

Berlin, den 17. November 2006

Vertragsverletzungsverfahren Nr. 1996/4739

Ihr Schreiben vom 26. Oktober 2006

Ihr Zeichen R B 1 – 9520/10 – 2 E (7) – EC 100/2006

Der Deutsche Notarverein bedankt sich für die Gelegenheit, sich zu der mit Gründen versehenen Stellungnahme der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 12. Oktober 2006 zu äußern.

Wie bereits das ergänzende Aufforderungsschreiben der Kommission vom 10. Juni 2002, so beinhaltet auch die mit Gründen versehene Stellungnahme vom 12. Oktober 2006 kaum neue Aspekte. Da sich die Kommission durch die bisherigen umfassenden Mitteilungen der Bundesregierung, die der Deutsche Notarverein inhaltlich vollauf unterstützt, jedoch nicht dazu hat bewegen lassen, von der weiteren Fortführung des Vertragsverletzungsverfahrens abzusehen oder sich differenziert mit dem deutschen System der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der darin vom Notar wahrgenommenen Rolle auseinander zu setzen, möchte der Deutsche Notarverein die Gelegenheit nutzen, sich neuerlich zu äußern. Von einer umfassenden Erörterung möchte der Deutsche Notarverein jedoch absehen, da dies bereits in seinen Stellungnahmen vom 3. August 1999, vom 19. Dezember 2000 und vom 2. September 2002 erfolgt ist. Diese Ausführungen befinden sich im Gleichklang mit den Mitteilungen der Bundesregierung, denen nichts Grundsätzliches hinzuzufügen ist. Dennoch möchte der Deutsche Notarverein einige weitere Aspekte und Akzente beisteuern.

1. Grundsätzliche Bedeutung des Verfahrens

Der Deutsche Notarverein ist nach wie vor der Überzeugung, dass es in dem Verfahren nur vordergründig um den Staatsangehörigkeitsvorbehalt gem. § 5 BNotO geht. Der Deutsche Notarverein hat in seinen o. g. früheren Stellungnahmen bereits dargelegt, dass es sich bei dem Vertragsverletzungsverfahren um einen Lackmустest für die Frage handelt, ob das deutsche System der vorsorgenden Rechtspflege der alleinigen Kompetenz des nationalen Gesetzgebers unterliegt oder sich an den Grundfreiheiten des EG-Vertrags und dem darauf aufbauenden Sekundärrecht messen lassen muss. Aus diesem Grund begrüßt der Deutsche Notarverein, dass die Bundesregierung und die Regierungen weiterer betroffener Mitglied-

staaten derzeit nicht beabsichtigen, durch ein Zugeständnis der Kommission entgegenzukommen und den Notarberuf für EU-Ausländer zu öffnen. So überschaubar die unmittelbaren Folgen einer solchen Appeasement-Politik wären, so dramatisch könnten die Weiterungen ausfallen, die in den vorgenannten Stellungnahmen bereits im Detail untersucht worden sind.

Der Deutsche Notarverein sieht sich in dieser Einschätzung durch die Rechtsentwicklung seit 2002 bestätigt. Die Diplomanerkennungsrichtlinie (Richtlinie 89/48/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen) wird bekanntlich gemäß Art. 62 der Berufsqualifikationsrichtlinie (Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen) mit Wirkung vom 20. Oktober 2007 aufgehoben. In rechtlicher Hinsicht lautet einer der beiden Vorwürfe der Kommission, dass § 5 BNotO die Diplomanerkennungsrichtlinie verletze. Diese Rechtsfrage wird in wenigen Monaten infolge des Außerkrafttretens der Diplomanerkennungsrichtlinie keine selbständige Bedeutung mehr besitzen. Dass die Kommission auch diese Frage in der mit Gründen versehenen Stellungnahme vom 12. Oktober 2006 weiter verfolgt, bestätigt aus Sicht des Deutschen Notarvereins den Verdacht, dass mit dem Vertragsverletzungsverfahren in Wahrheit eine Grundsatzentscheidung zum Verhältnis von vorsorgender Rechtspflege und Grundfreiheiten angestrebt wird. Die in der mit Gründen versehenen Stellungnahme vom 12. Oktober 2006 sichtbare Unkenntnis der Kommission von der Funktionsweise der freiwilligen Gerichtsbarkeit lässt es unverändert wichtig erscheinen, sich energisch für die abschließende Kompetenz des nationalen Gesetzgebers in diesem Bereich einzusetzen.

2. Maßgebliche Rechtsfrage

Für das Vertragsverletzungsverfahren maßgebend ist in rechtlicher Hinsicht allein die Frage, ob die Tätigkeit der Notare im Sinne des Art. 45 EG mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist. Auch soweit die Nichtumsetzung der Diplomanerkennungsrichtlinie gerügt wird, handelt es sich hierbei um keine zweite, selbständige Frage. Zum einen wird in den Erwägungsgründen klargestellt, dass die Richtlinie "*in keiner Weise die Anwendung von Artikel 48 Absatz 4 [nun Art. 39 Abs. 4] und Artikel 55 [nun Art. 45] des Vertrages*" präjudiziert. Zum anderen ergibt sich die Einheitlichkeit der Rechtsfrage schon ganz grundsätzlich daraus, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 45 EG "dieses Kapitel" keine Anwendung findet. Zu "diesem Kapitel" zählt auch Art. 47 EG, die maßgebliche Kompetenzgrundlage der Diplomanerkennungsrichtlinie.

