

„Europa - Chance oder Bedrohung für unser Notariat?“

Vortrag von

**Volker G. Heinz,
Rechtsanwalt und Notar, Berlin
Barrister-at-Law, London**

**anlässlich des 51. Deutschen Anwaltstages
am 3. Juni 2000
in Berlin**

	Seite
INHALTSVERZEICHNIS	2
I. Einführung: Herausforderung Europa	5
II. Rückblick: Der Notar im Mittelalter	9
III. Gegenwart: Möglichkeiten und Grenzen einer grenzüberschreitenden Notarstätigkeit	10
1. Rechtliche Ausgangssituation	
a) Niederlassung im europäischen Ausland	
b) Erbringung notarieller Dienstleistungen im Ausland	11
aa) temporäre deutschrechtliche Dienstleistung im Ausland	
bb) temporäre fremdrechtliche Dienstleistung im Ausland	12
cc) temporäre fremdrechtliche Dienstleistung im Inland	
2. Zu den Ansätzen, die den Notaren eine grenzüberschreitende Tätigkeit bzw. Tätigkeiten mit grenzübergreifenden Wirkungen erlauben.	13
a) Berufsständische Öffnung	
b) Zwischenstaatliche Übereinkommen	15
aa) Das EuGVÜ	
bb) Das EVÜ	
c) Vereinheitlichungen auf dem Gebiet des materiellen Zivilrechts	17
d) Entwicklungen im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland sowie in der Republik Portugal: Verzicht auf Staatsangehörigkeitserfordernis	18
aa) England and Wales	19
bb) Portugal	
cc) Limitierte Auswirkungen	
e) Zwischenergebnis	20

IV.	Die Europäische Union als Motor eines Europäischen Notariats?	21
1.	Tätigkeiten des deutschen Notars und Grundfreiheiten des EG-Vertrages	
a)	Grundfreiheiten des EG-Vertrages	22
b)	Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EGV (vormals Art. 52 EGV)	
c)	Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 EGV (vormals Art. 59 EGV)	
d)	Ausnahmeregelung nach Art. 45 (vormals Art. 55 EGV) für Tätigkeiten, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind	
aa)	Niederlassungsfreiheit	
bb)	Dienstleistungsfreiheit	23
2.	Verhältnis des Vorbehaltes des Art. 45 EGV (Art. 55 EGV) zu den Tätigkeiten des deutschen Notars	24
a)	Entschließung des Europäischen Parlamentes vom 18. Januar 1994	
b)	Verbreitete Ansicht im deutschen Schrifttum	
c)	Mitteilung der Europäischen Kommission vom 18. Juni 1999	25
d)	Öffentliche Gewalt im Sinne von Art. 45 EGV und das Berufsbild des deutschen Notars – Meinungsstand	
aa)	Schippel u.a.	26
bb)	Stumpf u.a.	27
cc)	EU-Kommission u.a.	30
dd)	Öffentliche Gewalt und Tätigkeiten des Notars	32
	(1) §§ 20 III, 21, 22 I und II BNotO, §§ 794 I Z. 5, 796c ZPO u.a.	
	(2) §§ 23, 24 I BnotO	34
	(3) Beglaubigungen und Beurkundungen	
ee)	Resumé	37

3.	Folgeprobleme, die sich aus der Anwendung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit auf die notarielle Tätigkeit ergeben	37
a)	Rechtsfragen, die mit der Dienstleistungsfreiheit verbunden sind	38
b)	Rechtsfragen, die mit der Niederlassungsfreiheit verbunden sind	39
c)	Rechtssetzungskompetenzen	
V.	Faktoren, die die hier vorgezeichnete Entwicklung begünstigen	41
1.	Günstige Rahmenbedingungen	
a)	Englisch als europäische Rechts- und Wirtschaftssprache	
b)	Kenntnis fremder Rechtsordnungen	
c)	Rechtsharmonisierung	
d)	grenzüberschreitende Tätigkeiten des Anwaltsnotars	
e)	gemeinsame historische Wurzeln	
f)	EuRAG	42
2.	Das künftige EuNotG	43
VI.	Chance und Bedrohung für das deutsche Notariat	45
1.	Bedrohungen	
2.	Chancen	

