachten sind. Hierzu führt die Kommission aus:

[...] Zur Beantwortung der Frage was „öffentliche Gewalt“ im Sinne des Artikels 45 EG [heute Art. 51 AEUV] bedeute, sei einerseits am nationalstaatlichen Verständnis anzuknüpfen. Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat nicht zur öffentlichen Gewalt zählen, könnten nicht für Zwecke der Ausnahme herangezogen werden [...]. Andererseits seien für die Auslegung im Sinne des Artikels 45 EG Begriff und Umfang der öffentlichen Gewalt gemeinschaftsrechtlich zu bestimmen, seine Bedeutung sei vom Gerichtshof autonom und einheitlich auszulegen. [...] Als Ausnahme von einer Grundfreiheit sei Artikel 45 EG Absatz 1 nämlich restriktiv auszulegen.

[...]

Die von der Bundesrepublik Deutschland zur Rechtfertigung des Erfordernisses der Staatsangehörigkeit angeführten Tätigkeiten – Beurkundung von Rechtsvorgängen und Vereinbarungen, die Beweiskraft solcher Urkunden, das Anbringen einer Vollstreckbarkeitsklausel und die Rechtsberatung, die mit der Beurkundung verbunden ist – reichen nicht zur Rechtfertigung der Anwendung des Artikels 45 EG. Sofern sie überhaupt an der Ausübung öffentlicher Gewalt partizipierten, geschehe dies nur in indirekter Weise. [...]

¹⁵ Zu dieser Rechtfertigungsmöglichkeit vgl. z.B. Müller-Graff in Streinz, EUV/EGV Kommentar (C. H. Beck, München, 2003) Art. 43 Rn. 71 ff.; Bröhmer in Calliess/Ruffert, EUV/EGV Kommentar (C. H. Beck, München, 2007) Art. 43 EGV, Rn. 32.

¹⁶ Vgl. z.B. Tietje in Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten (De Gruyter Recht, Berlin, 2005) 307. Bröhmer in Calliess/Ruffert, EUV/EGV Kommentar (C. H. Beck, München, 2007) Art. 43 EGV, Rn. 32.

¹⁷ So heißt es z.B. in § 1 BNotO ausdrücklich, dass der Notar unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes ist.

Die Kommission ist also der Auffassung, dass keine der Tätigkeiten, getrennt betrachtet [sic!] oder alle zusammen, mit denen die Notare in Deutschland befasst sind, eine direkte und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne der Rechtsprechung darstellen.¹⁸

Die Bundesrepublik Deutschland geht hingegen fest davon aus, dass das deutsche Notariat auch im europarechtlichen Sinne öffentliche Gewalt ausübt. Zwar wird die Erwiderung auf die Klageschrift trotz einer Anfrage des Anwaltsnotars *Volker G. Heinz* gemäß Informationsfreiheitsgesetz (IFG) unter Verweis auf § 3 Nr. 1 lit. g IFG mit einer rechtlich sehr fragwürdigen Begründung auch weiterhin geheim gehalten,¹⁹ die Position der Bundesregierung dürfte aber dennoch außer Frage stehen.²⁰ Zudem sind die Hauptargumente, die die Bundesregierung in ihrer Antwort auf das Mahnschreiben der Kommission im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens im März 2001 verfasst hat, bekannt. Hiernach steht es für die Bundesregierung außer Frage, dass Art. 51 AEUV auf das gesamte Notariat anzuwenden ist,²¹ sodass die Klage der Kommission jeglicher Grundlage entbehrt und es der souveränen Entscheidung der Bundesrepublik unterliegt, den Staatsangehörigkeitsvorbehalt aufzuheben oder beizubehalten. Hierzu führt die Bundesregierung unter Berufung auf eine semantische Auslegung des Art. 51 AEUV weiterhin aus, dass es für die Frage, ob die Bereichsausnahme anwendbar sei, nicht darauf ankomme, ob die infrage stehende Tätigkeit nur eigenen Staatsangehörigen anvertraut werden könne. Vielmehr sei die Frage der Ausübung öffentlicher Gewalt davon unabhängig zu beantworten. Desweiteren ist die Bundesregierung der Auffassung, dass es auf Grund des Berufsbildes des Notars nicht möglich sei, seine einzelnen Funktionen gesondert auf ihren hoheitlichen Charakter zu überprüfen. Das Notariat derart zu „atomisieren“ werde seiner Funktion nicht gerecht, so das Argument. Zudem müsse der Bundesregierung zu

¹⁸ ABl. 2008 C 107/16 (vom 26.4.2008), Klage, eingereicht am 12. Februar 2008 – Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Bundesrepublik Deutschland (Rechtssache C-54/08), 17.

Zudem stellt die Kommission darauf ab, das ein Staatsangehörigkeitsvorbehalt, selbst wenn Notare als Träger öffentlicher Gewalt betrachtet werden sollten, heute nicht mehr zeitgemäß ist: *Beim derzeitigen Stand der Integration sei es mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden, eine inhaltliche Rechtfertigung für die Voraussetzung der Staatsangehörigkeit im Zusammenhang mit den Tätigkeiten der Notare zu finden. Keine dieser Tätigkeiten, selbst wenn sie hoheitlich sein sollte [sic!], setze [sic!] das Verhältnis besonderer Verbundenheit mit dem Staat voraus, wie es der Staatsangehörigkeit eigen sei. Ebenso wenig seien diese Tätigkeiten mit dem Risiko verbunden, durch eine Ausübung von Hoheitsbefugnissen und dem Einsatz von staatlichen Machtmitteln Konflikte mit Inländern zu schaffen. Sollte einer solchen Argumentation gefolgt werden, bleibt allerdings der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten ausgeschlossen. Deshalb bliebe ein solches Urteil, für die diesem Artikel zu Grunde liegende Betrachtung, ohne Folgen. Entsprechend werden solchen Positionen der Prozessparteien und in der Literatur nur sehr cursorisch unter C. behandelt.*

¹⁹ Die entsprechenden Schriftsätze inkl. Antwortschreiben sind unter http://www.anwaltsnotariat.de/uploads/mediapool/admin/file/Auskunftsbegehren_RA_Heinz.pdf verfügbar. Auch der Widerspruch gegen den Ablehnungsbescheid wurde kostenpflichtig zurückgewiesen. *Heinz* verzichtete jedoch darauf, den weiteren Rechtsweg zu beschreiten, da seines Erachtens eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung in Berlin im Zweifel nicht vor dem EuGH-Urteil erginge.

²⁰ Vgl. *Zypries*, Der Markt braucht Regeln, wenn er funktionieren soll – Grußwort der Bundesministerin der Justiz, Brigitte Zypries, zur 6. Tagung Berufspolitik am 22. und 23. Januar 2009 in Brüssel, notar 2009, 121, 122. Hier heißt es: „Sie [die ZERP-Studie, Fn. 6] geht zum einen von einer verfehlten juristischen Voraussetzung aus. Das Notariat und die vorsorgende Rechtspflege sind in Deutschland Teil der öffentlichen Gewalt und unterfallen deshalb nicht dem EG-Vertrag.“

So ähnlich auch *Zypries*, Notariat bleibt Aufgabe der öffentlichen Gewalt, Rede der Bundesministerin der Justiz, Brigitte Zypries MdB, beim DAV-Forum Anwaltsnotariat „Das Berufsbild des (Anwalts-)Notars in Gegenwart und Zukunft“ am 6. März 2009, verfügbar unter <http://www.bmj.bund.de>.

²¹ Diese Position wird auch vom EP geteilt. Vgl. hierzu bereits Fn. 4.

Folge der Streitvermeidungsfunktion des Notars als Organ der vorsorgenden Rechtspflege ausreichend Rechnung getragen werden. Es könne nicht angehen, dass eine sehr erfolgreiche Rechtstradition wie die des lateinischen Notariats, die dem angelsächsischen System in vielen Punkten überlegen sei, in Frage gestellt oder beeinträchtigt werde.²² Darüber hinaus hat die ehemalige Bundesministerin der Justiz, Brigitte Zypries, während ihrer Amtszeit in mehreren Reden deutlich gemacht, dass auch die Beurkundungsfunktion des Notariats mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sei.²³ Entsprechend ist davon auszugehen, dass die Bundesregierung in der Klageerwiderung diesen Standpunkt vertreten und weiter ausgeführt hat.²⁴

II. Betrachtung der Rechtslage

Die Auslegung des Begriffes *öffentliche Gewalt* im Sinne des Art. 51 AEUV ist in der Literatur hoch umstritten.²⁵ Dabei ist bereits strittig, ob der Begriff unionsrechtlich vollständig autonom auszulegen oder zumindest der Ausgangspunkt für die Auslegung des Begriffes im nationalen Recht zu suchen ist.²⁶ In der Rechtsprechung sind zwar auf Grund der geringen Zahl einschlägiger Urteile²⁷ nicht alle Fragen abschließend geklärt, es gibt jedoch für die Beantwortung der meisten Fragen Anhaltspunkte, obgleich der EuGH bislang vermieden hat, eine der Subsumption zugängliche und klare Definition des zentralen Begriffes der öffentlichen Gewalt aufzustellen.²⁸

²² Vgl. *Bundesnotarkammer (Uerlings)*, Staatsangehörigkeitsvorbehalt für den Notarberuf – Bundesregierung antwortet EU-Kommission, BNotK Intern 2/2001, 1 f.

²³ Vgl. z.B. Zypries, Notariat bleibt Aufgabe der öffentlichen Gewalt, Rede der Bundesministerin der Justiz, Brigitte Zypries MdB, beim DAV-Forum Anwaltsnotariat „Das Berufsbild des (Anwalts-)Notars in Gegenwart und Zukunft“ am 6. März 2009, verfügbar unter <http://www.bmj.bund.de>.

²⁴ In Zypries, ebenda, heißt es auch ausdrücklich, dass die Bundesregierung ihre „Rechtsansicht jetzt auch vor dem EuGH in Luxemburg“ verteidige.

²⁵ Vgl. *Schlag in Schwarze* (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl. (Nomos, Baden-Baden, 2009) Art. 45 EG Rn. 2; 4 ff.

²⁶ Vgl. *Schlag in Schwarze* (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl. (Nomos, Baden-Baden, 2009) Art. 45 EG Rn. 4; *Fuchs*, Das deutsche Notariat auf dem europarechtlichen Prüfstand – Das Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen des Zugangs zum Notarberuf, ZEuS 2008, 143 (162 ff.) mit einer ausführlichen Auseinandersetzung mit allen im Schrifttum vertretenen Meinungen; *Fleischhauer*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und notarielles Berufsrecht, DNotZ 2002, 325 (357 f.).

Für eine Auslegung zumindest zum Teil nach nationalen Vorgaben spricht sich u.a. *Geiger*, EUV/EGV – Kurzkommentar, 4. Aufl. (C.H. Beck, München, 2004), Art. 45 EG Rn. 3; *Tiedje/Troberg in von der Groeben/Schwarze*, EGV/EGV – Kommentar, 6. Aufl. (Nomos, Baden-Baden, 2003), Art. 45 EG Rn. 5 ff. aus.

²⁷ Vgl. z.B. *Henssler/Kilian*, Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG, EuR 2005, 192 (192); *Bröhmer in Calliess/Ruffert*, EUV/EGV – Kommentar, 3. Aufl. (C.H. Beck, München, 2007) Art. 45 Rn. 8. Für eine Übersicht der Urteilen im Einzelnen vgl. *Schlag in Schwarze* (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl. (Nomos, Baden-Baden, 2009) Art. 45 EG Rn. 8; *Scheuer in Lenz/Borchardt* (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag – Kommentar, 4. Aufl. (Helbing & Lichtenhahn, Basel u.a., 2006) Art. 45 Rn. 4; *Bröhmer in Calliess/Ruffert*, EUV/EGV – Kommentar, 3. Aufl. (C.H. Beck, München, 2007) Art. 45 Rn. 8 ff; *Henssler/Kilian*, Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG, EuR 2005, 192 (198 ff.).

²⁸ Vgl. *Henssler/Kilian*, Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG, EuR 2005, 192 (195).

Allerdings hat GA Mayras im Schlussantrag zu EuGH 2/74 (*Reyner*) folgende Definition geliefert: *Die öffentliche Gewalt entspringt der staatlichen Herrschaftsmacht, dem staatlichen Imperium. Sie beinhaltet für denjenigen, der sie ausübt, die Möglichkeit, dem Bürger gegenüber von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien und Zwangsbefugnissen Gebrauch zu machen.* Da der EuGH im Ergebnis dem Schlussantrag gefolgt ist, kann es gut sein, dass der EuGH seiner Entscheidung diese Definition zu Grunde gelegt hat. Das Verhältnis zwischen Schlussantrag und Urteil offenbart sich in den EuGH-Entscheidungen indes nicht eindeutig, sodass eine abschließende Beurteilung dieser Frage nicht möglich ist.

So hat der EuGH in *Reyners* entschieden, dass der Anwendung der Bereichsausnahme *gemeinschaftsrechtliche Grenzen gesetzt sind*, die verhindern sollen, dass die Niederlassungsfreiheit *durch einseitige Maßnahmen der Mitgliedstaaten ihrer Wirksamkeit beraubt wird*.²⁹ Entsprechend kommt eine rein nationale Auslegung des Begriffs der öffentlichen Gewalt nicht in Betracht. Dennoch überlässt der EuGH den Mitgliedsstaaten einen gewissen Beurteilungsspielraum bei der Klärung des Rechtsbegriffs. So wird auf einer ersten Stufe den Mitgliedsstaaten die Einstufung einer Tätigkeit als Ausübung öffentlicher Gewalt selbst überlassen und erst auf einer zweiten Stufe durch den EuGH überprüft, ob diese Beurteilung die unionsrechtlich zulässigen Spielräume überschreitet.³⁰

a. Ausübung öffentlicher Gewalt

Dabei hat der EuGH allerdings in der Vergangenheit die Mindestvoraussetzungen, die unionsrechtlich an das Kriterium der öffentlichen Gewalt gestellt werden, sehr restriktiv ausgelegt und die Bereichsausnahme des Art. 51 AEUV für die jeweils in Frage stehenden Tätigkeiten bislang noch nie angewendet.³¹ Klar ist, dass von öffentlicher Gewalt nur dann die Rede sein kann, wenn sich dies aus einer funktionalen Betrachtung der ausgeübten Tätigkeit ableitet.³² Voraussetzung ist dabei die *unmittelbare und spezifische Teilnahme* an

²⁹ Vgl. EuGH 2/74 (*Reyners*).

In diese Richtung auch EuGH 147/86 (*Kommission ./. Griechenland*); C-114/97 (*Kommission ./. Spanien*). Vgl. *Scheuer* in *Lenz/Borchardt* (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag – Kommentar, 4. Aufl. (Helbing & Lichtenhahn, Basel u.a., 2006) Art. 45 Rn. 2.

³⁰ Hierzu z.B. EuGH C-42/92 (*Thijssen*). Vgl. auch *Schlag* in *Schwarze* (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl. (Nomos, Baden-Baden, 2009) Art. 45 EG Rn. 4; *Henssler/Kilian*, Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG, EuR 2005, 192 (212).