Der Deutsche Notarverein möchte weiterhin betonen, dass die Frage der Erforderlichkeit oder Zweckmäßigkeit des Staatsangehörigkeitsvorbehalts allein der Einschätzung des nationalen Gesetzgebers unterliegt, wenn die Voraussetzungen des Art. 45 EG vorliegen. Insbesondere in den Ziffern 28 und 29 der mit Gründen versehenen Stellungnahme vom 12. Oktober 2006 lässt sich die Kommission zu der Frage ein, ob das für die Ausübung der notariellen Tätigkeit erforderliche fachliche Niveau auch durch andere Maßnahmen in ausreichender Weise geschützt werden könne. Es besteht die Gefahr, dass die Fragen nach dem Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 45 EG und nach der Verhältnismäßigkeit des Staatsangehörigkeitserfordernisses miteinander vermengt werden. Der Ausschluss ausländischer Staatsangehöriger ohne jede Öffnungsklausel ist in der Dogmatik der Grundfreiheiten der schwerste vorstellbare Fall offener Diskriminierung. Dies erhöht die Gefahr, dass unter Hintanstellung der vom Vertrag vorgegebenen Prüfungsreihenfolge eine Gesamtschau stattfindet oder im Rahmen der Prüfung des Art. 45 EG eine rein ergebnisorientierte Argumentation erfolgt. Es ist daher in aller Deutlichkeit darauf hinzuweisen, dass die Zweckmäßigkeit des Staatsangehörigkeitserfordernisses keinen Einfluss darauf hat, ob Notare öffentliche Gewalt im Sinne des Art. 45 EG ausüben.

3. "Zwang" als Merkmal des Art. 45 EG

Die Kommission nimmt in der mit Gründen versehenen Stellungnahme eine sehr enge Auslegung des Art. 45 EG vor und beschränkt öffentliche Gewalt für den Bereich der Rechtspflege im Wesentlichen auf die spruchrichterliche und anklagende Tätigkeit von Richtern und Staatsanwälten. Weite Teile der mit Gründen versehenen Stellungnahme sind dem Unterfangen gewidmet, die Unterschiede zwischen spruchrichterlicher und notarieller Tätigkeit aufzuzeigen. Diese Argumentation geht aus Sicht des Deutschen Notarvereins an der eigentlichen Thematik vorbei. Denn niemand bestreitet, dass es zwischen der Tätigkeit des Notars und der des streitentscheidenden oder Strafe verhängenden Richters substantielle Unterschiede gibt. Die vom Deutschen Notarverein betonte Nähe des Notars zum Richter hat seit jeher mehr den Grundbuch-, Register- oder Nachlassrichter als den Spruchrichter zum Gegenstand.

Es wurden bereits in früheren Stellungnahmen diverse hoheitliche Merkmale der notariellen Tätigkeit dargelegt, allen voran die an öffentliche Urkunden anknüpfenden Beweisregeln und die damit verbundene Bindung des Spruchrichters bei der Beweiswürdigung sowie die Möglichkeit der Vollstreckbarerklärung. Die Kommission wendet ein, dass diese Aspekte nicht ausreichend seien, da der Notar nur auf Antrag tätig werde und keine Entscheidungen gegen

die Parteien erzwingen könne. Aus Sicht des Deutschen Notarvereins ist bereits der Ausgangspunkt unzutreffend, denn der Notar kann sehr wohl Zwang ausüben:

- Zunächst wacht der Notar über die Einhaltung des gesetzlichen Beurkundungsverfahrens. Wer eine beurkundungsbedürftiges Rechtsgeschäft vornehmen möchte, wird die gewünschte Urkunde vom Notar nur erhalten, wenn er zur Mitwirkung in der gesetzlich vorgeschriebenen Form bereit ist. Der Notar zwingt die Urkundsbeteiligten mithin dazu, persönlich zu erscheinen, sich auszuweisen, sich den Text der Urkunde vorlesen und erläutern zu lassen und schließlich zu unterschreiben. Die fehlende Mitwirkungsbereitschaft hat freilich keine typische Zwangsmaßnahme wie Haft oder Ordnungsgeld zur Folge, sondern lediglich die Versagung der gewünschten Urkundstätigkeit. Dies trifft jedoch in gleicher Weise zu auf weite Teile der sonstigen freiwilligen Gerichtsbarkeit (z. B. Erbscheinserteilung) und des Personenstandsrechts (z. B. Eheschließung) sowie auf sämtliche öffentlich-rechtlichen Erlaubnisse (z. B. Beantragung eines Führerscheins oder einer Baugenehmigung). In all diesen Bereichen ist "Zwangsmittel" die Versagung des vom Antragsteller gewünschten Rechtsaktes, ohne dass dadurch die hoheitliche Natur beispielsweise der Führerscheinerteilung oder Eheschließung ernsthaft in Frage zu stellen wäre. In dem Vermittlungsverfahren nach dem Sachenrechtsbereinigungsgesetz führt der Notar sogar ein Streitiges Verfahren durch. In diesem Rahmen hat er z. B. die Befugnis zur Ladung der Parteien. Der Notar kann dann einen Vermittlungsvorschlag unterbreiten, zu deren Annahme die Parteien im Rahmen eines gesetzlichen Kontrahierungszwangs verpflichtet sind.
- Mit diesem eben geschilderten Zwang korrespondiert die Pflicht des Notars (ebenso der Führerscheinstelle, des Standesamts oder des Nachlassgerichts), bei Beachtung der gesetzlichen Voraussetzungen die gewünschte Urkundstätigkeit (oder sonstige Rechtshandlung) vorzunehmen. Der Notar darf die Urkundstätigkeit nicht verweigern, § 15 Abs. 1 BNotO. Insbesondere die mangelnde Wirtschaftlichkeit eines Beurkundungsersuchens berechtigt den Notar nicht, seine Tätigkeit zu verweigern. In unterschiedlichen in der Praxis häufig vorkommenden Bereichen (z. B. Erbschaftsausschlagung, Minderjährigenadoption, Vereinsregisteranmeldung) liegen die gesetzlich festgelegten Notargebühren bei EUR 10,00 bis 13,00 und damit weit unterhalb der Kostendeckungsschwelle. In anderen Bereichen wird der Notar sogar gebührenfrei tätig (z. B. Titulierung des Unterhaltsanspruchs eines nichtehelichen Kindes gegen den Vater). Bei bedürftigen Parteien, die nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung Anspruch auf Prozesskostenhilfe hätten, wird der Notar unter den Voraussetzungen des § 17 Abs. 2 BNotO unentgeltlich tätig. Auch in diesen Fällen ist der Notar zur Tätigkeit verpflichtet. Dies ist Ausfluss des öffent-