„EUROPA – CHANCE ODER BEDROHUNG FÜR UNSER NOTARIAT?“¹

I. Einführung: Herausforderung Europa

Europa befindet sich im Wandel. Starke wirtschaftliche und politische Kräfte, organisiert in der Europäischen Union, haben sich zum Ziel gesetzt, den wirtschaftlichen und politischen Großraum Europa zu schaffen, der sich auszeichnet durch eine gesicherte, mehrstufige Rechtsordnung bei Gewährung weitreichender persönlicher, politischer und wirtschaftlicher Freiheiten. Dies bedeutet nicht notwendigerweise die Beseitigung nationaler Grenzen; es ist aber erklärtes Ziel dieses europäischen Integrationsprozesses, die Grenzen weitestgehend durchlässig zu machen und damit den Bürgern Europas die größtmögliche persönliche und wirtschaftliche Bewegungsfreiheit einzuräumen.

Die europäische Integration ist in einem Umfang fortgeschritten, den sich bei Abschluß der Gründungsverträge am 1. Januar 1958 wohl kaum jemand hat vorstellen können. Wer hätte 1958 gedacht, daß wir im Jahre 1999 ein europäisches Parlament haben, dem es gelingt, die Europäische Kommission zu stürzen? Wer hätte seinerzeit gedacht, daß heute ernsthaft und mit Aussicht auf Erfolg über eine gemeinsame europäische Außen- und Sicherheitspolitik diskutiert und diese in Ansätzen auch schon praktiziert wird? Oder, was uns Juristen näher liegt, wer hätte im Jahre 1958 gedacht, daß wir Anwälte in der europäischen Union die europäischen Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheiten verwirklicht haben, also auch grenzüberschreitend tätig sein können? Erst kürzlich, am 14. März 2000, trat das Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland in Kraft², für das es in den meisten europäischen Ländern der europäischen Union entsprechende Gesetzeswerke gibt. Danach können europäische Anwälte in Deutschland nicht nur einzelne Dienstleistungen erbringen, sondern sich auch in Deutschland niederlassen, wenn auch gegen Nachweis ausreichender Rechtskenntnisse, soweit sie sich im deutschen Recht bewegen wollen.

Natürlich ist diese anhaltende europäische Integrationsbewegung an den europäischen und damit auch an den deutschen Notaren nicht spurlos vorübergegangen. Als Rechtsanwender müssen Notare sich selbstverständlich nicht nur mit ihren jeweiligen nationalen Rechtsordnungen auseinandersetzen, sondern auch mit den entsprechenden Regelungswerken der Europäischen Union. Aber auf dem Gebiet der sog. Freiverkehrsrechte, also mit Bezug auf die Möglichkeit, grenzüberschreitend tätig zu sein, haben sich die europäischen Notare seit Gründung der europäischen Gemeinschaft praktisch nicht bewegt. Dies ist deshalb besonders erstaunlich, weil aus dem Kreis der Rechtssuchenden auch im notariellen Bereich zunehmend Bedarf an grenzüberschreitenden Tätigkeiten angemeldet wird. So zählt es beispielsweise zu den immer wiederkehrenden Mandantenwünschen an Anwaltsnotare international operierender Sozietäten, aber auch an Nur-Notare in größeren deutschen Städten, im europä-

¹ Meinem Kollegen Dr. Richard Steinicke schulde ich Dank und Anerkennung. Er hat die Hauptlast der Recherche getragen, eine Reihe interessanter Anregungen miteingebracht und das Manuskript mit Ausdauer und Sorgfalt begleitet. Für verbleibende Fehler und Irrtümer trage ich die alleinige Verantwortung.

² Bundesgesetzblatt Jahrgang 2000 Teil I Nr. 9.