³¹ Vgl. *Henssler/Kilian*, Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG, EuR 2005, 192 (192 f.). Dass Art. 45 restriktiv auszulegen ist, ergibt sich auch aus der Systematik als Ausnahmetatbestand zur Niederlassungsfreiheit [vgl. z.B. *Scheuer* in *Lenz/Borchardt* (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag – Kommentar, 4. Aufl. (Helbing & Lichtenhahn, Basel u.a., 2006) Art. 45 Rn. 4; *Andresen*, State Tasks of the Public Office of Notary – Belonging to the Domain of National or European Union Law?, *Juridica International* 2009, 157 (160 f.), verfügbar unter http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2009_1_157.pdf; EuGH 2/74 (*Reyner*), Rn. 42 f.] und aus dem Zweck der Vorschrift. So hat die Vorschrift allein die Aufgabe hoheitliche Gewalt, die in die Hände Privater gelegt wurde, zugezogenen Ausländern aus EU-Staaten vorzuenthalten [Vgl. z.B. *Henssler/Kilian*, Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG, EuR 2005, 192 (194)]. Es muss also ein besonderer Grund vorliegen, warum EU-Ausländer die Aufgabe nicht ausüben sollten, d.h. es muss sich um eine Tätigkeit handeln, die einer besonderen staatsbürgerlichen Loyalität bedarf (*Geiger*, EUV/EGV – Kurzkomentar, 4. Aufl. (C.H. Beck, München, 2004), Art. 45 EG Rn. 3). Sind Restriktionen der Dienstleistungsfreiheit aus anderen Gründen sinnvoll, sollte sich die Rechtfertigung nicht sachfremd aus Art. 51 AEUV ergeben. Vielmehr stehen hier die üblichen Kriterien zur Rechtfertigung solcher Beschränkungen zur Verfügung. Zur Rechtfertigung der Restriktionen, die sich aus der deutschen Notariatsverfassung ergeben, vgl. noch C. II. und D.

Einen anderen Zweck des Art. 51 AEUV sieht hingegen *Preuß*, Europarechtliche Probleme der deutschen Notariatsverfassung, *ZEuP* 2005, 291 (305). Er geht davon aus, dass die Norm den mitgliedstaatlichen Organisationsbereich vom Binnenmarkt abgrenzen soll. Insoweit wäre die Anwendbarkeit der Bereichsausnahme immer dann gegeben, wenn die Aufgabe nach dem Willen der Unionsgründer nicht in den Bereich des gemeinsamen Marktes fallen sollte. Ist diese Interpretation aus historischer Sicht vielleicht noch gerechtfertigt, lässt sie sich vor dem Hintergrund der jüngeren EuGH-Rechtsprechung auf dem gesamten Bereich der Grundfreiheiten und des Wettbewerbsrecht wohl kaum noch aufrechterhalten. Hier wird stets auf eine Ausweitung des Anwendungsbereichs hingearbeitet. Auch die Rechtsprechung zu Art. 51 AEUV stellt stets auf einen engen Anwendungsbereich dieser Ausnahmenvorschrift ab. Die Auslegung *Preuß'* würde jedoch zu einem deutlich weiteren Anwendungsbereich führen.

³² Vgl. z.B. *Andresen*, State Tasks of the Public Office of Notary – Belonging to the Domain of National or European Union Law?, *Juridica International* 2009, 157 (160), verfügbar unter http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2009_1_157.pdf.

der Ausübung öffentlicher Gewalt.³³ So impliziert der EuGH z.B. in *Kommission ./. Spanien*³⁴ (private Sicherheitsfirmen) anscheinend, dass Ausübung öffentlicher Gewalt voraussetzt, dass *Zwangsbefugnisse verliehen* wurden.³⁵ In der Literatur und früheren Schlussanträgen wird das Kriterium der Ausübung öffentlicher Gewalt hingegen als die Möglichkeit, von *Sonderrechten, Hoheitsprivilegien und Zwangsbefugnissen* Gebrauch zu machen, verstanden.³⁶ Überwiegend werden diese Kriterien als Alternativen gesehen.³⁷ Bei einer solchen Betrachtung könnten auch weitere Fälle, in denen zwar Sonderrechte, nicht aber Zwangsbefugnisse an Private übertragen wurden, vom Tatbestand erfasst werden. Inwieweit der EuGH jedoch bereit ist, einem solchen weiteren Verständnis zu folgen, ist mehr als fraglich. Würde hingegen vorausgesetzt, dass die in der Literatur aufgeführten Tatbestandsmerkmale für die Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt kumulativ erfüllt sein müssten, würde dies mit der jüngeren EuGH-Rechtsprechung übereinstimmen. Wenn Private das Recht zur Ausübung von Zwangsbefugnissen innehaben, haben sie damit auch stets Hoheitsprivilegien und Sonderrechte, die andere Private nicht haben, sodass die übrigen Kriterien unbeachtlich erscheinen.

Außerdem hat das Gericht klargestellt, dass Hilfstätigkeiten, die der Ausübung von Zwangsmaßnahmen (notwendigerweise) vorgehen, nicht ausreichen, um als Ausübung öffentlicher Gewalt im unionsrechtlichen Sinne gewertet zu werden.³⁸ Desweiteren stellte der EuGH für die Anwendbarkeit des Art. 51 AEUV z.B. im Fall von Hauslehrern oder Privatschulen darauf ab, ob den Mitgliedstaaten durch die Ausübung von Kontrollbefugnissen ausreichende Mittel zur Verfügung stehen, um ihre Interessen in diesem Bereich auch ohne Anwendung der Bereichsausnahme zu wahren.³⁹ Auch in *Thijssen* verfolgt der EuGH im Zusammenhang mit der Zulassung von Wirtschaftsprüfern diese Argumentationslinie und wirft die Frage auf, ob eine Notwendigkeit zur Einführung eines Staatsangehörigkeitsvorbehalts besteht.⁴⁰ Mit anderen Worten entschied der EuGH, dass die Bereichsausnahme nicht weiter reichen dürfe, als dies der Zweck erfordert.⁴¹ Durch diese Einführung eines Verhältnismäßigkeitserfordernisses für die Anwendbarkeit

³³ Vgl. u.a. EuGH C-42/92 (*Thijssen*) Rn. 8; C-451/03 (*Servizi ADC*) Rn. 47; C-114/97 (*Kommission ./. Spanien*) Rn. 35.

³⁴ EuGH C-114/97 (*Kommission ./. Spanien*) Rn. 37 „Die Ausübung dieser Tätigkeit bedeutet nicht, daß den Sicherheitsunternehmen und dem Sicherheitspersonal *Zwangsbefugnisse* verliehen sind. Der bloße Beitrag zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit, zu dem jeder verpflichtet sein kann, stellt nämlich keine Ausübung öffentlicher Gewalt dar.“

³⁵ Vgl. auch *Tiedje/Troberg* in *von der Groeben/Schwarze*, EGV/EGV – Kommentar, 6. Aufl. (Nomos, Baden-Baden, 2003), Art. 45 EG Rn. 9. So hat auch bereits die Kommission das Kriterium der Ausübung öffentlicher Gewalt in einer Stellungnahme zum *Reyners*-Urteil verstanden. Vgl. *Henssler/Kilian*, Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG, EuR 2005, 192 (196).

³⁶ So GA *Mayras*, Schlussantrag zu EuGH 2/74 (*Reyners*); Vgl. *Schlag* in *Schwarze* (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl. (Nomos, Baden-Baden, 2009) Art. 45 EG Rn. 6.

³⁷ Vgl. *Henssler/Kilian*, Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG, EuR 2005, 192 (195 f.).

³⁸ EuGH C-114/97 (*Kommission ./. Spanien*) Rn. 38. So auch schon z.B. EuGH C-42/92 (*Thijssen*) Rn. 21; C-451/03 (*Servizi ADC*) Rn. 47.

³⁹ EuGH 147/86 (*Kommission ./. Griechenland*). Vgl. hierzu auch *Henssler/Kilian*, Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG, EuR 2005, 192 (199).

⁴⁰ Vgl. EuGH C-42/92 (*Thijssen*) Rn. 15.

⁴¹ So z.B. EuGH 2/74 (*Reyners*) Rn. 42. Vgl. auch *Schiller*, Freier Personenverkehr im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit?, EuR 2004, 27 (31) mit Rechtsprechungsnachweis in Fn. 19; *Henssler/Kilian*, Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG, EuR 2005, 192 (194).

von Art. 51 AEUV⁴² hat der EuGH den Anwendungsbereich der Bereichsausnahme durch teleologische Auslegung stark beschränkt.

b. Betrachtung einzelner Aufgaben statt des gesamten Notariats als „Tätigkeit“

Die Klage der Kommission ist gegen die gesamte deutsche Notariatsverfassung gerichtet. Damit wird in Zweifel gezogen, dass überhaupt irgendeine Tätigkeit, die deutsche Notare mit einer gewissen Regelmäßigkeit ausüben,⁴³ eine Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellt. Allerdings ist auch vorstellbar, dass der EuGH abweichend vom Kommissionsvortrag einige Notariatstätigkeiten als Ausübung öffentlicher Gewalt qualifiziert und anderen allerdings diesen Charakter abspricht. In diesem Fall hängt es davon ab, ob die einzelnen Tätigkeitsfelder voneinander trennbar sind.⁴⁴ Dabei erstreckt sich die Bereichsausnahme des Art. 51 AEUV nur auf die Tätigkeiten, die entweder selber *unmittelbar und spezifisch* mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt verbunden sind oder von solchen Tätigkeiten nicht getrennt werden können.⁴⁵ Somit ist klar, dass sich der Begriff „Tätigkeiten“ des Art. 51 AEUV nur auf einzelne, spezifische Aufgaben bezieht und nicht ein Berufsbild als Ganzes erfasst. Leider hat sich der EuGH bislang noch nicht klar dazu geäußert, wie trennbare von untrennbaren Tätigkeiten zu unterscheiden sind.⁴⁶ Im Lichte der gesamten Rechtsprechung zu der Bereichsausnahme kann aber von einer eher engen Auslegung des Untrennbarkeitskriteriums ausgegangen werden.

Entsprechend sind wahrscheinlich die Tätigkeiten von Notaren im Bereich der Übertragung von Liegenschaften klar von ihren Aufgaben im Familienrecht oder Gesellschaftsrecht zu unterscheiden. Insofern unterliegt der Bereich der Dienstleistungen im Rahmen von Grundstücksgeschäften stets den Grundfreiheiten, wenn die in diesem Zusammenhang relevanten Tätigkeiten nicht als Ausübung öffentlicher Gewalt in Sinne des Art. 51 AEUV

⁴² Vgl. *Bröhmer* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV – Kommentar, 3. Aufl. (C.H. Beck, München, 2007) Art. 45 Rn. 5; *Tiedje/Troberg* in *von der Groeben/Schwarze*, EGV/EGV – Kommentar, 6. Aufl. (Nomos, Baden-Baden, 2003), Art. 45 EG, Rn. 11 f. Anders jedoch z.B. *Andresen*, State Tasks of the Public Office of Notary – Belonging to the Domain of National or European Union Law?, *Juridica International* 2009, 157 (161), verfügbar unter http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2009_1_157.pdf, die ein Verhältnismäßigkeitsanfordernis grundsätzlich im Rahmen von Art. 51 AEUV jedoch ohne weitere Begründung ablehnt.

⁴³ Das Kriterium der gewissen Regelmäßigkeit ergibt sich aus EuGH C-405/01 (*Marina Mercante*) und wurde z.B. in EuGH C-47/02 (*Anker*) wiederholt. Dieses Urteil bezieht sich zwar auf die Bereichsausnahme für die Arbeitnehmerfreizügigkeit und ist somit nicht eins zu eins übertragbar. Die *Ratio* dieses Urteils, dass ein Mitgliedsstaat kein berechtigtes Interesse daran hat, eine Tätigkeit seinen Staatsbürgern vorzubehalten, wenn die Tätigkeit nur sehr selten mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist, lässt sich aber wohl, vor allem vor dem Hintergrund der sehr restriktiven Auslegung des Art. 51 AEUV durch den EuGH auch auf diesen übertragen.

⁴⁴ Vgl. *Bröhmer* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV Kommentar (C. H. Beck, München, 2007) Art. 43 EGV Rn. 7.

⁴⁵ Vgl. z.B. *Bröhmer* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV – Kommentar, 3. Aufl. (C.H. Beck, München, 2007) Art. 45 Rn. 2 f.; *Geiger*, EUV/EGV – Kurzkomentar, 4. Aufl. (C.H. Beck, München, 2004), Art. 45 EG Rn. 4; *Bracker* in *Schippel/Bracker* (Hrsg.), Bundesnotarordnung – Kommentar, 8. Aufl. (Verlag Franz Vahlen, München, 2006) § 1, Rn. 8; *Henssler/Kilian*, Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG, *EuR* 2005, 192 (194 f.); *Schill*, Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare und europäische Niederlassungsfreiheit, *NJW* 2007, 2014 (2016); *Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages (Dünkel/Baddenhausen)*, Gemeinschaftsrechtliche Niederlassungsfreiheit und notarielles Berufsrecht in Europa, Nr. 51/06, S. 1 f.; *Stumpf*, Aktuelle Entwicklungen im europäischen Dienstleistungs- und Niederlassungsrecht, *DZWIR* 2006, 99 (100); *Basedow*, Zwischen Amt und Wettbewerb – Perspektiven des Notariats in Europa, *RabelsZ* 1991, 409 (425). Sehr ausführlich dazu auch *Fuchs*, Das deutsche Notariat auf dem europarechtlichen Prüfstand – Das Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen des Zugangs zum Notarberuf, *ZEuS* 2008, 143 (161 f.).

⁴⁶ Vgl. *Henssler/Kilian*, Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG, *EuR* 2005, 192 (195).

zu werten sind.⁴⁷ Da allerdings in erster Linie die Beurkundungsfunktion des Notariats insbesondere im Zusammenhang mit einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung von weiten Teilen der Literatur als hoheitliche Aufgabe verstanden wird und diese auch im Bereich der Grundstücksgeschäfte von Bedeutung ist, kommt es hier auf eine Trennbarkeit voraussichtlich gar nicht an. Anders könnte dies jedoch im Falle einer Trennbarkeit einzelner Aufgaben innerhalb des gleichen Betätigungsfelds ausfallen, wovon zumindest zum Teil auch auszugehen ist.

c. Bewertung der Tätigkeiten des Notariats bei Grundstücksgeschäften

Im Rahmen der Tätigkeiten, die Notare im Zusammenhang mit der Übertragung von Liegenschaften erbringen, kann, wie bereits erwähnt, auch zwischen verschiedenen Aufgabenbereichen unterschieden werden. Hier sind vor allem die Rechtsberatung (1.), die Beurkundung (2.) und die Vollstreckbarkeitsunterwerfung des Schuldners (3.), die zu einer direkten Vollstreckbarkeit von Urkunden führt, von Bedeutung. Zudem ist fraglich, ob diese Tätigkeiten trennbar sind oder ob die Errichtung einer Urkunde zwingend eine vorgelagerte Rechtsberatung bedingt (4.). Hiervon hängt die Frage ab, ob es auch möglich ist, dass nur Teilaufgaben des Notariats im Bereich von Grundstücksgeschäften den Grundfreiheiten unterliegen können oder ob für Beurkundung und Rechtsberatung zwingend eine einheitliche Betrachtung geboten ist. Klar scheint hingegen, dass eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung eine eigene, von der Errichtung einer sonstigen Urkunde getrennte Funktion darstellt. Diese Funktion kann also in jedem Fall gesondert betrachtet werden.