lichen Amtes des deutschen Notars und ein entscheidender Unterschied zu Rechtsanwälten und sonstigen Rechtsberatern, die ihre Mandanten frei auswählen können. Der Deutsche Notarverein hat auch außerhalb des laufenden Vertragsverletzungsverfahrens die Beobachtung gemacht, dass dieser Umstand in Kommissionskreisen wenig bekannt ist.

- Eine weitere Facette des vom Notars ausgeübten Zwangs ist die Belehrungspflicht gem. § 17 BeurkG. Diese ist – anders als die Rechtsberatung durch Anwälte – nicht verzichtbar. Der Rechtsanwalt wird dem Mandanten keine rechtlichen Belehrungen erteilen, wenn dieser sie nicht wünscht. Der zur Unparteilichkeit verpflichtete Notar belehrt hingegen immer. Wenn beispielsweise ein Ehevertrag beurkundet werden soll, in dem ein Ehegatte auf gesetzliche Unterhaltsansprüche verzichtet, dann wird der Notar diesen Ehegatten über die rechtliche Tragweite des Verzichts auch und gerade dann im Detail belehren, wenn der andere Ehegatte den Notar gebeten hat, dies zu unterlassen. Dies zeigt, dass die zwingende Beratung mit zum einheitlichen Beurkundungsverfahren gehört. Das Produkt "öffentliche Urkunde" erhält nur, wer das gesamte zwingende Beurkundungsverfahren einschließlich Beratung und Belehrung durchläuft. Hieran zeigt sich wiederum die Nähe zur richterlichen Tätigkeit. Im deutschen Zivilprozess muss der Richter die Parteien gem. § 139 ZPO belehren, wenn sie rechtlich relevantes Vorbringen oder erforderliche Anträge bislang offenkundig übersehen haben. Der Richter und der Notar haben gleichermaßen die Aufgabe, die Parteien zu belehren und vor Dummheiten zu bewahren. Dabei handelt es sich nicht wie beim Rechtsanwalt um eine erkaufte Beratungsleistung, sondern um einen öffentlichen Warnhinweis, den sich die Parteien anhören müssen, ob sie wollen oder nicht.
- Die Pflicht zur Amtstätigkeit deutscher Notare wird weiterhin im Kostenrecht spürbar. Zum einen sind die Notargebühren gesetzlich festgelegt, in sozialpolitisch förderungswürdigen Fällen zum Teil auf Null, wie bereits erwähnt. Darüber hinaus kann der Notar seine Gebührenforderung selbst für vollstreckbar erklären. Diese in Brüssel ebenfalls weitgehend unbekanntes Tatsache ist nach Einschätzung des Deutschen Notarvereins eine weitere, in der bisherigen Diskussion nicht ausreichend in den Vordergrund gestellte, aber durchaus erhebliche Ausprägung der hoheitlichen Ausgestaltung des deutschen Notariats. Jeder Gläubiger muss vor der Zwangsvollstreckung die Legitimität seines Anspruchs von einer staatlichen Stelle (regelmäßig einem Gericht) prüfen lassen, es sei denn, er ist selbst bereits eine staatliche Stelle wie das Finanzamt, das Zollamt oder eben der Notar. Dies unterscheidet den Notar von Rechtsanwälten und sonstigen Beratern. Der Notar hat die Befugnis, nicht nur fremde, in seinen Urkunden begründete Ansprüche zwischen den Parteien für vollstreckbar zu erklären, sondern auch seine eigenen

Gebührenforderungen. Er ist mit den Urkundsbeteiligten nicht auf gleicher Ebene durch einen Beratervertrag verbunden, sondern er erzwingt die Beachtung des gesetzlichen Verfahrens einschließlich der Gebührenerhebung. Dieses Subordinationsverhältnis erfüllt auch nach restriktivem Verständnis alle Merkmale öffentlicher Gewalt.

4. "Entscheidung" als Merkmal des Art. 45 EG

Weiterhin trägt die Kommission vor, dass dem Notar die für öffentliche Gewalt typische Befugnis zum Entscheiden fehle. Der Notar verleiht nach Darstellung der Kommission in der mit Gründen versehenen Stellungnahme den Erklärungen der Partei lediglich Rechtsverbindlichkeit, indem er diese Erklärungen in der Urkunde festhält.