ischen Ausland eine Gesellschaft nach deutschem oder ausländischem Recht zu gründen, wobei bei der Frage der Orts- und Rechtswahl neben den örtlichen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen vor allem Fragen des nationalen und internationalen Steuerrechts eine erhebliche Rolle spielen. Selbstverständlich bevorzugen international operierende deutsche Mandanten es, bei gesellschaftsrechtlichen Transaktionen umfassend von einem ihnen vertrauten deutschen Nur-Notar oder Anwaltsnotar betreut zu werden. Zu denken wäre aber auch an den europäischen Grundstücksverkehr - warum sollte ein deutscher Notar, der mit der spanischen Sprache und dem spanischen Rechtssystem vertraut ist, nicht in Spanien den Erwerb einer spanischen Immobilie durch ein deutsches Ehepaar beurkunden können? Warum sollte ein deutscher Nur- oder Anwaltsnotar für eine international operierende Fondsgesellschaft zur Besicherung von Darlehensverträgen nicht die Bestellung dinglicher Sicherheiten an Grundstücken in mehreren europäischen Ländern beurkunden dürfen? Aber auch im Familien- und Erbrecht gibt es, ohne das ich dies hier einzelnen aufzählen müßte, eine Reihe von Situationen, bei denen es für den Rechtssuchenden einfacher, bequemer, kostengünstiger und schneller wäre, wenn seine grenzübergreifenden rechtlichen Probleme grenzübergreifend aus einer Hand gelöst werden könnten.

Wenn wir als Notare diesen Bedarf der Wirtschaft und der privaten Rechtssuchenden wirklich befriedigen wollen, müssen wir umdenken. Wir müssen bereit sein, unsere Mandanten ins europäische Ausland zu begleiten, um dort unsere Dienstleistungen zu erbringen. Umgekehrt müssen wir selbstverständlich auch akzeptieren, daß ausländische Notare, wenn dies von deren Mandanten gewünscht ist, in der Bundesrepublik Deutschland tätig sind.

Den berufsrechtlichen Herausforderungen an die europäischen Notare stehen diese und vor allem deren territoriale und internationale Berufsverbände allerdings eher skeptisch gegenüber. Von der Verwirklichung der europäischen Freiverkehrsrechte, d. h. der grenzüberschreitenden Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, wollen sich die europäischen Notare nahezu vollständig ausgenommen sehen. Auch die Kräfte der Globalisierung unter Einfluß der Integration Europas scheinen die Notare sehr zu beunruhigen.

Im Gegensatz dazu bin ich der Ansicht, daß wir alle von der Globalisierung grundsätzlich bereits profitieren und auch künftig weiter profitieren werden. Wir dürfen nur nicht den Fehler begehen zu glauben, daß wir uns den bestimmenden wirtschaftlichen und politischen Triebkräften auf Dauer verschließen können. Der Markt verlangt zunehmend nach Notaren, die die Möglichkeit haben, Sachverhalte mit internationalem Bezug grenzübergreifend zu betreuen. Die Furcht einiger Standesvertreter vor einer gänzlichen Aufweichung des herkömmlichen Notarberufes wird ist nur begründet, , wenn wir uns dem Verlangen des grenzüberschreitenden Marktes nach grenzüberschreitender notarieller Tätigkeit weiterhin fast vollständig verschließen. Denn – hierüber dürfte Einigkeit bestehen - ist unser Berufsstand zu klein, um globale Trends dauerhaft aufzuhalten. Aber das ist auch nicht die Aufgabe unseres Berufsstandes. Dieser hat sich vielmehr im Interesse seiner Mitglieder aktiv an der Suche nach Lösungen für Probleme zu beteiligen, die im Gefolge sich ändernder Rahmenbe-

³ Baumann, MittRhNotK 2000, 1 ff.

dingungen für Notare und deren Mandanten auftreten.

Meine sehr geehrten Damen und Herren, nach meinen einleitenden Ausführungen werden Sie unschwer erkennen können, worauf es mir heute im wesentlichen ankommt. Ich möchte Ihnen im einzelnen näher darstellen, welchen Beschränkungen der deutsche Notar derzeit unterliegt die Wünsche seiner Mandanten nach grenzüberschreitender Betreuung zu erfüllen. Im Laufe meiner weiteren Ausführungen werde – aus Zeitgründen muß ich mich auf Stichworte beschränken – skizzieren welche vorsichtigen Entwicklungen in Richtung grenzüberschreitender notarieller Tätigkeiten es derzeit in Europa zu beobachten gibt und weshalb ich glaube - hierin wird der Schwerpunkt dieses Vortrages liegen - , daß eine grenzüberschreitende notarielle Tätigkeit dem deutschen Notar letztlich erlaubt werden wird, und warum es schließlich für den deutschen Notar sinnvoll ist, diese Entwicklung offensiv und positiv zu begleiten.