1. Rechtsberatung

Der EuGH hat in der Rechtssache *Reyners*⁴⁸ bereits entschieden, dass Anwälte bei der Erbringung von Rechtsberatung, als Rechtsbeistand und als Prozessvertretung nicht an der Ausübung öffentlicher Gewalt teilnehmen.⁴⁹ Die reine Beratungstätigkeit eines Notars im Rahmen der Übertragung von Liegenschaften unterscheidet sich dabei nicht wesentlich von Rechtsberatungsaufgaben von Anwälten, auch wenn der Notar unparteiisch ist.⁵⁰ Dies wird auch dadurch deutlich, dass die in Rede stehenden Dienstleistungen in einigen europäischen Ländern üblicherweise oder zwingend von Rechtsanwältinnen erbracht werden.⁵¹ Damit ist klar, dass die Rechtsberatung an sich keinen Anspruch auf die Bereichsausnahme des

⁴⁷ Allgemein zu der Frage der Anwendbarkeit der Bereichsausnahme auf Notare vgl. z.B. *Schill*, Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare und europäische Niederlassungsfreiheit, NJW 2007, 2014; *Hirsch*, Die Europäisierung der freien Berufe, DNotZ 2000, 729; *Schiller*, Freier Personenverkehr im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit?, EuR 2004, 27; *Preuß*, Europarechtliche Probleme der deutschen Notariatsverfassung, ZEuP 2005, 291; *Basedow*, Zwischen Amt und Wettbewerb – Perspektiven des Notariats in Europa, RabelsZ 1991, 409.

⁴⁸ Vgl. EuGH C-2/74 (*Reyners*), NJW 1975, 513 (515).

⁴⁹ Vgl. hierzu auch *Tiedje/Troberg* in *von der Groeben/Schwarze*, EGV/EGV – Kommentar, 6. Aufl. (Nomos, Baden-Baden, 2003), Art. 45 EG, Rn. 13.

⁵⁰ Vgl. *Fuchs*, Das deutsche Notariat auf dem europarechtlichen Prüfstand – Das Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen des Zugangs zum Notarberuf, ZEuS 2008, 143 (187).

⁵¹ Vgl. *Schmid*, Legal services in conveyancing: A European comparison, in *Engelbrekt/Nergelius/Elgar*, New Directions in Comparative Law (Edward Elgar Publishing, Cheltenham Glos u.a., 2010, i.E.) 185 (194 ff.) und *Schmid/Pinkel*, Die Regulierung rechtlicher Dienstleistungen bei Grundstücksgeschäften zwischen Wettbewerbs- und Verbraucherschutz, Hanse Law Review (HanseLR) 2007, 5 (11 ff.), verfügbar unter <http://www.hanselawreview.org/pdf5/Vol3No1Art01.pdf>

Art. 51 AEUV erheben kann.⁵² Allerdings könnte die Beratungsfunktion des Notars als integraler Bestandteil der Beurkundung gesehen werden, da Hinweis- und Belehrungspflichten des Notars nur Sinn machen, wenn der Notar auch über die Konsequenzen des Rechtsgeschäfts berät.⁵³ Sollte die Beurkundung als Ausübung von öffentlicher Gewalt gewertet werden, spielt also die Frage der Trennbarkeit dieser Tätigkeiten eine wichtige Rolle.

2. Beurkundung

Die Beurkundungstätigkeit des Notars dient in erster Linie der Beweissicherung und der Einhaltung von Formerfordernissen, die für die Wirksamkeit einiger Rechtsgeschäfte vorgeschrieben sind. Der Notar hat, von der Pflicht zur Prüfung der Gesetzmäßigkeit abgesehen, keinerlei Einfluss auf den Inhalt der von den Parteien abgegebenen Erklärungen, sondern beurkundet diese lediglich in einem gesetzlich vorgegebenen Verfahren durch Erstellung eines entsprechenden Schriftstücks. Die Errichtung der Urkunde selbst stellt nämlich lediglich die Beglaubigung von Tatsachen, die der Errichtende wahrgenommen hat, dar.⁵⁴ Da es sich bei dieser Tätigkeit um keine hoheitliche Aufgabe der klassischen Eingriffsverwaltung handelt⁵⁵ und ein erhebliches Interesse des Mitgliedsstaates, diese Aufgabe nur an Personen zu übertragen, die ein besonderes (staatsbürgerliches) Treuverhältnis mit dem Staat verbindet, nicht ersichtlich ist, dürfte die Anwendbarkeit der entsprechenden Bereichsausnahmen eher zu verneinen sein.⁵⁶

Dem wird jedoch entgegnet, dass die Entscheidung eines Mitgliedstaates, die Rechtswirksamkeit eines bestimmten Rechtsgeschäftes an eine öffentliche Beurkundung zu knüpfen, den Willen zum Ausdruck bringt, dass eine Kontrolle und Rechtsprüfung des Rechtsgeschäftes durch eine staatlich legitimierte Person erfolgt. Eine solche auf Konfliktprophylaxe ausgerichtete Rechtspflege nimmt vorsorgend eine äquivalente Funktion wahr, wie dies Gerichte im Streitfall tun.⁵⁷ Der Vergleich mit der gerichtlichen (*nachsorgenden*) Rechtspflege greift allerdings in vielen Punkten zu kurz. Die reine Rechtmäßigkeitsüberprüfung eines Vorgangs durch eine bestellte Person reicht nach Ansicht des EuGH nämlich noch nicht aus, um öffentliche Gewalt zu begründen. Dies hat

⁵² Vgl. *Fuchs*, Das deutsche Notariat auf dem europarechtlichen Prüfstand – Das Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen des Zugangs zum Notarberuf, ZEuS 2008, 143 (186 f.).

⁵³ So z.B. *Schill*, Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare und europäische Niederlassungsfreiheit, NJW 2007, 2014 (2017).

⁵⁴ Vgl. z.B. *Schiller*, Freier Personenverkehr im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit?, EuR 2004, 27 (45).

⁵⁵ Es wurden also keine Zwangsbefugnisse im klassischen Sinne verliehen.

⁵⁶ In diese Richtung auch z.B. *Tiedje/Troberg* in *von der Groeben/Schwarze*, EGV/EGV – Kommentar, 6. Aufl. (Nomos, Baden-Baden, 2003), Art. 45 EG, Rn. 15.

Stimmen in der Literatur, die die Beurkundung als Ausübung öffentlicher Gewalt ansehen, sind hingegen beispielsweise *Stumpf*, Aktuelle Entwicklungen im europäischen Dienstleistungs- und Niederlassungsrecht, DZWIR 2006, 99 (100 f.).

Auch die Bundesregierung vertritt die Position, dass die Beurkundung mit Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist. Vgl. z.B. *Zypries*, Notariat bleibt Aufgabe der öffentlichen Gewalt, Rede der Bundesministerin der Justiz, Brigitte Zypries MdB, beim DAV-Forum Anwaltsnotariat „Das Berufsbild des (Anwalts-)Notars in Gegenwart und Zukunft“ am 6. März 2009, verfügbar unter <http://www.bmj.bund.de>.

Auch den hoheitlichen Charakter der Notartätigkeit als Ganzes betont die Bundesregierung in ihren Stellungnahmen gegenüber der Europäischen Kommission in den Jahren 1999 und 2000. Dieser Position schließt sich auch die Konferenz der Notariate der Europäischen Union C.N.U.E. an. Vgl. hierzu auch *Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages (Dünkel/Baddenhausen)*, Gemeinschaftsrechtliche Niederlassungsfreiheit und notarielles Berufsrecht in Europa, Nr. 51/06, S. 1 f.

⁵⁷ Vgl. *Preuß*, Europarechtliche Probleme der deutschen Notariatsverfassung, ZEuP 2005, 291 (311 ff.).

der EuGH im Rahmen einer Entscheidung über belgische Wirtschaftsprüfer ganz deutlich klargestellt.⁵⁸ Zudem können Notare, im Gegensatz zu Gerichten, keine Entscheidung gegen den Willen einer der Parteien treffen. Notare haben lediglich die Macht, die Beurkundung auf Grund der festgestellten Rechtswidrigkeit des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts zu verweigern.

Diese Bedenken gegen die Anwendbarkeit des Art. 51 AEUV werden auch dadurch verstärkt, dass im Lichte der Rechtsprechung des EuGH von einer Teilnahme an der öffentlichen Gewalt wohl nicht auszugehen ist, wenn die Vollstreckung eines (notariellen) Aktes des weiteren Gerichtsweges bedarf.⁵⁹ Die Beurkundung erhält zwar auch ohne richterliche Entscheidung ihre Beweiskraft, kann hier sogar für Gerichte eine, wenn auch stark beschränkte,⁶⁰ Bindungswirkung entfalten⁶¹ und führt zum wirksamen Abschluss eines Vertrages, der ein entsprechendes Formerfordernis voraussetzt, eine direkte Zwangsmaßnahme aus einer Urkunde kann jedoch erst nach notariell beurkundeter Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung durch den Schuldner oder durch eine Gerichtsentscheidung erfolgen.

Zum Teil wird jedoch auf diese Bedenken erwidert, dass der EuGH in *Marina Mercante*⁶² auch die Entgegennahme von Testamenten durch spanische Kapitäne als Begründung aufgelistet hat, die prinzipiell dazu geeignet ist, Kapitäne der spanischen Handelsflotte von der Arbeitnehmerfreizügigkeit auszunehmen. Zudem seien in dieser Funktion Parallelen zur Beurkundung zu sehen. Dies ist aber wenig überzeugend.

Zunächst ist schon zweifelhaft, ob diese erbrechtliche Aufgabe wirklich materiell mit der Beurkundung von Grundstückskaufverträgen verglichen werden kann. Zwar bedürfen beide um wirksam zu werden der notariellen Form, die Hintergründe und praktischen Auswirkungen sind aber durchaus verschieden. Zudem ist fraglich, inwieweit der EuGH sich in seiner Entscheidung tatsächlich auf diese Funktion des Kapitäns gestützt hat. Im Kern scheint sich die Begründung des EuGH nämlich auf die polizeilichen Funktionen von Kapitänen zu stützen, sodass in Zweifel zu ziehen ist, dass das Gericht die Teilnahme an der öffentlichen Gewalt schon alleine in dieser Notariatsfunktion gesehen hat. Hinzu

⁵⁸ Vgl. EuGH C-42/92 (*Thijssen*).

⁵⁹ Vgl. *Tiedje/Troberg* in *von der Groeben/Schwarze*, EGV/EGV – Kommentar, 6. Aufl. (Nomos, Baden-Baden, 2003), Art. 45 EG Rn. 9.

⁶⁰ Vgl. *Schiller*, Freier Personenverkehr im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit?, EuR 2004, 27 (46).

⁶¹ Vgl. BVerfGE 73, 280 (294).

In der Rechtssache C-3/88 *Kommission ./. Griechenland* (Kfz-Sachverständige) hat der EuGH jedoch gerade mit dem Argument, dass die Kfz-Sachverständigen die Richter in ihrer freien Beweiswürdigung nicht einschränken, die Teilhabe der Sachverständigen an der öffentlichen Gewalt verneint. Schon in *Reyners* (EuGH 2/74) wurde diese Begründung für Rechtsanwälte bemüht. Im Umkehrschluss könnte man daher annehmen, dass die Beeinflussung des Richters in seiner freien Beweiswürdigung zur Ausübung öffentlicher Gewalt gehört. Dieser, zunächst nahe liegende Schluss, würde jedoch zu kurz greifen. Der EuGH hatte schließlich nicht darüber zu entscheiden, ob bedingte Beeinflussung des Richters in seiner freien Beweiswürdigung ausreicht um öffentliche Gewalt auszuüben. Er hat nur klargestellt, dass die Teilhabe an der öffentlichen Gewalt auf keinen Fall gegeben ist, wenn dem Gericht zur Verfügung gestellte Informationen, diese zwar beeinflussen aber überhaupt nicht binden. Auch bei notariellen Urkunden kann in Deutschland stets der Beweis erbracht werden, dass eine Beurkundung unrichtig ist. Somit ist dem Richter nicht die Letztentscheidung entzogen. Es liegt also lediglich eine Beeinflussung der Gerichtsentscheidung durch die Urkunde vor, die mit der eines Sachverständigengutachtens zumindest bedingt vergleichbar ist, auch wenn sie zugegebenermaßen etwas weiter reicht. Dementsprechend spricht die logische Weiterführung der Rechtsprechung des EuGH Urteils C-3/88 eher dafür, dass zumindest aus der Beweisfunktion der Urkunde, keine hoheitliche Gewalt im Sinne des Art. 51 AEUV erwächst.

⁶² EuGH C-405/01 (*Marina Mercante*).

kommt, dass der EuGH in *Anker*⁶³ streckenweise wortgleich entschieden hat, dass auch deutsche Kapitane grundsätzlich unter die Ausnahmenvorschrift zur Arbeitnehmerfreizügigkeit fallen könnten, obwohl diese keine notariellen Funktionen wahrnehmen. Desweiteren ist anzumerken, dass die hier vorgetragene Entscheidung zur Bereichsausnahme von der Arbeitnehmerfreizügigkeit für Mitarbeiter in der öffentlichen Verwaltung (Art. 45 IV AEUV; Ex Art. 39 IV EG) ergangen ist und sich nicht eins zu eins auf Art. 51 AEUV übertragen lässt. Entsprechend ist der Verweis auf *Marina Mercante* zur Begründung der Anwendbarkeit der Bereichsausnahme für Notare wegen ihrer Beurkundungskompetenz wenig überzeugend.⁶⁴

Außerdem ist auch kein Grund ersichtlich, aus dem eine solche Tätigkeit unbedingt von Staatsbürgern ausgeführt werden muss und es zur Sicherung der legitimen Interessen des Mitgliedstaates⁶⁵ nicht ausreicht, andere Kontrollbefugnisse über die Notare auszuüben. Genau auf eine solche Verhältnismäßigkeitsprüfung hat der EuGH in der Vergangenheit aber abgestellt, um die Anwendbarkeit der Bereichsausnahme zu bejahen. Entsprechend können die Grundfreiheiten sogar Anwendung finden, wenn der EuGH die Beurkundung grundsätzlich als Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des AEUV ansehen sollte. Insoweit ist wohl davon auszugehen, dass der EuGH auch die Beurkundung nicht als Ausübung öffentlicher Gewalt qualifiziert oder zumindest – auf Grund der fehlenden Notwendigkeit eines Staatsangehörigkeitsvorbehaltes für Beurkundungspersonal – nicht unter den Anwendungsbereich des Art. 51 AEUV fasst.⁶⁶

3. Vollstreckbarkeitserklärung von Urkunden

Nach § 794 Nr. 5 ZPO wird eine notariell errichtete Urkunde zum vollstreckbaren Titel, wenn der Notar beglaubigt hat, dass sich der Schuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat. Für die Prüfung, ob diese Tätigkeit die Teilnahme an der öffentlichen Gewalt beinhaltet, dürfte das Kriterium entscheidend sein, ob der Notar die Befugnis innehat, die Vollstreckung seiner Handlung selbst anzuordnen bzw. ob eine gerichtliche Prüfung vor der Anwendung von Zwangsmaßnahmen in der Regel nicht mehr möglich ist.⁶⁷ Eine nachgelagerte Kontrollmöglichkeit reicht nicht aus, um die Teilnahme an der öffentlichen Gewalt abzulehnen.

Stellt ein Notar eine Urkunde aus, in der sich eine Partei freiwillig der Zwangsvollstreckung unterwirft, ist diese direkt vollstreckbar. Somit kann auf Grund der Urkunde und ohne weitere Prüfung unmittelbarer Zwang ausgeübt werden. Hier ist also

⁶³ EuGH C-47/02 (*Anker*).

⁶⁴ Vgl. hierzu ausführlich *Schill*, Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare und europäische Niederlassungsfreiheit, NJW 2007, 2014 (2015 f.).

⁶⁵ Hier ist wohl insbesondere an das reibungslose Funktionieren der (vorsorgenden) Rechtspflege zu denken.