Unbeschadet der Frage, ob die Kommission dabei von einem richtigen Verständnis des Art. 45 EG ausgeht, liegt ihren Ausführungen jedenfalls eine unzutreffende Bestandsaufnahme von der Funktion des Notars im deutschen Rechtsschutzgefüge zugrunde. In Ziffer 3. dieser Stellungnahme wurde ausgeführt, dass der Notar den Beteiligten freilich nicht die Willensbildung, wohl aber das Verfahren "aufzwingt". Im Zusammenhang damit trifft er Entscheidungen. Insbesondere prüft der Notar, ob materiellrechtlich und formal alle Voraussetzungen für das wirksame Zustandekommen des Rechtsgeschäfts vorliegen. Diese Prüfung durch einen neutralen Hoheitsträger rechtfertigt die spätere Bindung des Spruchrichters über Beweisregeln und die Vollstreckbarkeit der in der Urkunde begründeten Ansprüche. Diese zentralen Aufgaben des Notars als Entscheidungsträger wurden in vergangenen Stellungnahmen bereits gründlich dargestellt. Ergänzend hierzu möchte der Deutsche Notarverein noch Folgendes anmerken:

- In Ziffer 17. der mit Gründen versehenen Stellungnahme behauptet die Kommission, dass der Notar bei der Erteilung der Vollstreckungsklausel keine Entscheidung treffen kann, wenn eine Forderung bestritten wird. Dies sei, so die Kommission, alleinige Aufgabe des Richters. Selbstverständlich kann der Notar die Vollstreckungsklausel auch dann erteilen, wenn der Schuldner seine Leistungspflicht bestreitet, er beispielsweise vorträgt, die Forderung sei mittlerweile erfüllt. Selbst in schwierigeren Fällen, etwa im Falle eines Gläubiger- oder Schuldnerwechsels durch Abtretung, Erbfolge oder Umwandlung, erteilt der Notar die Vollstreckungsklausel auch dann, wenn der Vollstreckungsschuldner beispielsweise die Wirksamkeit der Abtretung an den jetzigen Gläubiger bestreitet. In diesen Fällen kann der Notar wie ein Richter den Sachverhalt ermitteln und hierzu gemäß §§ 730, 726 Abs. 1 ZPO den Schuldner anhören. Richtig ist allein, dass der Notar diese

Frage nicht *abschließend* entscheidet, da der Schuldner gem. § 767 ZPO Vollstreckungsabwehrklage erheben kann und dann ein Richter über die vorgetragenen Einwendungen entscheiden wird. Diese Möglichkeit besteht indes auch dann, wenn die Zwangsvollstreckung aufgrund eines Gerichtsurteils betrieben wird. Die filigranen Unterschiede (alte Einwendung sind bei der Zwangsvollstreckung aus Urteilen gem. § 767 Abs. 2 ZPO präkludiert, nicht indes bei der Zwangsvollstreckung aus der Notarurkunde, § 797 Abs. 4 ZPO) können zu keiner anderen europarechtlichen Bewertung führen.

- Das falsche Vorverständnis der Kommission von der Funktion des Notars setzt sich in Ziffer 17 der mit Gründen versehenen Stellungnahme fort. Zur Begründung der oben genannten Behauptung, der Notar könne keine Entscheidung mehr treffen, wenn die Forderung bestritten wird, führt die Kommission aus, dass aus diesem Grund die Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels auf unbestrittene Forderungen beschränkt sei. Erneut: Selbstverständlichkeit kann der Notar die Vollstreckungsklausel auch dann erteilen, wenn der Schuldner seine Leistungspflicht bestreitet, er beispielsweise behauptet, er habe bereits erfüllt. "Unbestritten" bezieht sich nur auf die Art und Weise der Begründung des Vollstreckungstitels (etwa durch Vertrag, gerichtlichen Vergleich oder Versäumnisurteil) und nicht auf das Fehlen späterer Einwendungen. Dies ergibt sich zum einen aus Art. 3 der Verordnung, der detailreich regelt, welche Forderungen als "unbestritten" in diesem Sinne gelten. Zum anderen liefe die Verordnung weitgehend leer, wenn sie vom Schuldner durch das spätere Erheben von Einwendungen jederzeit ausgeschaltet werden könnte.
- Auch wenn selbstverständlich in erster Linie die Urkundsbeteiligten den Inhalt einer Urkunde bestimmen, so hat der Notar auch insoweit einen Prüfungs- und Entscheidungsauftrag. Der Notar hat seine Amtstätigkeit gem. § 14 Abs. 2 BNotO zu verweigern, wenn die Beteiligten erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgen. In diesen Grenzen nimmt der Notar sehr wohl eine inhaltliche Bewertung des Anliegens der Parteien vor. Da bei grob einseitigen Verträgen zudem droht, dass dieser als sittenwidrig und damit nichtig (§ 138 Abs. 1 BGB) eingestuft wird und der Notar dann möglicherweise für den daraus entstandenen Schaden haftet (§ 19 Abs. 1 BNotO), ist die inhaltliche Bewertung des Parteienanliegens durch den Notar ein wichtiger Filter zur Verhinderung von Urkunden, die ansonsten mit hoher Wahrscheinlichkeit später Gegenstand eines streitigen Gerichtsverfahrens geworden wären. Der Notar ist mithin der Lotse, nicht der Protokollführer der Urkundsbeteiligten.