II. Möglichkeiten und Grenzen einer grenzüberschreitenden Notarstätigkeit

. Lassen Sie mich zunächst zu den Möglichkeiten kommen, die das bestehende Recht dem deutschen Notar und seinen europäischen Kollegen eröffnet , ihre Dienste grenzüberschreitend zu erbringen?

Lassen Sie mich zunächst die rechtliche Ausgangssituation skizzieren. Wir werden feststellen, daß wir uns von dem - dies sei hier nur am Rande bemerkt - bereits im Mittelalter erreichten Zustand beruflicher Freizügigkeit weit entfernt haben (hierzu 1.).

Anschließend möchte ich kurz die zaghaften Ansätze darstellen, die dem steigenden Bedarf nach grenzüberschreitenden notariellen Tätigkeiten unmittelbar oder mittelbar, in jedem Falle jedoch unzureichend entgegen kommen (hierzu 2.).

Ich bitte um Verständnis dafür, daß ich im folgenden nicht auf die Rechtsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Union eingehen kann. Die für diesen Vortrag zur Verfügung stehende Zeit würde bei weitem nicht ausreichen. Ich werde mich daher auf Grundsätzliches aus deutscher Sicht beschränken. Dies führt zu Vereinfachungen, ändert aber am Gesamtergebnis, auch aus der Sicht anderer europäischer Länder, letztlich nichts.

⁴ Eingehend Trusen, ZRG XCVIII, 369 ff.

⁵ Vgl. Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte 2, 8. Auflage 1992, 34 ff.

⁶ Trusen, a.a.O., S. 369, 379.

⁷ Zur Rezeption s. Hattenhauer, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Auflage 1994, 249.

1. Rechtliche Ausgangssituation

Zunächst zur rechtlichen Ausgangssituation:

Um den deutschen Notaren eine echte Betreuung von Sachverhalten mit internationalem Bezug zu ermöglichen, kommen grundsätzlich zwei Wege in Betracht.

Zum einen ist daran zu denken, daß sich ein deutscher Notar im Ausland ausschließlich oder zusätzlich **niederläßt** und dort seine Bestellung zum Notar beantragt (hierzu a). Zum anderen könnte der Notar - ohne sich im Ausland als Notar niederzulassen - im Ausland notarielle **Dienstleistungen** erbringen - regelmäßig wird es sich hier um Beurkundungen und Beglaubigungen handeln (hierzu b).

Wir werden feststellen, daß der Notar derzeit weder die Möglichkeit hat, sich im Ausland niederzulassen, noch darin frei ist, in Sachverhalten mit internationalem Bezug im Ausland substantielle Dienstleistungen zu erbringen. Im einzelnen:

a) Niederlassung im europäischen Ausland

Die Rechtslage bezüglich der Niederlassung als Notar im europäischen Ausland entspricht in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten weitgehend der in der Bundesrepublik Deutschland: Als Notar darf lediglich tätig werden, wer hierzu vom deutschen Staat bestellt worden ist. Bestellt werden dürfen lediglich deutsche Staatsangehörige (vgl. §§ 4 BNotO, 5 DRiG) nach entsprechendem Befähigungsnachweis⁸.

Dies bedeutet also beispielsweise, daß auch ein deutscher Notar, der über vertiefte Kenntnisse des italienischen Rechts verfügt und fließend italienisch spricht, nicht die Möglichkeit hat, sich in Rom dauerhaft niederzulassen - der Geburtsstätte nicht nur der Römischen Verträge mit ihren europäischen Freiverkehrsrechten, sondern des Notariats schlechthin.

b) Erbringung notarieller Dienstleistungen

Den Notaren ist es aber nicht nur versagt, sich dauerhaft in einem anderen Staat niederzulassen. Auch die Möglichkeiten, im Einzelfall **grenzüberschreitend notarielle Dienste zu erbringen**, sind praktisch nicht vorhanden. Lassen Sie mich die Einschränkungen, denen ein Notar insoweit unterliegt, für den Schwerpunkt der notariellen Tätigkeit, also für die **Beurkundungstätigkeit**, ein wenig veranschaulichen.

⁸ Vgl. hierzu die Feststellungen des sog. Marinho-Berichts, ZNotP 1997, 58 ff.