⁶⁶ Im Ergebnis genauso z.B. *Basedow*, Zwischen Amt und Wettbewerb – Perspektiven des Notariats in Europa, RabelsZ 1991, 409 (427 ff.), der allerdings in erster Linie auf die Anerkennung von rechtswirksam abgeschlossenen Verträgen alternativ nach den Formerfordernissen des Geschäftsstatuts oder Ortsrechts im IPR abstellt. Dem entgegenet jedoch *Preuß*, Europarechtliche Probleme der deutschen Notariatsverfassung, ZEuP 2005, 291 (313 ff.), dass sich der Fürsorgeanspruch der deutschen Rechtsordnung nicht über die territorialen Grenzen hinaus erstreckt, sodass keine Rückschlüsse aus Situationen gezogen werden können, in denen sich Parteien, dem Wirkungskreis der deutschen Rechtsordnung zumindest zum Teil entzogen haben.

Anders jedoch z.B. *Fuchs*, Das deutsche Notariat auf dem europarechtlichen Prüfstand – Das Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen des Zugangs zum Notarberuf, ZEuS 2008, 143 (178 ff.); *Hirsch*, Die Europäisierung der freien Berufe, DNotZ 2000, 729 (736).

⁶⁷ Vgl. *Tiedje/Troberg* in *von der Groeben/Schwarze*, EGV/EGV – Kommentar, 6. Aufl. (Nomos, Baden-Baden, 2003), Art. 45 EG Rn. 9.

nach ganz herrschender Meinung von Ausübung öffentlicher Gewalt auszugehen.⁶⁸ Zudem spricht für die Ausübung öffentlicher Gewalt durch den Notar im Rahmen der Zwangsvollstreckungsunterwerfung, dass nach dem *Unibank*-Urteil des EuGH⁶⁹ gemäß Art. 50 EuGVÜ⁷⁰ öffentlich beglaubigte Urkunden⁷¹ wie Urteile anderer europäischer Staaten im EU-Ausland vollstreckt werden können. Durch diese unionsrechtliche Gleichstellung einer öffentlichen, vollstreckbaren Urkunde mit Gerichtsurteilen scheint der EuGH auch die in diesem Rahmen ausgeübte öffentliche Gewalt der Beurkundenden anerkannt zu haben.

Zum Teil wird allerdings auch darauf verwiesen, dass ein Notar keine Möglichkeit hat, eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung ohne die Zustimmung der Vertragsparteien auszufertigen. Damit wird eine Parallele zu der freiwilligen Unterwerfung unter eine Schiedsgerichtsbarkeit gezogen, die nicht als Träger öffentlicher Gewalt gilt. Auf Grund der Freiwilligkeit und einer mit Schiedssprüchen vergleichbaren gerichtlichen Nachkontrolle wird dieser Meinung nach auch die notariell beurkundete Zwangsvollstreckungsunterwerfung nicht als unmittelbare und spezifische Ausübung öffentlicher Gewalt angesehen.⁷²

Zudem stellt sich noch die Frage, ob die Anwendung der Bereichsausnahme von der Dienstleistungs- und der Niederlassungsfreiheit verhältnismäßig ist. Hierbei wird zum Teil ein Vergleich zu dem anwaltlichen Recht zum Abschluss von Prozessvergleichen nach § 1044 b ZPO bemüht.⁷³ Dabei haben Anwälte die Möglichkeit ohne Mitwirkung von Gerichten vollstreckbare Titel zu errichten. In diesem Rahmen wird jedoch auch keine Notwendigkeit gesehen, diese anwaltliche Tätigkeit deutschen Staatsbürgern vorzubehalten. Entsprechend ist die Verhältnismäßigkeit für einen Staatsbürgervorbehalt für Notare wegen deren Recht, vollstreckbare Urkunden mit Zustimmung der Prozessparteien zu errichten, durchaus infrage zu stellen. Wie hier jedoch der EuGH entscheiden wird, ist vor allem vor dem Hintergrund, dass der EuGH bislang noch keine klare Dogmatik zu Art. 51 AEUV und noch keine klare Definition zum Begriff der „Ausübung öffentlicher Gewalt“ entwickelt hat,⁷⁴ hoch spekulativ. Es spricht aber einiges dafür, dass bei dieser Tätigkeit des Notars von der Ausübung öffentlicher Gewalt ausgegangen werden kann und dass diese mit richterlicher Gewalt gleichzusetzen ist, sodass auch eine Anwendung des Art. 51 AEUV geboten zu sein scheint.

⁶⁸ Vgl. *Basedow*, Zwischen Amt und Wettbewerb – Perspektiven des Notariats in Europa, *RabelsZ* 1991, 409 (426); *Tiedje/Troberg* in *von der Groeben/Schwarze*, EGV/EGV – Kommentar, 6. Aufl. (Nomos, Baden-Baden, 2003), Art. 45 EG, Rn. 16; *Preuß*, Europarechtliche Probleme der deutschen Notariatsverfassung, *ZEuP* 2005, 291 (310 f.) mit weiteren Nachweisen in Fn. 15.

⁶⁹ Vgl. EuGH C-260/97 (*Unibank*) Rn. 15 ff.

⁷⁰ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.09.1968. Das Abkommen wurde mit Ausnahme von Dänemark für alle EU-Staaten 2002 durch die Verordnung des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, 44/2001/EG (EuGVVO oder Brüssel-I-Verordnung) ersetzt.

⁷¹ Unter öffentlich beglaubigten Urkunden versteht der EuGH in diesem Sinne Beglaubigungen, die sich auf den Inhalt und nicht nur auf die Unterschrift beziehen, die nach nationalem Recht direkt und ohne weitere Prüfung vollstreckbar sind und die von einer Behörde erstellt wurden.

⁷² Vgl. z.B. *Schiller*, Freier Personenverkehr im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit?, *EuR* 2004, 27 (46 f.).

⁷³ *Tiedje/Troberg* in *von der Groeben/Schwarze*, EGV/EGV – Kommentar, 6. Aufl. (Nomos, Baden-Baden, 2003), Art. 45 EG, Rn. 16.

⁷⁴ Vgl. *Henssler/Kilian*, Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG, *EuR* 2005, 192 (197 f.).

4. Trennbarkeit der Rechtsberatung und Beurkundung

Ob Rechtsberatung und die Errichtung von Urkunden voneinander getrennt werden können, ist in der Literatur umstritten.⁷⁵ Von einer Trennbarkeit ist aber zumindest dann auszugehen, wenn die Rechtsberatung unabhängig von einem Beurkundungsvorgang erfolgt. Diese Situation ist allerdings für Grundstücksgeschäfte in der Regel nicht von Bedeutung und soll deshalb in diesem Rahmen auch nicht weiter erörtert werden.⁷⁶

Zum Teil wird allerdings hervorgehoben, dass, wenn sich die Rechtsberatung auf die Errichtung einer Urkunde bezieht, Beratung und Beurkundung untrennbar miteinander verbunden seien, da es nicht nur Aufgabe des Notariats sei, den in den Äußerungen der Vertragsparteien zum Ausdruck kommenden Willen zu beurkunden, sondern auch deren wirklichen Willen zu beglaubigen. Dieser liegt aber oftmals weit von dem entfernt, was die Parteien selbst mündlich oder auch schriftlich formulieren. Außerdem wissen die Parteien oftmals nicht, welche Vereinbarungen für sie nach geltendem Recht vorteilhaft sind. Insoweit hat der Notar auch die Aufgabe, den Willen der Parteien zu erkunden und zu formen. Erst dann kann die Urkunde erstellt, das heißt der Wille der Parteien in die Rechtssprache übersetzt werden. Nur so spiegelt die Urkunde den wirklichen Willen der Parteien wieder. Ohne diesen vorgelagerten Prozess, der integraler Teil der Rechtsberatungsfunktion des Notariats ist, kann dieser Auffassung zufolge die Beurkundung nicht durchgeführt werden.⁷⁷

Der EuGH stellt jedoch an die Untrennbarkeit von Tätigkeiten hohe Anforderungen.⁷⁸ Klar ist allerdings auch, dass eine eindeutige Trennung zwischen Erstellung der Urkunde und Beratung der Parteien oftmals nicht möglich ist. Theoretisch spricht allerdings auch nichts dagegen, dass Beratungstätigkeiten im Voraus durch eine andere Berufsgruppe oder einen ausländischen Notar erbracht werden und der deutsche Notar nur noch den Willen der Parteien ergründet, der allerdings auch durch die vorgelagerte Rechtsberatung schon in Rechtssprache gefasst sein kann, und diesen beurkundet. Insoweit könnte es geboten sein, beide Tätigkeiten preislich getrennt auszuweisen und für die Beratungstätigkeit auf Notarszwang zu verzichten. Ein solcher Schritt dürfte aber in der Praxis keine große Bedeutung haben, da durch die Einschaltung eines weiteren Experten in der Regel unnötige zusätzliche Kosten entstünden.

III. Notardienstleistungen als Teil der Daseinsvorsorge

Zum Teil wird in der Literatur auch darauf verwiesen, dass Notariatsdienstleistungen zur Daseinsvorsorge gehören, also Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem

⁷⁵ Für eine getrennte Betrachtung von Rechtsberatung durch Notare und anderen Aufgaben der Notariate vgl. z.B. *Schlag in Schwarze* (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl. (Nomos, Baden-Baden, 2009) Art. 45 EG Rn. 8; *Fröhlinger*, Vortrag im Rahmen der 3. Tagung Berufspolitik des Deutschen Notariats (Das Notariat in Europa), 24. und 25.01.2003 in Brüssel, Zusammenfassung, notar 2003, 9 (9).

Gegen eine Trennbarkeit, wenn die Beratung auf die Beurkundung gerichtet ist hingegen u.a. *Hirsch*, Die Europäisierung der freien Berufe, DNotZ 2000, 729 (736); *Fuchs*, Das deutsche Notariat auf dem europarechtlichen Prüfstand – Das Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen des Zugangs zum Notarberuf, ZEuS 2008, 143 (188 ff.); *Schill*, Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare und europäische Niederlassungsfreiheit, NJW 2007, 2014 (2017).

⁷⁶ Vgl. *Fuchs*, Das deutsche Notariat auf dem europarechtlichen Prüfstand – Das Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen des Zugangs zum Notarberuf, ZEuS 2008, 143 (189).

⁷⁷ Vgl. z.B. EP-Parlamentarier *Lechner*, Vortrag im Rahmen der 3. Tagung Berufspolitik des Deutschen Notariats (Das Notariat in Europa), 24. und 25.01.2003 in Brüssel, notar 2003, 2 (3).

⁷⁸ Vgl. EuGH 2/74 (*Reyners*) Rn. 46 ff.

Interesse sind.⁷⁹ Diese Dienstleistungen können vom Anwendungsbereich des AEUV vollständig ausgeschlossen sein. Eine entsprechende Regelung befindet sich systematisch wenig glücklich in Titel VII, Kapitel 1 AEUV (Wettbewerbsregeln). So heißt es in Art. 106 II AEUV (Ex Art. 86 II EG):

Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften der Verträge, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Union zuwiderläuft.

Allerdings ist kaum vorstellbar, dass die Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit Notare rechtlich oder tatsächlich daran hindern wird, die Ihnen zugewiesenen Aufgaben zu erfüllen. Bestünde tatsächlich diese Gefahr, wären Regelungen, die dies verhindern, auch im Rahmen der Grundfreiheiten zu rechtfertigen. Insoweit kann Art. 106 II AEUV keine weitere, eigenständige Bedeutung in diesem Kontext zukommen. Um die Notare allgemein von dem Wirkungsbereich des AEUV auszunehmen, wird die Regelung jedenfalls nicht dienen können.

IV. Bewertung

Liest man die Urteile des EuGH aufmerksam, scheint der EuGH für die Anwendung des Art. 51 AEUV durch teleologische Auslegung ein weiteres Tatbestandsmerkmal geschaffen zu haben. So muss nämlich die Anwendung der Bereichsausnahme für die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit erforderlich, d.h. nach den Vorgaben des Verhältnismäßigkeitsprinzips gerechtfertigt sein.⁸⁰ Dabei kann diese Tatbestandsvoraussetzung auch in das Merkmal der Ausübung öffentlicher Gewalt hinein gelesen werden. So wäre vorstellbar, dass öffentliche Gewalt im europarechtlichen Sinne nur dann ausgeübt wird, wenn es verhältnismäßig ist, dass die entsprechende Tätigkeit Staatsbürgern vorbehalten wird, für die Tätigkeit also ein besonderes Treueverhältnis erforderlich ist. Um die dogmatische Klarheit zu verbessern, ist es jedoch wünschenswert, diese Kriterien deutlich voneinander zu trennen.

Im Ergebnis folgt auch die Kommission dieser Rechtsauffassung,⁸¹ während jedoch die Bundesregierung in ihren Stellungnahmen ausdrücklich davon ausgeht, dass es nicht erforderlich ist, dass die Tätigkeiten des Notars eine besondere Staatsbürgertreue voraussetzt, um die Anwendbarkeit des Art. 51 AEUV zu begründen. Entsprechend geht die Bundesregierung in ihrer Argumentation – zumindest soweit diese bekannt ist – auch nur auf die Frage ein, warum die Notare ihres Erachtens nach Träger öffentlicher Gewalt

⁷⁹ Vgl. z.B. *Lechner*, Vortrag im Rahmen der 3. Tagung Berufspolitik des Deutschen Notariats (Das Notariat in Europa), 24. und 25.01.2003 in Brüssel, notar 2003, 2 (5); *Fleischhauer*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und notarielles Berufsrecht, DNotZ 2002, 325 (346 ff.).

⁸⁰ Vgl. *Bröhmer* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV – Kommentar, 3. Aufl. (C.H. Beck, München, 2007) Art. 45 Rn. 5; *Tiedje/Troberg* in *von der Groeben/Schwarze*, EGV/EGV – Kommentar, 6. Aufl. (Nomos, Baden-Baden, 2003), Art. 45 EG, Rn. 11 f.

⁸¹ Vgl. *Preuß*, Europarechtliche Probleme der deutschen Notariatsverfassung, ZEuP 2005, 291 (297 f.).

sind.⁸² Diese Position ist aber, nimmt man die EuGH-Rechtsprechung ernst, zu kurz gegriffen.

Im Ergebnis hat die Klage der Kommission also sehr gute Erfolgsaussichten, zumindest wenn man der hier vertretenen mehrstufigen Prüfung des Art. 51 AEUV folgt, bei der überdies noch die einzelnen Tätigkeiten getrennt auf ihren hoheitlichen Charakter zu untersuchen sind. So ist es für fast alle Tätigkeiten des Notariats im Lichte der EuGH-Rechtsprechung, die die Bereichsausnahme des Art. 51 AEUV bislang noch nie zur Anwendung gebracht hat, schon sehr fraglich, ob es europarechtlich für einen Mitgliedstaat noch zulässig wäre, diese Notariatstätigkeiten als Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt zu qualifizieren oder ob eine solche Qualifikation die durch den EuGH gesetzten Grenzen der Auslegung des Begriffs *öffentliche Gewalt* im Sinne des Art. 51 AEUV überschreitet. Sollte der EuGH aber zum Teil im Ergebnis die Teilnahme des Notars an der Ausübung öffentlicher Gewalt bejahen, sind keine Gründe ersichtlich, die die Anwendung der Bereichsausnahme verhältnismäßig erscheinen lassen.⁸³ Lediglich für die Vollstreckbarkeitserklärung von Urkunden ist eine Anwendung des Art. 51 AEUV gut zu vertreten. Im Rahmen eines immer weiter zusammenwachsenden Europas, das im Internationalen Zivilverfahrensrecht die Anerkennung vollstreckbarer Titel anderer Mitgliedstaaten regelmäßig ohne nationale gerichtliche Kontrolle zulässt, ist allerdings auch in Zweifel zu ziehen, dass es verhältnismäßig ist, nichtdeutsche Unionsbürger von dieser Tätigkeit grundsätzlich auszuschließen. Dementsprechend ist auch hier gut vorstellbar, dass eine Berufung auf die Bereichsausnahme ausscheidet. Also müssen sich alle anderen Beschränkungen der Grundfreiheiten systemimmanent rechtfertigen.