- In naher Zukunft könnten auf den Notar weitere Aufgaben zukommen, die seine richter-nahe Stellung als Entscheidungsträger zum Ausdruck bringen. Zum einen plant das Bundesministerium der Justiz im Zuge der Neuordnung des Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Einführung eines vereinfachten Scheidungsverfahrens. Bei diesem werden alle wichtigen Fragen, etwa zum Zugewinnausgleich und zu Unterhaltsforderungen, von den scheidungswilligen Ehegatten mit dem Notar erörtert und in einer Scheidungsfolgenvereinbarung niedergelegt. Die Ehescheidung bleibt zwar dem Gericht vorbehalten, dies aber ohne vertiefte Sachprüfung und ohne Beteiligung von Rechtsanwälten. Weiterhin beabsichtigen die Justizminister der Bundesländer, den Notaren Aufgaben des Nachlassgerichts erster Instanz zu übertragen, insbesondere die ausschließliche Zuständigkeit zur Aufnahme von Erbscheinsanträgen und zur Erteilung des Erbscheins. Auch wenn nicht gesichert ist, ob diese Überlegungen in naher Zukunft umgesetzt werden, dokumentieren sie doch, dass an der Funktion des Notars im Rechtsschutzgefüge der Bundesrepublik Deutschland als eine dem Richter nahestehende Institution keine Zweifel bestehen.

- Seit 1. November 2001 werden gleichgeschlechtliche eingetragene Lebenspartnerschaften in Bayern nicht wie Ehen vor dem Standesbeamten, sondern ausschließlich vor dem Notar geschlossen. Auch hierbei hat der Notar, wie der Standesbeamte bei der Eheschließung, keineswegs nur die Funktion eines Schriftführers. Er hat vielmehr darüber zu entscheiden, ob die Voraussetzungen für die Eingehung einer Lebenspartnerschaft vorliegen. In den praktisch nicht seltenen Fällen, in denen ein Beteiligter ausländischer Staatsangehöriger ist oder im Ausland wohnhaft war, kann es erhebliche Schwierigkeiten bereiten, sich darüber Gewissheit zu verschaffen, dass eine frühere Ehe eines Beteiligten rechtskräftig geschieden ist oder die vorgelegten Abstammungsurkunden deutschen Dokumenten gleichwertig sind. Die Befugnis des Notars zur Beurkundung eingetragener Lebenspartnerschaften wird in Bayern praktisch auch in großem Umfang wahrgenommen. Denn anders als die nur für Notfälle gedachten personenstandsrechtlichen Befugnisse von Kapitänen (hierzu unten), ist die Zuständigkeit des Notars für Lebenspartnerschaften in Bayern eine ausschließliche. Dass andere Bundesländer diesem Beispiel nicht gefolgt sind, liegt sicher nicht daran, dass Notare anderer Bundesländer weniger staatsnah wären. Aus Sicht des Deutschen Notarvereins sollte diese Befugnis, auch wenn sie regional und quantitativ nur eine begrenzte Rolle spielt, deutlicher als bislang hervorgehoben werden, da es sich um eine in Brüssel und Luxemburg weitgehend unbekannte Kompetenz handelt, an deren hoheitlicher Natur nicht ernsthaft zu zweifeln sein dürfte.

5. Rechtsprechung des EuGH zu Art. 45 EG vor 2002

Hinsichtlich der Analyse der früheren Rechtsprechung des EuGH zu Art. 45 EG möchte der Deutsche Notarverein in erster Linie auf seine früheren Stellungnahmen verweisen, in der die bis 2002 ergangenen Entscheidungen bereits im Detail analysiert worden sind. Da die Kommission weiterhin behauptet, ihre Rechtsauffassung auf bestimmte Passagen einzelner älterer EuGH-Entscheidungen (insbesondere auf die Rechtssachen 2/74 *Reyners* und C-42/92 *Thijssen*) stützen zu können, möchte der Deutsche Notarverein indes einige Aspekte hierzu vortragen.

a) Rechtssache 2/74 *Reyners*

Eine klare und abschließende Definition der öffentlichen Gewalt im Sinne des Art. 45 EG ist durch den EuGH bislang nicht erfolgt. In der Rechtssache 2/74 *Reyners* definierte Generalanwalt *Mayras* in seinem Schlussantrag, der dem Deutschen Notarverein nur in englischer Sprache vorliegt, jedoch wie folgt:

"Official authority is that which arises from the sovereignty and majesty of the State; for him who exercises it, it implies the power of enjoying the prerogatives outside the general law, privileges of official power and powers of coercion over citizens."

Diese Definition ist jedenfalls wesentlich weiter gefasst als die der Kommission, die Art. 45 EG auf die spruchrichterliche Tätigkeit beschränken möchte.

Die Kommission beruft sich zur Belegung ihres engen Verständnisses wiederholt auf Randnummer 45 der Begründung in der Rechtssache *Reyners*, wonach nur die "unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt" unter Art. 45 EG fällt. Die Schlussfolgerung der Kommission, die aus diesen knappen Worten herauslesen möchte, dass weite Bereiche der vorsorgenden Rechtspflege keine öffentliche Gewalt im Sinne des Art. 45 EG darstellen sollen, wird von der Formulierung der Urteilsbegründung nicht gedeckt.