- aa) Dem deutschen Notar ist es zunächst versagt, sich vorübergehend ins Ausland zu begeben, um dort eine nach **deutschem Recht** erforderliche Beurkundung wirksam vorzunehmen. Dabei sehe ich einmal davon ab zu kommentieren, daß zum Beispiel ein Berliner Notar nicht in Bayern, ein bayerischer Notar aber auch nicht in Hamburg beurkunden kann – warum eigentlich nicht? Wollen die Bürger das nicht? Wieso darf ein französischer Notar in ganz Frankreich beurkunden?

Ein deutscher Notar, der beispielsweise von einem französischen Mandanten gebeten wird, sich nach Paris zu begeben, um dort in deutscher oder französischer Sprache die Errichtung einer deutschen GmbH mit überwiegend französischen Gesellschaftern zu beurkunden, muß den Mandanten darauf hinweisen, daß ihm dies nicht möglich ist. Statt dessen muß er - will oder kann der französische Mandant nicht ins Konsulat oder nach Deutschland reisen - den oft sehr zeitraubenden Umweg über ausländisch beurkundete oder beglaubigte Vollmachten oder Genehmigungen einschließlich entsprechender Überbeglaubigungen gehen, oft mit jeweils separaten Übersetzungen, Beglaubigungen und Überbeglaubigungen. Denn: außerhalb des Staatsgebietes der Bundesrepublik Deutschland kann nach derzeit fast einheitlicher Meinung der deutsche Notar keine wirksamen Urkundsakte einschließlich Beglaubigungen vornehmen. Man geht davon aus, daß sich die Befugnis des nationalen Notars zur öffentlichen Beurkundung von der nationalen Staatsgewalt ableitet und daher nur in den Gebietsgrenzen dieser Staatsgewalt wirksam beurkundet werden könne⁹. Die Beurkundung, so heißt es, ist eine hoheitliche Tätigkeit, die jeder Staat kraft seiner Gebietshoheit im Inland ausländischen Notaren und im Ausland inländischen Notaren untersagen kann.

- bb) Ein deutscher Notar ist weiterhin nicht in der Lage, sich vorübergehend ins Ausland zu begeben, um dort auf Wunsch seines Mandanten eine nach **ausländischem Recht** erforderliche Beurkundung durchzuführen; auch insoweit entspricht die Rechtslage im europäischen Ausland grundsätzlich der in der Bundesrepublik Deutschland. Also:¹⁰ ein in Deutschland zugelassener Notar, der in den Niederlanden ein Jurastudium abgeschlossen hat, ist daran gehindert, sich mit seinem Mandanten nach Amsterdam zu begeben, um dort die zur Errichtung einer niederländischen GmbH erforderlichen Beurkundungen in deutscher oder niederländischer Sprache vorzunehmen. Entsprechend der Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland wäre die Beurkundung aus holländischer Sicht nichtig, da sie von einem ausländischen Notar auf holländischem Staatsgebiet vorgenommen wurde.

⁹ Vgl. nur Schippel, Kommentar zur BNotO, 7. Auflage 2000, § 11a Rn 1.

¹⁰ Vgl. hierzu den Marinho-Bericht, a.a.O.

- cc) Schließlich ist es dem deutschen Notar zwar grundsätzlich möglich, an seinem Amtssitz eine nach **ausländischem** Recht erforderliche Beurkundung vorzunehmen. Eine wirksame Beurkundung setzt jedoch voraus, daß das deutsche Beurkundungsverfahren den Anforderungen des jeweiligen ausländischen Rechts entspricht. Ein deutscher Notar kann daher Rechtsgeschäfte, die nach ausländischem Recht beurkundungspflichtig sind, wiederum nur vornehmen, wenn das ausländische Recht das deutsche Beurkundungsverfahren anerkennt, was nicht immer der Fall ist¹¹.

Ihnen, meine Damen und Herren, wird diese Problematik aus umgekehrter Sicht geläufig sein. Wie Sie wissen, wird immer noch kontrovers diskutiert, inwieweit zum Beispiel deutsche gesellschaftsrechtliche Vorgänge durch einen ausländischen Notar beurkundet werden können. Darauf werde ich an späterer Stelle noch kurz eingehen.