C. Auswirkungen

Im Folgenden sollen die Auswirkungen verschiedener Entscheidungsalternativen des EuGH in der Rechtssache *Kommission ./. Deutschland* (C-54/08) untersucht werden. Zunächst wäre dabei grundsätzlich vorstellbar, wenn auch eher unwahrscheinlich, dass die Klage der Kommission vollständig abgewiesen wird. In diesem Fall würden es Bemühungen in Deutschland, die Notariatsverfassung zu reformieren, noch schwerer haben, da es keinen (potentiellen) europarechtlichen Druck mehr gäbe. Grundlegende Änderungen der Notariatsverfassung wären dann in Deutschland nicht so schnell zu erwarten.

Ähnlich sieht die Situation wahrscheinlich aus, wenn Art. 51 AEUV in einer neuartigen Weise nur teilweise zur Anwendung käme. Nach dieser Ansicht soll nicht nur eine Alles-oder-nichts-Entscheidung möglich sein, sondern es soll auch die Möglichkeit bestehen, dass Art. 49 AEUV nur den Staatsbürgervorbehalt für nicht zulässig erklärt, darüber hinaus aber standesrechtliche Regulierungen der Nationalstaaten unangetastet bleiben, da diese sich auf die Bereichsausnahme des Art. 51 AEUV berufen können sollten.⁸⁴ Dies wäre beispielsweise im Rahmen einer teleologischen Reduktion des Artikels möglich. Eine

⁸² So z.B. *Zypries*, Notariat bleibt Aufgabe der öffentlichen Gewalt, Rede der Bundesministerin der Justiz, Brigitte Zypries MdB, beim DAV-Forum Anwaltsnotariat „Das Berufsbild des (Anwalts-)Notars in Gegenwart und Zukunft“ am 6. März 2009, verfügbar unter <http://www.bmj.bund.de>.

⁸³ Ausführlich gegen das Vorliegen eines solchen Grundes z.B. *Schill*, Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare und europäische Niederlassungsfreiheit, NJW 2007, 2014 (2017 f.).

⁸⁴ Vgl. EP-Parlamentarier *Lechner*, Vortrag im Rahmen der 3. Tagung Berufspolitik des Deutschen Notariats (Das Notariat in Europa), 24. und 25.01.2003 in Brüssel, notar 2003, 2 (4). Ähnlich argumentiert die Kommission auch hilfsweise in ihrer Klageschrift gegen Deutschland. Vgl. hierzu bereits Fn. 18.

solche neuartige Auslegung ist allerdings nicht sehr wahrscheinlich, da *de lege lata* zumindest einige Tätigkeiten eines Notars nicht unter die Bereichsausnahme fallen und der EuGH deswegen wohl kaum bereit sein dürfte, den Anwendungsbereich der Grundfreiheit neuartig einzuschränken. Aus diesem Grund soll hier auch die vorstehende Position nicht ausführlicher erörtert werden. Käme es aber dennoch zu einem derartigen Urteil, wären die Auswirkungen auf die deutsche Notariatsverfassung überschaubar. Lediglich eine Änderung des § 5 BNotO wäre in diesem Fall unumgänglich.

Anders sieht es hingegen aus, wenn der EuGH der Kommission im vollen Umfang Recht gibt. Dann wäre klar, dass die Niederlassungsfreiheit grundsätzlich auf das Notariat Anwendung findet und alle Regulierungen des Notariats europarechtlich zu rechtfertigen sind. Zudem wäre dann sicher, dass nicht nur die Niederlassungsfreiheit des Art. 49 AEUV (Ex Art. 43 EG), der die dauerhafte selbstständige Erwerbstätigkeit eines Unionsbürgers in einem anderen EU-Mitgliedsstaat schützt,⁸⁵ zu Anwendung käme, sondern auch der Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit⁸⁶ des Art. 56 AEUV (Ex Art. 49 EG), der die grenzüberschreitende Erbringung und den grenzüberschreitenden Empfang von Dienstleistungen innerhalb der EU garantiert,⁸⁷ grundsätzlich eröffnet wäre. Nach Art. 63 AEUV (Ex Art. 55 EG) wird nämlich Art. 51 AEUV auch für den Bereich der Dienstleistungsfreiheit für entsprechend anwendbar erklärt. Findet die Vorschrift jedoch im Bereich der Niederlassungsfreiheit keine Anwendung, wird sie auch für die Dienstleistungsfreiheit keine Bereichsausnahme begründen können. Damit verlöre Deutschland seine Deutungshoheit, welche wettbewerbs-, grundfreiheits- und grundrechtsbeschränkenden Regelungen der Notariatsverfassung angemessen und verhältnismäßig sind. Die Letztentscheidung läge dann – zumindest in Fällen mit grenzüberschreitendem Bezug – beim EuGH.⁸⁸ Natürlich stünde es dem deutschen Gesetzgeber dann immer noch frei, seine Notariatsverfassung noch weiter zu deregulieren, als dies der EuGH fordert.

I. Beschränkungen der Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit durch die Deutsche Notariatsverfassung

Ging der EuGH in der Frühzeit seiner Rechtsprechung noch davon aus, dass die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit lediglich jede direkte und indirekte Diskriminierung von Unionsbürgern gegenüber eigenen Staatsangehörigen verböte,⁸⁹ weitete er seine Rechtsprechung in den 90-er-Jahren noch deutlich aus. So entschied das oberste Gericht der EU zunächst in der Rechtssache *Krause*, dass die Niederlassungsfreiheit

⁸⁵ Vgl. Müller-Graff in Streinz, EUV/EGV Kommentar (C. H. Beck, München, 2003) Art. 43 EGV Rn. 10 ff.; Bröhmer in Callies/Ruffert, EUV/EGV Kommentar (C. H. Beck, München, 2007) Art. 43 EGV, Rn. 5 ff.; Barnard, The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms (Oxford University Press, Oxford 2004), 330 ff.

⁸⁶ Zur Dienstleistungsfreiheit und ihrer Anwendbarkeit auf Notar, sollte die Bereichsausnahme nicht greifen, ausführlich z.B. Fuchs, Das deutsche Notariat auf dem europarechtlichen Prüfstand – Das Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen des Zugangs zum Notarberuf, ZEuS 2008, 143 (149 ff.).

⁸⁷ Vgl. Müller-Graff in Streinz, EUV/EGV Kommentar (C. H. Beck, München, 2003) Art. 49 EGV, Rn. 14 ff.; Barnard, The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms (Oxford University Press, Oxford 2004) 291 ff.

⁸⁸ Vgl. EP-Parlamentarier Lechner, Vortrag im Rahmen der 3. Tagung Berufspolitik des Deutschen Notariats (Das Notariat in Europa), 24. und 25.01.2003 in Brüssel, notar 2003, 2 (5).

⁸⁹ Vgl. hierzu z.B. Barnard, The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms (Oxford University Press, Oxford, 2004) 295 ff.

wie zuvor schon die Warenverkehrsfreiheit als reines Beschränkungsverbot verstanden werden muss.⁹⁰

*Daher stehen die Artikel 48 [EWGV; Art. 39 EG; Art. 45 AEUV] und 52 [EWGV; Art. 43 EG; Art. 49 AEUV] jeder nationalen Regelung über die Voraussetzungen für die Führung eines in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen ergänzenden akademischen Grades entgegen, die zwar ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit anwendbar ist, die aber geeignet ist, die Ausübung der durch den EWG-Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten durch die Gemeinschaftsangehörigen einschließlich der Staatsangehörigen des Mitgliedstaats, der die Regelung erlassen hat, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.*⁹¹

In *Gebhard* erstreckte der EuGH diese Rechtsprechung auch auf die Dienstleistungsfreiheit.⁹² Dementsprechend ist klar, dass viele – wenn nicht gar fast alle – standesrechtlichen Regelungen der Deutschen Notariatsverfassung Beschränkungen der Grundfreiheiten im Sinne der EuGH-Rechtsprechung darstellen. Dabei ist nicht nur an den Staatsangehörigkeitsvorbehalt, sondern auch an die Pflicht, einen Notar einzuschalten (Notarzwang), und die Festlegung der Notare auf ihren Amtssitz, zu denken. Auch die festgelegten Gebührensätze werden wohl als Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit gewertet werden, da gesetzlich festgelegte Preise es neuen Marktteilnehmern zumindest erschweren, sich zu etablieren. Ihnen wird nämlich die Möglichkeit genommen, durch Kampfpfeile Marktanteile zu gewinnen.⁹³ Darüber hinaus erschwert auch die Bedarfsplanung verbunden mit dem *numerus clausus* die Niederlassung und macht das Verbot, gleichzeitig eine andere berufliche Tätigkeit auszuüben, das Notariat zumindest weniger attraktiv, um nur einige Beispiele zu nennen.⁹⁴

II. Rechtfertigung der Notariatsverfassung mit dem Schutz der geordneten (vorsorgenden) Rechtspflege

Nicht unmittelbar diskriminierende Maßnahmen können aber durch *zwingende Gründe des Allgemeinwohls* gerechtfertigt werden.⁹⁵ In *Gebhard* fasst der EuGH die Voraussetzungen, unter denen eine Maßnahme eines Mitgliedsstaates gerechtfertigt ist, wie folgt zusammen:

*Sie müssen in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist.*⁹⁶

In *Reisebüro Broede* hat der EuGH zudem entschieden, dass die **Funktionsfähigkeit der Rechtspflege** an sich bereits ein zwingender Grund des Allgemeininteresses darstellt, der

⁹⁰ Vgl. *Fuchs*, Das deutsche Notariat auf dem europarechtlichen Prüfstand – Das Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen des Zugangs zum Notarberuf, ZEuS 2008, 143 (148).

⁹¹ EuGH C-19/92 (*Kraus*) Rn. 32.

⁹² Vgl. EuGH C-55/94 (*Gebhard*) Rn. 37.

⁹³ Vgl. EuGH C-94/04 (*Cipolla*) und C-202/04 (*Meloni*), der Mindestgebühren für Anwälte in Italien als grundfreiheitsbeschränkend ansah.

⁹⁴ Zu den grundfreiheitsbeschränkenden Regelungen im deutschen Recht vgl. auch z.B. *Fuchs*, Das deutsche Notariat auf dem europarechtlichen Prüfstand – Das Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen des Zugangs zum Notarberuf, ZEuS 2008, 143 (149); *Schill*, Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare und europäische Niederlassungsfreiheit, NJW 2007, 2014 (2014 f.).

⁹⁵ Vgl. EuGH C-76/90 (*Saeger*) zur Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit auf Grund zwingender Gründe des Allgemeinwohls.

⁹⁶ EuGH C-44/94 (*Gebhard*).

eine nichtdiskriminierende Beschränkung der Dienst- und Niederlassungsfreiheit rechtfertigen kann.⁹⁷ Weiter führt er im Zusammenhang mit Gebührenordnungen für Anwälte im Fall *Cipolla* aus, dass der Schutz zum einen der Verbraucher, unter anderem der Empfänger gerichtsbezogener, von Organen der Rechtspflege erbrachter Dienstleistungen, und zum anderen einer **geordneten Rechtspflege** Ziele darstellen, die als zwingende Gründe des Allgemeininteresses angesehen werden können und mit denen sich eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehr rechtfertigen lässt.⁹⁸ Dabei fordert er jedoch auch, wie in *Gebhard*, dass die einzelne in Frage stehende Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dazu geeignet sein muss, dem Ziel – also der geordneten Rechtspflege – zu dienen und zum anderen nicht über das zur Erreichung dieses Ziels Erforderliche hinausgehen darf.⁹⁹

Allerdings kann wohl kaum davon ausgegangen werden, dass alle Reglementierungen des deutschen Notariatswesens zum optimalen Funktionieren der vorsorgenden Rechtspflege wirklich benötigt werden und immer verhältnismäßig sind. In einigen Fällen steht den Beschränkungen sogar entgegen, dass zumindest bei einer beschränkten Liberalisierung das Interesse an einer geordneten Rechtspflege besser erfüllt werden könnte. So ist z.B. ein deutscher Notar oftmals besser in der Lage, Familien- und Erbsachen für deutsche Klienten auf Mallorca zu erledigen als sein spanischer Kollege. Auch wäre es oftmals hilfreich, wenn ein einziger Notar in grenzüberschreitenden Geschäften alle notwendige Urkunden erstellen könnte, sofern er die notwendigen Qualifikationen in den jeweiligen Rechtsordnungen erworben hat. Entsprechend kann es z.B. im Rahmen eines großen Grundstücksgeschäfts möglich sein, dass zur Finanzierung des Kaufs eines deutschen Grundstückes eine Sicherheitshypothek auf ein französisches Grundstück aufgenommen werden soll. Hier nur einen Notar einzuschalten, der sich sowohl im deutschen als auch im französischen Recht auskennt, wäre sicherlich auch für das bestmögliche Funktionieren der vorsorgenden Rechtspflege hilfreich.¹⁰⁰

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass ein qualitativ hochwertiges System der vorsorgenden Rechtspflege einen Wert an sich darstellt. Dieser ist auch in der europarechtlichen Bewertung ausreichend zu würdigen. Eine solche Berücksichtigung kann aber durch die Anerkennung der geordneten Rechtspflege als zwingenden Grund des Allgemeininteresses in ausreichendem Maße geschehen. Dennoch reicht dieses Argument alleine nicht aus, um alle Beschränkungen *per se* zu rechtfertigen. Vielmehr muss in jedem einzelnen Fall untersucht werden, inwieweit eine Regelung für das Funktionieren der Rechtspflege notwendig ist und inwieweit durch andere Regelungen bessere Ergebnisse erreicht werden können, ohne das System insgesamt zu gefährden. Deshalb wird auch dieser Rechtfertigungsgrund alleine noch nicht ausreichen, die deutsche Notariatsverfassung als Ganzes europarechtlich zu billigen, wenn die Grundfreiheiten auch auf Notardienstleistungen Anwendung finden sollten.

⁹⁷ EuGH C-3/95 (*Reisebüro Broede*) Rn. 31.

⁹⁸ EuGH C-94/04 (*Cipolla*) und C-202/04 (*Meloni*) Rn. 64.

⁹⁹ EuGH C-94/04 (*Cipolla*) und C-202/04 (*Meloni*) Rn. 64.

¹⁰⁰ Vgl. *Heinz*, Auf dem Weg zum Europäischen Notariat? – Vortrag auf dem 58. Deutschen Anwaltstag in Mannheim am 17.05.2007, 4 f., verfügbar unter http://www.notaries.org.uk/eu-notariat/files/page75_2.pdf.

D. Beispielhafte Bewertung der Zulässigkeit von Beschränkungen¹⁰¹

Von den nicht unmittelbar diskriminierenden Maßnahmen, die durch *zwingende Gründe des Allgemeinwohls* gerechtfertigt werden können,¹⁰² sind für die Übertragung von Liegenschaften vor allem der Notarzwang (I.) und die feste Gebührenordnung (II.) relevant.