Noch zweifelhafter erscheint die Auslegung der Kommission, wenn man einen Blick auf die Hintergründe der *Reyners*-Entscheidung wirft. *Jean Reyners* war ein Niederländer, der in Belgien Jura studiert hatte und nicht zur belgischen Anwaltschaft zugelassen wurde, weil dies nach nationalem Recht die belgische Staatsangehörigkeit vorausgesetzt hätte. Der von *Jean Reyners* angerufene *Conseil d'Etat* legte dem EuGH unter anderem die Frage vor, ob Art. 43 EG direkt anwendbar sei, obwohl die von Art. 44 und 47 EG vorgesehenen Richtlinien

damals noch nicht erlassen worden waren. Hierzu ist anzumerken, dass die heute selbstverständliche direkte Anwendbarkeit des europäischen Primärrechts damals noch jung war. Vor allem aber war damals noch allein die Leitentscheidung 26/62 *van Gend en Loos* maßgeblich, in der entschieden worden war, dass die direkte Anwendung einer Bestimmung des EG-Vertrags unter anderem voraussetze, dass nicht der Vertrag selbst die weitere Konkretisierung der fraglichen Bestimmung durch Sekundärrecht vorsieht, was bei der Niederlassungsfreiheit aber gem. Art. 44, 47 EG der Fall ist. Die Harmonisierung lief zum Zeitpunkt der *Reyners*-Entscheidung recht zäh. Der EuGH sah sich daher berufen, als Motor der europäischen Rechtsangleichung zu fungieren und den Gesetzgeber unter Druck zu setzen, die von Art. 44, 47 EG vorgesehenen Richtlinien zu erlassen. Das eigentlich Überraschende an der *Reyners*-Entscheidung war mithin die Direktanwendung von Bestimmungen des EG-Vertrags, die eigentlich zunächst durch Sekundärrecht hätten konkretisiert werden sollen.

Nachdem diese Hürde genommen war, war weiter die Frage zu klären, ob Art. 45 EG einen mit öffentlichen Aufgaben verbundenen Beruf im Ganzen den Grundfreiheiten entzieht oder nur hinsichtlich der hoheitlichen Tätigkeiten, ob der Vorbehalt des Art. 45 EG also tätigkeits- oder berufsbildbezogen auszulegen sei. Als der EuGH in der *Reyners*-Entscheidung ausführte, dass nur die unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt unter Art. 45 EG falle, war damit lediglich eine Absage an das berufsbildbezogene Verständnis gemeint. Eine Beschränkung des Art. 45 auf spruchrichterliche und anklagende Tätigkeit sollte damit jedoch nicht zum Ausdruck gebracht werden. Die Kommission reißt einzelne Wörter einer Entscheidungsbegründung aus ihrem Kontext und leitet daraus Schlussfolgerungen ab, die weit über den ursprünglichen Gehalt der Entscheidung hinausgehen.

b) Rechtssache C-42/92 Thijssen

Nichts anderes gilt für die Rechtssache *Thijssen*, die ohnehin einen mit dem Notar kaum vergleichbaren Sachverhalt betrifft. Hier beruft sich die Kommission wiederholt auf die in Randnummer 22 enthaltene Aussage, wonach eine "helfende und vorbereitende Rolle" keine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG darstellt. Diese Aussage trägt in keiner Weise die von der Kommission vorgenommene Verengung des Art. 45 EG auf die spruchrichterliche und anklagende Tätigkeit. Im Übrigen handelt es sich bei der Tätigkeit des Notars nicht um eine helfende und vorbereitende Tätigkeit. Wie insbesondere in Ziffer 4. dieser Stellungnahme dargelegt, "entscheidet" der Notar über diverse Aspekte.

6. Rechtsprechung seit 2002

Die Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung seit 2002 entzieht der Rechtsauffassung der Kommission weiter Boden. Denn in der Rechtssache C-405/01 *Spanische Kapitäne* äußerte sich der EuGH erstmals ausdrücklich zu der Frage, ob notarielle Tätigkeit als Ausübung öffentlicher Gewalt zu sehen ist.

In der Rechtssache *Spanische Kapitäne* war die Frage zu klären, ob der Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Kapitäne und Erste Offiziere unter spanischer Flagge laufender Seeschiffe nicht an den Grundfreiheiten zu messen ist, da die Kapitäne und Ersten Offiziere Aufgaben wahrnehmen, die als Ausübung öffentlicher Gewalt zu qualifizieren sein könnten. Zu diesen Aufgaben gehören zum einen polizei- und sicherheitsrechtliche Maßnahmen und zum anderen notarielle und personenstandsrechtliche Aufgaben wie die Eheschließung oder die Entgegennahme und Verwahrung von Testamenten. Da Kapitäne regelmäßig abhängig beschäftigt sind, erfolgt die Prüfung nicht am Maßstab des Art. 45 EG, sondern des Art. 39 Abs. 4 EG, was jedoch inhaltlich zu keinem Unterschied führt. In beiden Vorschriften wird die Ausübung öffentlicher Gewalt aus dem Anwendungsbereich der Grundfreiheiten ausgeschlossen.

Die zu klärenden Rechtsfragen wurden dem EuGH vom spanischen *Tribunal Supremo* im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 234 EG vorgelegt. Der EuGH hatte hierzu zunächst zu beantworten, ob die genannten Aufgaben überhaupt als Ausübung öffentlicher Gewalt zu qualifizieren sind. Sodann war zu klären, ob es für die Anwendbarkeit des Art. 39 Abs. 4 EG von Belang ist, ob diese Aufgaben von Kapitänen auch tatsächlich mit einer gewissen Regelmäßigkeit ausgeübt werden. Zur ersten dieser Teilfragen schreibt der EuGH in Randnummer 42:

"Im vorliegenden Fall ist festzuhalten, dass das spanische Recht den Kapitänen [...] einerseits Rechte im Zusammenhang mit der Aufrechterhaltung der Sicherheit und der Ausübung polizeilicher Befugnisse [...] verleiht [...] und andererseits notarielle und personenstandsrechtliche Zuständigkeiten [...]. Solche Aufgaben stellen eine Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse [...] dar."