I. Notarzwang

Die Pflicht, einen Notar einzuschalten, wird in erster Linie mit den folgenden Argumenten begründet: Es sollen die Vertragsparteien, insbesondere Verbraucher, durch angemessene rechtliche Beratung vor unüberlegten Vertragsabschlüssen (a.), aber auch vor der Inanspruchnahme von für sie zu teuren, unnötigen juristischen Dienstleistungen geschützt (b.), die Eintragung ins Grundbuch vorüberwacht (c.) sowie die Rechtmäßigkeit von Eigentumsübertragungen im Partei- und Allgemeininteresse überprüft (d.) werden. Besonders die beiden letzteren Punkte spiegeln auch das Interesse an einer geordneten Rechtspflege wider. Eine gesonderte Untersuchung dieser Begründung ist somit entbehrlich.

All diese Gründe für eine Beschränkung der Grundfreiheiten kommen auch grundsätzlich als zwingende Gründe des Allgemeinwohls in Betracht und bedürfen deshalb einer genaueren Untersuchung, um zu klären, inwieweit der Notariatszwang im Rahmen von Grundstücksgeschäften europarechtlich zulässig ist. Hinzu kommt, dass in der rechtsökonomischen Literatur Notariatsdienstleistungen oftmals auch als öffentliche Güter angesehen werden, die entsprechend positive externe Effekte erzielen. Vor diesem Hintergrund ist auch zu untersuchen, ob es auf einem freieren Markt für juristische Dienstleistungen bei der Übertragung von Liegenschaften wirklich zu einem für den gesamtgesellschaftlichen Nutzen suboptimalen Unterangebot der entsprechenden Dienstleistungen kommen könnte, da ein solches Marktversagen auch europarechtlich einen staatlichen Eingriff rechtfertigen würde (e.).

a. Verbraucherschutz durch verpflichtende Beteiligung der Notare

Da in Deutschland der Notar bereits bei der Vertragserstellung beteiligt ist, ist durch diese Vorschrift sichergestellt, dass jede Vertragspartei rechtlich beraten wird, bevor ein bindender Kaufvertrag über eine Liegenschaft zustande kommt. Allerdings unterrichten Notare die Vertragsparteien nicht über bestimmte rechtlich relevante Fragen, die lediglich im Kontext eines Vertrages entstehen, wie z.B. die Möglichkeit, eine geplante Baumaßnahme auf Grund bauplanungsrechtlicher Vorschriften auf dem zum Verkauf stehenden Grundstück durchzuführen.

Zudem ist es nicht einzusehen, warum informierte Verbraucher zu ihrem Schutz stets rechtlicher Beratung bedürfen. Länder wie Österreich und Schweden zeigen, dass es Verbrauchern durchaus möglich ist, unter Rückgriff auf Formverträge die rechtlichen

¹⁰¹ Dieser Teil des Aufsatzes bezieht sich maßgeblich auf die Studie „Conveyancing Services Regulation“, die das ZERP im Auftrag der Europäischen Kommission, General Direktion Wettbewerb, koordiniert hat. (Vgl. ZERP-Studie Fn. 6). Zur Wahrung der Übersichtlichkeit wird auf Verweise auf die Studie im nachfolgenden Teil im Einzelnen verzichtet. Dennoch sind die in diesem Beitrag vertretenen Auffassungen ausschließlich die der Autoren und entsprechen nicht notwendigerweise der Meinung des Forscherkonsortiums, das mit der Studie beauftragt war.

¹⁰² Vgl. EuGH C-76/90 (*Saeger*) zur Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit auf Grund zwingender Gründe des Allgemeinwohls.

Fragen selber zu klären und auch die Eintragung im Grundbuch auf eigenen Antrag zu veranlassen. Vor allem in Fällen, in denen Grundstücke zwischen Familienangehörigen übertragen werden, mag eine rechtliche Beratung, die lediglich zusätzliche Kosten verursacht, entbehrlich sein.

Selbst wenn entgegen der hier vorgetragene Position vertreten würde, dass eine verpflichtende Rechtsberatung vor dem Abschluss von Grundstückskaufverträgen zum Schutz der Verbraucher unbedingt notwendig ist, erscheint es unbegründet, die verpflichtende Beteiligung eines Juristen bei Grundstücksverkäufen im geschäftlichen Bereich anzuordnen. Besonders in Fällen, in denen der Kaufvertrag bereits im Vorfeld durch Unternehmensjuristen oder Anwälte der Vertragsparteien ausgehandelt wurde, stellen Pflichten des Notares im Rahmen der Übertragung von Liegenschaften, wie das Vorlesen des Kaufvertrages, lediglich eine zusätzliche, bürokratische Belastung dar und verursachen unnötige zusätzliche Kosten, ohne dass sie in irgendeiner Weise zum weiteren Schutz der Vertragsparteien beitragen.

Schließlich wird deutlich, dass, selbst wenn eine Notwendigkeit besteht, rechtliche Experten in die Erstellung eines Grundstückskaufvertrages einzubeziehen, dies keinesfalls ein Notar sein muss. Genauso geeignet ist in den meisten Fällen ein Anwalt oder ein anderer Rechtsexperte auf dem Gebiet. Insoweit erscheint die verpflichtende Einschaltung von Notaren nicht proportional zur Erreichung des Zieles, die Vertragsparteien vor ungünstigen oder unüberlegten Vertragsabschlüssen zu schützen.

b. *Moral hazard* und *supplier-induced demand*

Auf Grund der Informationsasymmetrie zwischen Notaren und Kunden, die dazu führt, dass der Kunde regelmäßig nicht in der Lage ist, die Qualität der Notariatsdienstleistung zu beurteilen, können Kunden auch nicht beurteilen, ob ein Notar ihnen qualitativ unnötig hochwertige oder sogar für ihn völlig entbehrliche Dienstleistungen anbietet (*supplier-induced demand*). Da der Kunde regelmäßig nicht in der Lage ist, seine Wünsche bezüglich der Qualität-Preis-Relation adäquat zum Ausdruck zu bringen, können hier die Interessen des Kunden und des Notars auseinanderlaufen (*moral hazard*-Problematik). Ist ein Kunde z.B. bei einem kapitalintensiven Kauf einer Liegenschaft verunsichert und kann er auf Grund der Informationsasymmetrie die Notwendigkeit der entsprechenden Dienstleistungen nicht einschätzen, so ist er vielleicht dazu geneigt, das für ihn suboptimale, da zu teure, Angebot des Notars anzunehmen.¹⁰³

Allerdings ist fraglich, inwieweit der Kunde besser gestellt wird, wenn der Gesetzgeber für ihn entscheidet, welche Dienstleistungen er in Anspruch zu nehmen hat. Bei Notarzwang hat der Kunde keine Wahl, ob und welche Notoardienstleistungen er in Anspruch nimmt. Er hat lediglich die Möglichkeit, über die vorgeschriebenen hinaus noch weitere juristische Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen. Insofern ist das Problem durch den Notarzwang nicht einmal gelöst. Hinzu kommt, dass auch die gesetzlich vorgeschriebenen Dienstleistungen für viele Kunden über das, was für sie nutzenoptimal wäre, hinausgehen. Es erscheint nicht gerade plausibel, wenn man versucht, mithilfe einer vom Gesetzgeber geschaffenen Nachfrage die Gefahr in den Griff zu bekommen, dass eine durch den Anbieter, also den Notar, geschaffene Nachfrage entstehen könnte. Hat der Kunde im Fall

¹⁰³ Vgl. *Van den Bergh/Montangie*, Competition in Professional Services Markets: Are Latin Notaries Different?, *Journal of Comparative Law and Economics* 2006, 289 (193 f.).

einer auf einem freien Markt entstehenden *supplier-induced demand* noch die Möglichkeit, das Angebot des Notariats abzulehnen, entfällt diese Möglichkeit vollständig, wenn Art und Umfang der Notariatsbeteiligung gesetzlich festgelegt sind.

Zudem bestünde auch ohne Notarzwang die Möglichkeit, Notare davon abzuhalten, den Kunden unnötige Dienstleistungen aufzudrängen. Dies kann z.B. durch standesrechtliche Überwachungen, Bewertungsportale für Notariate und persönliche Empfehlungen durch rechtskundige Klienten eines Notars im Bekanntenkreis geschehen. Alle diese Umstände sind wiederum für die Reputation eines Notariats und damit gerade auf einem freien Markt für die Kundenakquise von großer Bedeutung.

c. Vorkontrolle des Grundbuches durch Notare

Da die Mitarbeiter des Grundbuchamts rechtlich qualifizierte Beamten sind, ist eine Kontrolle des Grundbuches bereits durch sie sichergestellt. Eine Doppelkontrolle, die aus einer Vorkontrolle durch Notare und einer zweiten Kontrolle durch die Mitarbeiter des Grundbuchamtes besteht, ist demnach entbehrlich und birgt lediglich die Gefahr zusätzlicher Bürokratie in sich, die zu längeren Bearbeitungszeiten und höheren Kosten führen kann.

d. Sicherstellung der Rechtmäßigkeit von Grundstücksübertragungen durch Notare

Um zu prüfen, ob das gegenwärtige System geeignet und notwendig ist, um die Rechtmäßigkeit von Grundstücksübertragungen zu überwachen, muss zwischen formeller und materieller Rechtmäßigkeit unterschieden werden.

Die formelle Rechtmäßigkeit setzt vor allem voraus, dass die Identität der Parteien geprüft wird und das Eintragungsverfahren korrekt abläuft. Beide Ziele können durch qualifiziertes Personal im Grundbuchamt sichergestellt werden. Die Identität der Parteien ist auch durch verschiedene Verfahren feststellbar. So gibt es z.B. keinen Nachweis, dass das schwedische System, bei dem die Unterschrift unter einen Grundstückskaufvertrag von zwei Zeugen bestätigt wird, keinen ausreichenden Schutz bietet. Alternativ wären auch die gerichtliche Beglaubigung oder die Beglaubigung durch einen Amtsträger als Wahlmöglichkeiten für die Vertragsparteien neben der notariellen Beglaubigung vorstellbar. Deshalb ist der Notarzwang im Hinblick auf die Sicherstellung der formellen Rechtmäßigkeit weder notwendig noch proportional.

Bezüglich der materiellen Rechtmäßigkeit des Kaufvertrages zwischen den Parteien sind im Wesentlichen die Erwägungen, die bereits im Rahmen des Rechtfertigungsgrundes Verbraucherschutz diskutiert wurden, auch hier einschlägig. So ist in Standardsituationen bei dem Verkauf von Liegenschaften ein Formularvertrag ausreichend, um die Rechtmäßigkeit sicherzustellen. In B2B-Situationen (also bei Transaktionen zwischen gewerblich Tätigen) stellen regelmäßig Parteianwälte die Rechtmäßigkeit des Kaufvertrages und der Auflassung sicher. Zudem kann eine solche Prüfung durch alle juristisch geschulten Berufsgruppen vorgenommen werden. Gesondert ist lediglich zu untersuchen, inwieweit sichergestellt werden kann, dass der Verkäufer in vollem Umfang verfügungsberechtigt ist und keine Forderungen Dritter an der Sache der Eigentumsübertragung entgegenstehen. Da aber in Deutschland, wie auch in den meisten anderen europäischen Ländern, das Grundbuch entsprechende Informationen enthält, kann die Frage, ob Rechte Dritter bestehen, leicht beantwortet werden. Ein öffentlicher Zugang

zum Grundbuch müsste dafür allerdings sichergestellt werden. In Zeiten eines elektronischen Registerwesens dürfte dies aber auch für die Mitarbeiter des Grundbuchamtes keine besondere Belastung darstellen.

Ist die formelle und materielle Rechtmäßigkeit eines Grundstückskaufvertrages auch durch Kontrollen ohne die verpflichtende Beteiligung eines Notars sichergestellt, geht das Argument fehl, dass die Abschaffung genau dieser Beteiligungspflicht die Anzahl der gerichtlichen Auseinandersetzungen im Bereich der Übertragung von Liegenschaften erhöhen würde. Schließlich werden formellrechtliche Streitigkeiten ebenso gut durch die Mitarbeiter des Grundbuchamtes beigelegt. Entsprechend kann auch mit diesem Gesichtspunkt die nicht nur unerhebliche Beeinträchtigung der Grundfreiheiten wegen der verpflichtenden Beteiligung von Notaren nicht begründet werden.

e. Notariatsdienstleistungen als öffentliche Güter

In der Ökonomie unterscheidet man, u.a. zur Erklärung von Marktversagen, zwischen vier verschiedenen Grundkategorien von Gütern, die sich anhand der Merkmale Ausschließbarkeit und Rivalität einteilen lassen. Öffentliche Güter zeichnen sich dadurch aus, dass es nicht möglich ist, Individuen von der Nutzung des Gutes auszuschließen, dass aber eine gemeinsame Nutzung auch nicht zu einer Rivalität zwischen den Nutzern führt.¹⁰⁴ Da es für den Anbietenden also nicht möglich ist, ein Entgelt für die Bereitstellung des Gutes zu verlangen, hat er keinen Anreiz, das Gut herzustellen. Jeder Einzelne hat allerdings auch keinen ausreichenden Anreiz, für das Gut zu zahlen, da die Übernahme der Gesamtkosten für ihn einen zu geringen Mehrnutzen bringt und andere sich nicht an den Kosten für das auch so von ihnen nutzbare Gut beteiligen werden (*Free-Rider-Problematik/Trittbrettfahrerproblem*). Entsprechend kommt es zu einem Marktversagen, das ein regulatorisches Eingreifen des Staates erfordert, um einen gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrtsverlust zu verhindern. Oftmals werden öffentliche Güter (z.B. Leuchttürme, Deiche, Straßen, ...) sogar vom Staat angeboten oder durch ein System von Zwangsabgaben finanziert, da auf andere Weise keine gesamtnutzenoptimale Verteilung erreicht werden kann.¹⁰⁵

In der rechtsökonomischen Literatur wird nun vertreten, dass das Notariatswesen durch seine Dienstleistungen auch öffentliche Güter schafft. Dabei geht es vor allem darum, dass durch die *ex-ante*-Kontrolle von Grundstücksgeschäften durch das Notariat mehr Rechtssicherheit erreicht wird. Zudem wird die Zahl der *ex-post*-Streitigkeiten reduziert, wodurch staatliche Ressourcen, insbesondere Gerichte, entlastet werden. In diesem Zusammenhang wird nun vertreten, dass selbst wenn die Parteien eines Grundstückskaufvertrages sich auf das für sie nutzenoptimale Qualitätsniveau an notariellen Dienstleistungen mit dem Notariat einigen, dieses unter einer gesamtgesellschaftlichen Nutzenperspektive betrachtet zu niedrig ist.¹⁰⁶

Dieser Meinung ist insoweit Recht zu geben, als ein gut funktionierender Grundstücksverkehr mit einer hohen Rechtssicherheit und einer niedrigen Rate an

¹⁰⁴ Vgl. statt vieler nur Mankiw, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 3. Aufl. (Schäffer-Poeschel Verlag, Stuttgart, 2004) 245 ff.

¹⁰⁵ Vgl. z.B. Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. (Springer, Berlin u.a., 2005) 108.