(Hervorhebung nichtamtlich)

Die von der Kommission in Ziffer 13 der mit Gründen versehenen Stellungnahme aufgestellte Behauptung, der EuGH habe bei der Einordnung dieser Aufgaben als hoheitliche in erster Linie die Polizeibefugnisse im Blick gehabt, steht im Widerspruch zum klaren Wortlaut der

Urteilsbegründung. Dort werden sämtliche, nicht einzelne der genannten Aufgaben als hoheitlich qualifiziert.

Die zweite Teilfrage beschäftigt sich damit, ob Art. 39 Abs. 4 EG weiter voraussetzt, dass diese Befugnisse tatsächlich in gewisser Regelmäßigkeit ausgeübt werden. Wie der EuGH in Randnummer 33 ausführt, hat neben einigen Mitgliedstaaten auch die Kommission (!) die Ansicht vertreten, dass der Vorbehalt des Art. 39 Abs. 4 EG unabhängig von der Größe des Schiffs (Hochseeschiff oder küstennah verkehrendes Schiff) und der damit verbundenen Wahrscheinlichkeit der tatsächlichen Ausübung der fraglichen Befugnisse gelte. Der EuGH befindet hingegen in Randnummer 44:

"Hinzu kommen muss, dass diese Befugnisse von den Stelleninhabern tatsächlich regelmäßig ausgeübt werden und nicht nur einen sehr geringen Teil ihrer Tätigkeit ausmachen."

Ob diese Voraussetzungen im konkreten Fall gegeben sind oder nicht, wurde vom EuGH nicht entschieden. Das Vorabentscheidungsverfahren ist ein gegnerloses Verfahren ohne Kläger und Beklagten. Der EuGH entscheidet hierbei keinen Rechtsstreit, sondern beantwortet abstrakte Rechtsfragen. Der EuGH merkt in Randnummer 45 an, dass nach Auffassung des vorlegenden Gerichts und der spanischen Regierung die hoheitlichen Aufgaben der Kapitäne in der Praxis auch tatsächlich gelegentlich wahrgenommen werden. Dies lässt der EuGH jedoch – seiner Aufgabe im Vorabentscheidungsverfahren entsprechend – unkommentiert. Die Behauptung der Kommission in Ziffer 13 der mit Gründen versehenen Stellungnahme, wonach der EuGH befunden haben soll, dass die zur Rede stehenden Befugnisse nicht regelmäßig ausgeübt werden, ist schlichtweg falsch.

Es bedarf kaum der Erwähnung, dass Notare nahezu ausschließlich mit den als hoheitlich qualifizierten Aufgaben der Beurkundung, Beglaubigung, Verwahrung usw. einschließlich der dazu notwendigen Vorbereitungs- und Vollzugshandlungen befasst sind, so dass der zweite Prüfungsschritt im Falle des deutschen Notariats keine Diskussion auslösen sollte.

Aus Sicht des Deutschen Notarvereins ist die präjudizielle Kraft der Rechtssache *Spanische Kapitäne* nicht zu unterschätzen. Denn es handelt sich bei dieser ersten klaren Äußerung des EuGH zur Frage der hoheitlichen Natur notarieller Aufgaben nicht um ein obiter dictum, sondern um den rechtlichen Kern des Verfahrens. Die Rechtssache *Spanische Kapitäne* ist jedenfalls aufschlussreicher als die von der Kommission immer wieder bemühte, vor 30 Jahren am Rande der *Reyners*-Entscheidung judizierte Generalklausel der "unmittelbaren und spezifischen" Ausübung öffentlicher Gewalt. Die Kommission bemüht sich in Ziffer 13 der mit

Gründen versehenen Stellungnahme erfolglos, die Bedeutung der Rechtssache *Spanische Kapitäne* zu diminuieren.

7. Sonstige europäische Rechtsentwicklungen seit 2002

Auch außerhalb der Rechtsprechung des EuGH haben sich seit 2002 verschiedene Entwicklungen ergeben, die der Rechtsauffassung der Kommission weiter Boden entziehen. In unterschiedlichen Regelungen des Sekundärrechts wurde seither die Stellung des Notars als Träger eines öffentlichen Amtes anerkannt. Freilich kann Sekundärrecht nicht zur Auslegung des Primärrechts herangezogen werden. Sehr wohl jedoch kann das Sekundärrecht zur Bestandsaufnahme herangezogen werden, d. h. zur richtigen Erfassung der Aufgaben des Notars im europäischen und nationalen Rechtssystem. Das Sekundärrecht kann nicht den Anwendungsbereich von Art. 45 EG verändern, wohl aber kann es durch Zuweisung hoheitlicher Aufgaben ein Berufsbild in tatbestandlicher Hinsicht verändern.

a) Berufsqualifikationsrichtlinie

Wie einleitend bereits erwähnt, wird die Diplomanerkennungsrichtlinie in wenigen Monaten von der Berufsqualifikationsrichtlinie abgelöst werden. Deren Erwägungsgrund 41, der im Zuge des Rechtssetzungsverfahrens von der Kommission unterstützt wurde, lautet:

"Diese Richtlinie berührt nicht die Anwendung des Artikels 39 Absatz 4 und des Artikels 45 des Vertrags, insbesondere auf Notare."