¹⁰⁶ Vgl. Van den Bergh/Montangie, Competition in Professional Services Markets: Are Latin Notaries Different?, Journal of Comparative Law and Economics 2006, 289 (195 ff.).

gerichtlichen Streitigkeiten mit Sicherheit einen gesamtgesellschaftlichen Mehrwert erzeugt. Allerdings dürfte dieses Ergebnis auch ohne die verpflichtende Einschaltung von Notaren zu erreichen sein, wenn das Registersystem gut funktioniert und die rechtlichen Rahmenbedingungen für Grundstücksgeschäfte nicht überkomplex sind. Insofern ist ein Verlust oder eine Verschlechterung der öffentlichen Güter durch eine Beschränkung des Notarzwangs nicht zu befürchten.

f. Effizienzsteigerung durch Notarzwang

Zum Teil wird in der Literatur auch vorgetragen, dass die Einführung von Notarzwang zu einem besonders effizienten System für Dienstleistungen bei der Übertragung von Liegenschaften führt. Hierfür wird darauf abgestellt, dass in Ländern ohne lateinische Notariate die Kosten für juristische Dienstleistungen im Rahmen von Grundstücksgeschäften oftmals deutlich höher liegen, da sich beide Vertragsparteien einen gesonderten Rechtsbeistand suchen müssen. Entsprechend würde durch die Einführung eines lateinischen Notariats verbunden mit Notarzwang bei Transaktionen von Liegenschaften eine Effizienzsteigerung erreicht.¹⁰⁷

Dieses Argument überzeugt nicht. Die Aufhebung der zwangsweisen Beteiligung von Notaren und die damit verbundene Schaffung von Wettbewerb machen die freiwillige Beteiligung von Notaren schließlich nicht unmöglich. Wenn eine Beteiligung eines Notars die kostengünstigste Alternative ist, was sicherlich oftmals der Fall sein wird, spricht nichts dagegen, dass auch weiterhin Notare juristische Dienstleistungen im Rahmen von Grundstücksgeschäften erbringen. Diese Beteiligung von Notaren könnte zudem durch den neu entstandenen Wettbewerb kostengünstiger werden, sodass auch diejenigen, die weiterhin im Rahmen von Grundstücksgeschäften auf Notariate zurückgreifen, von der Reform profitieren.

g. Bewertung

Insgesamt erscheint somit die verpflichtende Beteiligung eines Notars bei der Eigentumsübertragung als nicht verhältnismäßig. Entsprechend dürfte sie einen Verstoß gegen die unionsrechtlichen Grundfreiheiten darstellen.

Die verpflichtende Beteiligung eines beliebigen Juristen könnte hingegen gerechtfertigt sein, sofern eine der Vertragsparteien eine Privatperson oder ein kleines Unternehmen ist. Dass eine solche beschränkte Rechtfertigung greift, kann zudem lediglich dann der Fall sein, wenn die rechtliche Gesamtsituation so komplex ist, dass ausreichende Informationen z.B. in Form einer Handreichung und die Überlassung eines Mustervertrags nicht ausreichen damit durchschnittliche Privatpersonen eine Transaktion selbst bewältigen können. Ob der EuGH einer solchen Argumentation folgen würde und entsprechend eine Rechtfertigung akzeptiert, bleibt freilich unklar.

¹⁰⁷ Vgl. z.B. *Van den Bergh/Montangie*, Competition in Professional Services Markets: Are Latin Notaries Different?, *Journal of Comparative Law and Economics* 2006, 289 (212 ff.); *Murray*, Real Estate Conveyancing in 5 European Union Member States: A Comparative Study, August 31, 2007, revised on November 27, 2007, p. 129 verfügbar unter <http://www.cnue-nouvelles.be/en/000/actualites/murray-report-final.pdf>.

II. Gesetzlich festgelegte Gebühren

Festgelegte Gebühren für Notariatsdienstleistungen führen nicht nur zu einer Beeinträchtigung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, sondern haben auch besonders nachteilige Effekte für Konsumenten dieser Dienstleistungen. Der vollständige Ausschluss von Wettbewerb durch festgelegte Gebühren führt im Bereich der Notardienstleistungen im Zusammenhang mit der Übertragung von Liegenschaften in der Regel zu deutlich höheren Gebühren, wie z.B. die Erfahrungen in den Niederlanden mit der Deregulierung des Marktes für Notariatsdienstleistungen verdeutlichen. Das niederländische Beispiel zeigt zugleich, dass das lateinische Notariat auch ohne feste Gebührenordnung als Teil der vorsorgenden Rechtspflege problemlos funktionieren kann und damit eine solche Beschränkung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit nicht mit der Notwendigkeit einer geordneten Rechtspflege zu rechtfertigen ist.¹⁰⁸

Desweiteren beschränken festgelegte Gebühren die freie Ausgestaltung der Dienstleistungsangebote. Oftmals werden ganze Dienstleistungspakete, die nicht von allen Konsumenten gebraucht werden, zusammen angeboten. Dies beschränkt die Wahlfreiheit für die Kunden und führt zu unnötigen Kosten, wenn für Dienstleistungen, die entweder nicht gebraucht oder gar nicht in Anspruch genommen werden, bezahlt werden muss.

Vorstellbare Rechtfertigungsgründe für den Eingriff in die Grundfreiheiten wären allerdings die Vorbeugung oligopolistischen Verhaltens der Notare, die Garantie, dass gewisse Dienstleistungen zu einem erschwinglichen Preis angeboten werden und jedermann zugänglich sind, die Möglichkeit der Quersubvention zwischen teuren und weniger teuren Grundstücksübertragungen, aber auch zwischen verschiedenen Rechtsfeldern, wie z.B. grundstücksrechtliche und familienrechtliche Dienstleistungen, sowie die Qualitätssicherung der Notariatsdienstleistungen.

a. Verhinderung oligopolistischen Verhaltens

Da die Notare zahlenmäßig stark beschränkt sind, wird zum Teil befürchtet, dass die Freigabe der Gebühren zu oligopolistischem Verhalten der Notare und damit zu noch höheren Preisen oder schlechterer Qualität führen könnte. Die starke Zulassungsbeschränkung der Notare stellt aber ihrerseits eine Beschränkung der Grundfreiheiten dar. Wird diese im Rahmen einer umfassenden Reform der Notariatsverfassung zumindest zum Teil aufgehoben und damit der Markteintritt für neue

¹⁰⁸ Anders hingegen *Van den Bergh/Montangie*, Competition in Professional Services Markets: Are Latin Notaries Different?, Journal of Comparative Law and Economics 2006, 289 (203 ff.), die nicht davon ausgehen, dass die Liberalisierung des Notariatsmarktes in den Niederlanden zu niedrigeren Kosten oder höherer Effizienz geführt habe und Anhaltspunkte für eine Abnahme der Qualität der Notariatsdienstleistungen sehen. Dabei verweisen die Autoren aber auch darauf, dass verschiedene Untersuchungsberichte zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Die empirische Untersuchung von *Richard Nahuis* und *Joelle Noalliy* (CPB Document No 94, September 2005, Competition and Quality in the Notary Profession) kommt z.B. zu dem Ergebnis, dass die Deregulierung des Notariats die Qualität der erbrachten Dienstleistungen negativ beeinflusst, die Zunahme an Wettbewerb allerdings, vor allem auf regionaler Ebene, eher gering war. Die *Commissie Evaluatie Wet op het notarisambt*, Het beste van twee werelden (Ministerie van Justitie, Den Haag, 2005) kommt hingegen zum Ergebnis, dass die Liberalisierung zu einem verbesserten und preisgünstigeren Angebot geführt hat. Zu diesem Ergebnis kommt auch die ZERP-Studie, der hier auch gefolgt werden soll. Allerdings ist wohl für eine abschließende Bewertung eine neuerliche, umfangreichere Untersuchung notwendig, die wichtigen Einfluss auf die rechtsökonomische Diskussion über die Liberalisierung von Notaren nehmen könnte. Einen Überblick über die verschiedenen bereits vorliegenden Studien liefern auch *Van den Bergh/Montangie*, Competition in Professional Services Markets: Are Latin Notaries Different?, Journal of Comparative Law and Economics 2006, 289 (203 ff.).

Wettbewerber wie z.B. in den Niederlanden deutlich vereinfacht, ist es nicht ersichtlich, warum oligopolistisches Verhalten entstehen könnte.

b. Freier Zugang zu Notariatsdienstleistungen

Zum Teil wird vertreten, dass sich die Amtsgewährungspflicht, nach der es dem Notar untersagt ist, die Erbringung von Dienstleistungen abzulehnen, und ein freier Gebührenwettbewerb grundsätzlich ausschließen. Werden Gebühren zwischen Notariaten und Kunden ausgehandelt, kann der Notar die Dienstleistungserbringung ablehnen, wenn eine Einigung über den Preis nicht möglich ist.¹⁰⁹

Dieses Argument vermag jedoch nicht zu überzeugen. Zunächst einmal ist es nicht ersichtlich, wieso Einzelne auf einem freien Markt für Notariatsdienstleistungen keinen Zugang zu gewissen Dienstleistungen erhalten sollten. Zudem könnte ein solcher Zugang auch durch weniger wettbewerbs- und grundfreiheitsbeschränkende Maßnahmen, wie Kontrahierungspflicht oder Höchstpreise erreicht werden. Eine weitere Lösung des Problems könnte die Androhung disziplinarischer Maßnahmen bei Preiswucher darstellen.

c. Quersubventionierung von Dienstleistungen

Eine Quersubventionierung von Notardienstleistungen scheint in Deutschland auf zwei Ebenen stattzufinden. Zum einen sind Dienstleistungen beim Erwerb günstigerer Grundstücke mit einem Wert bis ca. 150.000 € billiger als dies auf einem freien Markt zu erwarten wäre,¹¹⁰ zum andern werden Dienstleistungen im Bereich des Familien- und Erbrechts unter dem Marktpreis angeboten.¹¹¹

Dies kann ein politisch wünschenswerter Zustand sein, da besonders ärmere Bevölkerungsteile, die sich niemals ein Grundstück leisten können, aber auf die Erstellung eines Testaments oder Ehevertrages angewiesen sind, besser gestellt werden. Andererseits birgt diese Quersubvention viele Nachteile in sich. Zum einen sind die Kosten für einen „Korb üblicher notarieller Dienstleistungen“¹¹² deutlich höher,¹¹³ zum andern besteht die Gefahr, dass Notare, die sich für eine Tätigkeit unterbezahlt fühlen, diese weniger gewissenhaft ausführen.

Um eine soziale Umverteilung vorzunehmen, gibt es also bessere und, gesamtgesellschaftlich gesehen, auch kostengünstigere Möglichkeiten. Entsprechend scheint auch die gewünschte Quersubvention in diesem Bereich keine geeignete Begründung, die gesetzliche Festlegung von Notariatsgebühren zu rechtfertigen.

¹⁰⁹ Vgl. *Reimann*, Die deutsche Notariatsverfassung, 5, verfügbar unter http://www.uni-regensburg.de/Fakultaeten/Jura/arnold/dsg/scripten/band_4_6.

¹¹⁰ Dies zeigt sich z.B. an dem englischen Markt, der fast vollständig dereguliert ist und in dem sich Gebühren fast vollständig unabhängig vom Wert des Grundstückes etabliert haben die jedoch höher liegen als Gebühren in Deutschland für Grundstückskäufe im unteren Preissegment.

¹¹¹ Dies zeigt vor allem die Erfahrung mit der Freigabe von Notariatsgebühren in den Niederlanden, die zu einer deutlichen Erhöhung der Preise für Eheverträge oder Testamente um bis zu 100% geführt hat, da diese Dienstleistungen sehr individuell und damit arbeitsintensiv sind. Gleichzeitig sind die Preise für Dienstleistungen beim Grundstückserwerb deutlich gefallen.

¹¹² Im *Korb üblicher notarieller Dienstleistungen* (ZERP-Studie, Zusammenfassung, S. 35 ff.) wurden Notardienstleistungen, die eine typische Familie im Laufe ihres Lebens insbesondere im Grundstücks-, Familien- und Erbrecht konsumiert, zusammengestellt.

¹¹³ In den Niederlanden sind die Kosten dafür nach der Freigabe des Marktes um 10% gefallen.

d. Qualitätssicherung durch feste Gebühren

Als weiteres Argument wird ins Feld geführt, dass eine Freigabe der Gebühren zu einer Verschlechterung der angebotenen Dienstleistungen führen könnte, nicht zuletzt da der Verbraucher gar nicht in der Lage sei, die Qualität der Dienstleistungen zu beurteilen.¹¹⁴ Inwieweit festgelegte Gebühren tatsächlich als Instrument der Qualitätssicherung von Notariatsdienstleistungen dienen können erscheint jedoch unklar.

Zunächst ist festzustellen, dass sich das Problem der Informationsasymmetrie nicht durch die Festlegung von Gebühren beseitigen lässt. Vielmehr ist der Verbraucher, der nicht oft mit rechtlichen Fragen in Berührung kommt, auch dann nicht in der Lage, die Qualität einer Notardienstleistung zu beurteilen und wird seine Notarwahl wahrscheinlich von sekundären Qualitäten wie der Freundlichkeit des Personals, der Ausgestaltung der Büroräume, der Lage des Notariats und der Qualität des angebotenen Kaffees (*commercial quality*) abhängig machen. Dem Verbraucher ist jedoch nicht damit gedient, wenn er für eine Dienstleistung mit schwer überprüfbarer und nicht besserer juristischer Qualität einen deutlich höheren Preis bezahlen muss.

Zudem gibt es Mechanismen und Sanktionsmöglichkeiten, die im Gegensatz zu festen Gebühren nachweislich in der Lage sind,¹¹⁵ die Qualität von juristischen Dienstleistungen sicherzustellen.¹¹⁶ Dazu zählen persönliche Zugangsvoraussetzungen zum Notarberuf (insbesondere anspruchsvolle Universitätsabschlüsse), Berufsehre und Berufspflichten, Ansehen, Druck von Kollegen, Disziplinarmaßnahmen durch die Standesvereinigungen oder den Staat und die persönliche Haftung für Schäden, die auf Grund unzureichender Qualität der erbrachten Dienstleistungen von den Kunden erlitten werden.¹¹⁷

¹¹⁴ Vgl. z.B. Murray, Real Estate Conveyancing in 5 European Union Member States: A Comparative Study – Short Preliminary report of June 25, 2007, 18 f.; Reimann, Die deutsche Notariatsverfassung, 5, verfügbar unter http://www.uni-regensburg.de/Fakultaeten/Jura/arnold/dsg/scripten/band_4_6.

Auch Ott, Das Notariat im Spannungsfeld von überliefertem Rechtsstatus und wirtschaftlicher Entwicklung – Eine rechtsökonomische Untersuchung, German Working Papers in Law and Economics 2001/7, 11, geht davon aus, dass die Wettbewerbsbeschränkungen für die Qualitätssicherung der Notariatsdienstleistungen sorgen. Dabei stellt er aber auf die Gesamtheit der Notariatsverfassung ab. Neben den festen Gebühren sind für ihn der *numerus clausus* und die damit verbundene Spezialisierung von Notaren sowie das gesicherte feste Einkommen von erheblicher Bedeutung. Dass die Spezialisierung zu besseren Ergebnissen führen kann, ist wohl unbestreitbar. Diese kann aber auch ohne feste Gebührenordnung erreicht werden. Zudem weist z.B. Heinz, Auf dem Weg zum Europäischen Notariat? – Vortrag auf dem 58. Deutschen Anwaltstag in Mannheim am 17.05.2007, zutreffend darauf hin, dass durch eine Deregulierung von Notaren auch spezialisierte (Anwalts-)Notare entstehen können, die sich nur auf einen Geschäftsbereich (z.B. Gesellschaftsrecht oder Grundstücksrecht) konzentrieren und sich damit noch besser qualifizieren können. Zudem bietet die Zulassung von Anwaltsnotaren die Chance, dass ein Anbieter alle Aufgaben in einem Rechtsbereich (z.B. Gesellschaftsrecht) übernehmen kann und damit sich in diesem Bereich vielleicht noch besser auskennt und auch die Notariatsdienstleistungen besser erledigen kann als ein durchschnittlicher Nur-Notar insbesondere im ländlichen Raum.

¹¹⁵ Der Nachweis der Funktionsfähigkeit dieser Instrumente wurde in Deutschland z.B. für Rechnungsprüfer erbracht, die keiner Gebührenordnung unterliegen. Vgl. *Deregulierungskommission* (Hrsg.), Marktöffnung und Wettbewerb (Poeschel, Stuttgart, 1991) 112 (458).

¹¹⁶ Vgl. *Monopolkommission*, 16. Hauptgutachten 2004/2005, Bundestagsdrucksache 16/2460 von 25.08.2006, 381 f. (Rn. 930 ff.).

¹¹⁷ Vgl. EuGH C-94/04 (*Cipolla*) und C-202/04 (*Meloni*) Rn. 63.

Damit das persönliche Haftungssystem auch wirklich greift, muss sichergestellt werden, dass Verjährungsfristen nicht zu kurz sind. Bei der Übertragung von Liegenschaften, kann es z.B. oftmals erst nach Jahrzehnten auffallen, dass ein Fehler bei der Übertragung unterlaufen ist. Dieser tritt wahrscheinlich z.T. erst zu Tage, wenn eine Liegenschaft erneut übertragen werden soll.

Zum Teil wird der Wirksamkeit eines persönlichen Haftungssystems zur Qualitätssicherung auch entgegengehalten, dass entstehende Schäden durch Versicherungen getragen würden und es entsprechend für den

Sollten diese Mechanismen im Einzelfall nicht in der Lage sein, die Qualität der Notardienstleistungen sicherzustellen, wird voraussichtlich auch eine festgelegte Gebühr dies nicht erreichen. Schließlich kann in jedem System ein Notar auf Grund mangelnder Qualifikation, Kompetenz oder Berufsethik schlechte Leistungen erbringen. Insoweit sind gesetzlich festgelegte Gebühren weder geeignet noch notwendig, um das erstrebte Ziel der Qualitätssicherung zu erreichen. Eine Rechtfertigung der gesetzlich festgelegten Gebühren ist demnach problematisch.

Allerdings könnte durchaus die Gefahr bestehen, dass bei einem Überangebot an Notardienstleistungen ein zu harter Konkurrenzkampf zwischen Notaren entstünde, der zu Billigangeboten führt. In einer solchen Situation kann wohl nicht von vorneherein ausgeschlossen werden, dass die Qualität der in Frage stehenden Dienstleistungen gefährdet werden könnte, zumindest dann nicht, wenn eine kostendeckende Erbringung einer hochwertigen Leistung nicht mehr möglich ist.¹¹⁸ Diese Gefahr könnte sich gerade auf Grund der Informationsasymmetrie und der damit verbundenen Unfähigkeit der Kunden, die Qualität der Notardienstleistung zu bewerten, noch verstärken.¹¹⁹ In der rechtsökonomischen und ökonomischen Literatur wird zudem oftmals davon ausgegangen, dass Kunden, die die Qualität einer Dienstleistung nicht einschätzen können, nicht bereit sind, für bessere Qualität einen höheren Preis zu zahlen. Dies führt dann, so die Theorie, zu einem sogenannten *market for lemons*¹²⁰, also einem Markt, auf dem nur noch Produkte geringer Qualität angeboten werden, da die Anbieter, die Produkte mit einer besseren Qualität zu einem höheren Preis anbieten, nicht ausreichend nachgefragt werden und damit vom Markt verschwinden.¹²¹

Dass aber ein Überangebot an Notariatsdienstleistungen verbunden mit einem Preiskampf entsteht, ist zumindest dann sehr unwahrscheinlich, wenn für die Zulassung von Notaren nach wie vor hohe persönliche Qualifikationen, z.B. eine anspruchsvolle Zusatzprüfung, wie sie ab 2011 für die Neuzulassung von Anwaltsnotaren in Deutschland vorgesehen ist,¹²² verlangt werden. Hochqualifizierte Notare, die zudem immer damit rechnen müssen, bei Fehlern mit Schadensersatzforderungen konfrontiert zu werden, sind wahrscheinlich gar nicht daran interessiert, einen Markt für Billigdienstleistungen zu schaffen, auch weil sie um ihren guten Ruf fürchten. Dementsprechend werden den Kunden voraussichtlich gar keine Notardienstleistungen mit besonders geringer Qualität angeboten. Insbesondere vor diesem Hintergrund rechtfertigt die theoretische Möglichkeit des qualitätsgefährdenden Preiskampfes nicht *per se* eine gesetzlich festgelegte Gebührenordnung. Nur wenn klar ist, dass diese Gefahr *de facto* besteht und eine weniger in die Grundfreiheiten eingreifende Maßnahmen nicht ausreicht, um eine gute Qualität der Notariatsdienstleistungen

Notar keinen wirtschaftlichen Anreiz gibt, solche Schadensfälle zu minimieren. Dem ist jedoch zu entgegnen, dass häufig auftretende Schadensfälle für den einzelnen Notar zu höheren Versicherungsprämien oder zur Kündigung der Versicherung führen können.

¹¹⁸ In diese Richtung auch EuGH C-94/04 (*Cipolla*) und C-202/04 (*Meloni*) Rn. 67.

¹¹⁹ Für Anwälte so z.B. EuGH C-94/04 (*Cipolla*) und C-202/04 (*Meloni*) Rn. 68. In der Literatur vgl. in diesem Zusammenhang auch z.B. *Kern*, Zur Vereinbarkeit verbindlicher Anwaltsgebühren mit dem europäischen Wettbewerbsrecht und der Dienstleistungsfreiheit, ZEuP 2008, 411 (421 f.).

¹²⁰ Die Theorie und Verwendung des Begriffs *market for lemons* in diesem Zusammenhang stammt von *Akerlof*, The Market for „Lemons“: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, The Quarterly Journal of Economics 1970, 488-500.

¹²¹ Vgl. *Van den Bergh/Montangie*, Competition in Professional Services Markets: Are Latin Notaries Different?, Journal of Comparative Law and Economics 2006, 289 (193 ff.).

¹²² Vgl. Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung (Neuregelung des Zugangs zum Anwaltsnotariat) vom 2. April 2009, BGBl. I S. 696.

sicherzustellen, darf auf gesetzliche Gebührenfestlegungen zurückgegriffen werden.¹²³ Dies wird allerdings gerade bei einem sinnvoll konzipierten Haftungssystem, hohen persönlichen Voraussetzungen für die Zulassung als Notar und gut durchdachten Standesregelungen mit Sanktionsmechanismen in der Regel trotz Informationsasymmetrie nicht der Fall sein, auch wenn die Letztentscheidung diesbezüglich, zumindest im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren, bei den nationalen Gerichten liegt.¹²⁴ Zudem bestünde auch die Möglichkeit, Mindestpreise einzuführen, die die Gefahr der Entwicklung eines Dumpingmarktes ausschließen, aber dennoch den Wettbewerb und die Grundfreiheiten in einem geringeren Maße beschränken.

e. *Moral hazard* und *supplier-induced demand*

Gebührenordnungen können Kunden auch davor schützen, auf Grund der Informationsasymmetrie für sie qualitativ zu hochwertige und damit zu teure Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen. Allerdings kann diese Gefahr, wie schon im Rahmen des Notarzwangs diskutiert,¹²⁵ auch anderweitig zumindest stark beschränkt werden. Außerdem stehen Kunden oftmals auch bei einem durch den Staat über den Preis oktroyierten Qualitätsniveau nicht besser da. Schließlich kann eine Gebührenordnung niemals auf alle möglichen Situationen optimal angepasst sein.

f. Bewertung

Auch die Einführung gesetzlich festgelegter Gebühren für Notardienstleistungen scheint sich nicht rechtfertigen zu lassen.

Einziges in Ansätzen überzeugendes Argument ist die Möglichkeit der Quersubventionierung, sofern dies aus politischen Erwägungen gewünscht sein sollte. Die Festlegung der Notariatsgebühren stellt jedoch einen starken Eingriff in den Wettbewerb und den gemeinsamen Markt dar, der zu erheblichen Nachteilen für die Verbraucher führt. Um eine Umverteilung zu erreichen, stehen dem Staat auch andere Methoden zur Verfügung, die weniger belastend sind. Deswegen ist eine gesetzlich festgelegte Gebührenordnung auch zur Erreichung dieses Ziels nicht proportional.

In der Summe kann diese Beschränkung des gemeinsamen Marktes voraussichtlich nicht gerechtfertigt werden und ist somit unionsrechtswidrig.

E. Zusammenfassenden Wertung

Zur Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auf Notare ist zunächst festzuhalten, dass die Bundesregierung und weite Teile der Literatur schlichtweg verkennen, dass für die Anwendbarkeit der Bereichsausnahme des Art. 51 AEUV vom EuGH nicht nur verlangt wird, dass die Tätigkeiten des Notars unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, sondern auch, dass ein Staatsangehörigkeitsvorbehalt verhältnismäßig ist. Während die *unmittelbare und spezifische* Ausübung von öffentlicher Gewalt für viele zentrale Bereiche der Notariatstätigkeiten schon fragwürdig erscheinen, kann ein besonderer Grund, der es notwendig macht, nicht-deutschen Unionsbürgern die

¹²³ Vgl. EuGH C-94/04 (*Cipolla*) und C-202/04 (*Meloni*) Rn. 69.

¹²⁴ Vgl. EuGH C-94/04 (*Cipolla*) und C-202/04 (*Meloni*) Rn. 65.

¹²⁵ Vgl. hierzu bereits D. I. b.

Notariatstätigkeit in Deutschland zu verwehren, nicht gefunden werden. Ein solcher wird auch weder substantiiert in der Literatur¹²⁶ noch in den veröffentlichten Stellungnahmen der Bundesregierung dargelegt. Sollte das oberste Gericht der EU seine Position nicht ändern, wofür derzeit nichts spricht, ist davon auszugehen, dass zumindest für die meisten notariellen Dienstleistungen in Zusammenhang mit der Übertragung von Liegenschaften einer Anwendung der Grundfreiheiten nichts entgegensteht. Insoweit ist es also für die Entscheidung des EuGH im Ergebnis unproblematisch, dass das Gericht bislang noch keine klare dogmatische Struktur für die Auslegung zentraler Begriffe des Art. 51 AEUV entwickelt hat. Fraglich ist jedoch, ob die Anwendbarkeit der Bereichsausnahme auch für die Unterwerfungserklärung unter die Zwangsvollstreckung abgelehnt wird, die bei vielen Grundstücksgeschäften eine wichtige Rolle spielt, da sie regelmäßig von den finanzierenden Banken verlangt wird. Wenn sowieso ein Notar eingeschaltet werden muss, ist es wahrscheinlich meist wirtschaftlich sinnvoll, ihn alle juristischen Dienstleistungen im Rahmen von Grundstücksübertragungen einzusetzen. Insofern könnte zumindest der Notarzwang *de facto* weiter bestehen bleiben, auch wenn er europarechtlich nicht gerechtfertigt sein sollte.

De jure gilt jedoch, dass alle Beschränkungen der Grundfreiheiten durch die Notariatsverfassung grundsätzlich auf den europarechtlichen Prüfstand kommen, sofern der EuGH den soeben beschriebenen Positionen folgt. Zwar werden sich viele Beschränkungen schon auf Grund des europarechtlich zulässigen Zieles einer *geordneten Rechtspflege* rechtfertigen lassen, dies wird sicherlich aber nicht für alle Regelungen gelten. Gerade die Untersuchung des Notarzwangs und der festen Gebührenordnung haben gezeigt, dass vor allem für letztere erhebliche Bedenken bezüglich der europarechtlichen Zulässigkeit bestehen.

Unabhängig von der europarechtlichen Diskussion zeigt sich aber auch, dass einige Regelungen schlichtweg wirtschaftlich nicht sinnvoll und voraussichtlich auch nicht zur Qualitätssicherung notwendig sind. Dennoch ist Zurückhaltung bei der Liberalisierung der Notariatsverfassung geboten. Das deutsche Notariat ist eines der besten in Europa. Die geleistete Arbeit ist unstrittig hervorragend. Deshalb sollte eine Reformierung sehr darauf bedacht sein, diese Erfolge nicht zu gefährden. Eine Anerkennung der hervorragenden Qualität der vorsorgenden Rechtspflege in Deutschland ist auch europarechtlich geboten und sollte über das Kriterium der geordneten Rechtspflege auch in gebührendem Maße Berücksichtigung finden.¹²⁷

Dies alleine reicht aber nicht aus, um alle Nachteile der derzeitigen Notariatsverfassung in Deutschland in Kauf zu nehmen. Deshalb ist es an der Zeit, einen durchdachten Reformierungs- und Liberalisierungsprozess in Gang zu setzen. Um dies zu erreichen,

¹²⁶ Preuß, *Europarechtliche Probleme der deutschen Notariatsverfassung*, ZEuP 2005, 291 (317 ff.) stellt darauf ab, dass Notare klassische Aufgaben im Bereich der Zivilrechtspflege wahrnehmen und dass vor allem ihre Tätigkeiten im Bereich der Zwangsvollstreckung, die Ausfluss des staatlichen Gewaltmonopols seien, den Wunsch des Mitgliedsstaates nach einer besonderen Staatsbürgertreue der Amtsträger rechtfertige. Allerdings erkennt auch Preuß (S. 319) an, dass eine solche Staatsbürgertreue nicht mehr gefordert werden könne, wenn eine vollständige Anerkennung vollstreckbarer Titel anderer europäischer Länder unionsweit erfolgt. Durch die Verordnung 805/2004/EG wird aber gerade, zumindest für Gerichtsurteile, eine solche direkte Zuordnung eines Vollstreckungstitels zu den Grenzen eines Landes innerhalb der Union aufgehoben.

¹²⁷ In diese Richtung auch *Andresen*, *State Tasks of the Public Office of Notary – Belonging to the Domain of National or European Union Law?*, *Juridica International* 2009, 157 (167), verfügbar unter http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2009_1_157.pdf, die davon ausgeht, dass das lateinische Notariat nur dann überleben wird, wenn seine Vorzüge auch auf europäischer Ebene Berücksichtigung finden.

sollte eine unabhängige Kommission aus Experten aus der Wissenschaft und Praxis den Prozess begleiten. Andernfalls ist es auf Grund der starken Lobby der Notare gut vorstellbar, dass am Ende einer Reform letztlich höhere Preise und weniger Effizienz ohne steigende Qualität stehen. Dies könnte z.B. dann der Fall sein, wenn – wie in Italien – nur die Preise, nicht aber der *numerus clausus* dereguliert würden.

Eine durchdachte Reformierung des Notariatswesens ist auch auf Grund der wahrscheinlichen Unionsrechtswidrigkeit der derzeitigen Notariatsverfassung geboten. Wartet der deutsche Gesetzgeber, bis der EuGH entschieden hat, welche Regelungen unzulässig sind, und passt der Bundesgesetzgeber erst dann schrittchenweise sozusagen auf Zuruf des EuGH die Notariatsverfassung an, ist mit politischen Schnellschüssen zu rechnen. Diese könnten dann, im Gegensatz zu einer geordneten Liberalisierung des Notariats, das hohe Qualitätsniveau der vorsorgenden Rechtspflege in Deutschland tatsächlich gefährden. Gleichzeitig steht zu befürchten, dass auch die wünschenswerten Ziele der Produktdiversifizierung bei juristischen Dienstleistungen im Grundstücksverkehr und der Effizienzsteigerung auf diesem Wege nicht erreicht werden können. Würden jedoch diese Ziele ohne eine Gefährdung der hohen Qualität der Notariatsdienstleistungen in Deutschland erreicht, wäre nicht nur der Verwirklichung der Grundfreiheiten, sondern auch den Verbrauchern und der deutschen Volkswirtschaft als Ganzes gedient.