Vor diesem Hintergrund erscheint es nachgerade als *venire contra factum proprium*, wenn die Kommission an ihrer Behauptung festhält, Notare unterfielen der Diplomanerkennungsrichtlinie.

b) Dienstleistungsrichtlinie

Ähnliches gilt für die Dienstleistungsrichtlinie. Die vom Europäischen Parlament am 15. November 2006 in Zweiter Lesung gebilligte Fassung ist ebenfalls in ihrer Gesamtheit auf Notare unanwendbar (Art. 17 Abs. 14 und Erwägungsgrund 10g). Dass dies in der Dienstleistungsrichtlinie, anders als in der Berufsqualifikationsrichtlinie, nicht mit einer ausdrücklichen Bezugnahme auf Art. 45 EG formuliert ist, erlaubt keinesfalls einen Umkehrschluss und kann nur durch eine Schleuderfahrt im Gesetzgebungsverfahren erklärt werden.

c) Verordnung zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels

Mit der oben bereits erwähnten Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen hat der europäische Gesetzgeber erstmals die Möglichkeit geschaffen, öffentliche Urkunden ohne förmliche Anerkennung durch Gerichte oder Behörden des Vollstreckungslandes oder durch supranationale Gerichte oder Behörden grenzüberschreitend zu vollstrecken. In Art. 4 Abs. 3 lit. a) der Verordnung macht sich der europäische Gesetzgeber die Definition des EuGH in der Rechtssache C-260/97 *Unibank* zu eigen und anerkennt den Notar als zur Aufnahme öffentlicher Urkunden befugte Stelle, auch wenn die Formulierung ("*von einer Behörde oder einer anderen von dem Ursprungsmitgliedstaat hierzu ermächtigten Stelle*") Notare nicht ausdrücklich erwähnt. Weitere Details hierzu hat der Deutsche Notarverein bereits in seinem vom 13. August 2004 dargelegt.

d) Entschließung des Europäischen Parlaments zu den Rechtsberufen

Das Europäische Parlament hat am 23. März 2006 eine Entschließung zu den Rechtsberufen und dem allgemeinen Interesse an der Funktionsweise der Rechtssysteme angenommen, in deren Ziffer 17 es heißt:

"[Das Parlament] ist der Auffassung, dass Artikel 45 des Vertrags vollständig auf den Beruf des Notars als solchen anwendbar ist."

Auch hierzu ist einzuräumen, dass eine solche Entschließung nicht zur Auslegung des EG-Vertrags herangezogen werden kann. Zugleich ist aber daran zu erinnern, dass zunächst eine zutreffende Bestandsaufnahme durchzuführen und die Rolle des Notars im System der Rechtspflege in tatbestandlicher Hinsicht korrekt zu erfassen ist. Und hierbei sollte die Haltung des einzigen unmittelbar demokratisch legitimierten Organs der Europäischen Gemeinschaften nicht unberücksichtigt bleiben.

8. Zusammenfassung

Der deutsche Notar übt öffentliche Gewalt im Sinne des Art. 45 EG aus und ist daher weder an der Niederlassungsfreiheit noch an der Diplomanerkennungsrichtlinie zu messen. Der Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare fällt nach der vom Vertrag vorgesehenen Kompetenzverteilung in die alleinige Zuständigkeit des nationalen Gesetzgebers.

Die Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Privatrechts steht in der Bundesrepublik Deutschland auf zwei Säulen. Dem streitentscheidenden Richter ist in Bereichen von besonderem öffentlichen Interesse die freiwillige Gerichtsbarkeit an die Seite gestellt. Diese unterscheidet sich von der anwaltlichen Rechtsberatung und Vertragsgestaltung durch ihren zwingenden Charakter. Das Verfahren, die Belehrung, die den Spruchrichter bindende Beweiskraft und die inhaltliche Prüfung des Rechtsgeschäfts durch den Notar stehen nicht zur Disposition der Parteien. Folgerichtig ist die öffentliche Urkunde einschließlich der gesetzlichen Gebührenerforderung des Notars wie ein Urteil vollstreckbar. Der Notar ist der "Richter im Vorfeld" und damit eine eigene Instanz. Durch seine zwingende Einschaltung wird die Anrufung weiterer Instanzen zuverlässig vermieden. Nur selten werden öffentliche Urkunden zum Gegenstand streitiger Urteile.

Diese Ausgestaltung der Rechtspflege ist nicht alternativlos. Andere Rechtsordnungen sind anders strukturiert. Ob dieses oder jenes System sinnvoller, effizienter, überlegen ist, ist nicht die vom EuGH im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens zu klärende Frage. Die Organisation der nationalen Rechtspflege ist nach Art. 45 EG nicht an den Grundfreiheiten zu messen. Eine umfassende und systemneutrale Bestandsaufnahme zeigt, dass auch die freiwillige Gerichtsbarkeit und mit ihr der Notar zum Kreis der Vorbehaltsaufgaben des Art. 45 EG zu rechnen sind. Diese Einordnung ist in den letzten Jahren auch im europäischen Sekundärrecht, in Entschlüssen des Parlaments und in der Rechtsprechung des EuGH explizit zum Ausdruck gebracht worden.

Für die weitere Erörterung stehe ich Ihnen selbstverständlich jederzeit gerne zur Verfügung.