Es bleibt also festzuhalten, daß wir einem Zustand beruflicher Freizügigkeit noch weit entfernt sind. Den Bedarf nach konsumentenfreundlicher grenzüberschreitender notarieller Betreuung können wir derzeit nur schwerlich befriedigen.

2. Zu den Ansätzen, die den Notaren eine grenzüberschreitende Tätigkeit bzw. Tätigkeiten mit grenzübergreifenden Wirkungen erlauben.

Es soll freilich nicht verschwiegen werden, daß Entwicklungen zu beobachten sind, die uns dem Ziel eines Notariates, in dem Notare grenzüberschreitend tätig sein können, näher gebracht haben oder zukünftig möglicherweise näher bringen werden. Neben standesrechtlichen Liberalisierungen - erwähnt sei hier die Verabschiedung des wenig revolutionären „Europäischen Kodex des notariellen Standesrechtes“ vom 4. Februar 1995 durch die Konferenz der Notariate der Europäischen Union (CNUE), sowie die ebenso wenig ambitionierte Verabschiedung von § 11 a BNotO durch den deutschen Gesetzgeber -, zwischenstaatlichen Vereinbarungen - das Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen (EuGVÜ) und insbesondere das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (EVÜ) haben uns dem Ziel zu einem grenzübergreifenden Notariat zumindest ein kleines Stückchen näher gebracht -, europäischen Vereinheitlichungen auf dem Gebiet des materiellen Zivilrechts - seit einigen Jahren wird die Schaffung einer einheitlichen europäischen Privatgesellschaft, der sogenannten Europa-GmbH diskutiert ist hier insbesondere die Öffnung des Notarberufs für Ausländer in zwei europäischen Nachbarstaaten zu nennen. Ich bitte um Verständnis dafür, daß ich diesen Entwicklungen hier nicht vertieft darstellen kann, sondern insoweit auf verweise.

¹¹ Vgl. Palandt/Heldrich, Kommentar zum BGB, 59. Auflage 2000, Art. 11 EGBGB Rn 12 ff.

¹² Siehe hierzu DNotZ 1995, 329 ff.

¹³ Bundesgesetzblatt Jahrgang 1998 Teil I 2585.

¹⁴ Martiny, Münchener Kommentar zum BGB, 2. Auflage 1990, vor Art. 27 EGBGB Rn 7 ff.

¹⁵ Der deutsche Gesetzgeber arbeitete die Regelungen des Art. 9 EVÜ in Art. 11 EGBGB ein.

¹⁶ Vgl. Art. 11 Abs. 6 EGBGB.

¹⁷ BGHZ 80, 76; Spellenberg, Münchener Kommentar zum BGB, a.a.O., Art. 11 EGBGB Rn 48.

¹⁸ Hierzu Spellenberg, a.a.O.

Wir müssen uns allerdings darüber im klaren sein, daß diese ersten zaghaften Ansätze einer Liberalisierung und Europäisierung notarieller Dienstleistungen sich für den international operierenden Mandanten als unzureichend erweisen.

IV. Die Europäische Union als Motor eines Europäischen Notariats?

Wenden wir uns nunmehr der Frage zu, ob und gegebenenfalls wie es deutschen Notaren vor dem Hintergrund der Regelwerke der Europäischen Union ermöglicht werden kann, grenzüberschreitend tätig zu werden. Als mögliche Einbruchstelle werden in zunehmendem Maße die Grundfreiheiten des EG-Vertrages diskutiert.

1. Tätigkeiten des deutschen Notars und Grundfreiheiten des EG-Vertrages

a) Grundfreiheiten des EG-Vertrages

Der Europarechtler unterscheidet bekanntlich zwischen den Rechtsquellen des primären und des sekundären Gemeinschaftsrechts. Während das sekundäre Gemeinschaftsrecht das von den Gemeinschaftsorganen geschaffene Recht darstellt, also insbesondere Verordnungen und Richtlinien, leitet sich das primäre Gemeinschaftsrecht aus den Gründungsverträgen, insbesondere dem EG-Vertrag ab.

Der EG-Vertrag wiederum enthält zum einen in den Art. 189 ff (vormals Art. 137 ff.) objektives Verfassungsrecht für die Gemeinschaften, das in erster Linie die Verbands- und Organkompetenzen, Verfahrensabläufe, zulässige Handlungsformen, das Haushaltsrecht und die Beziehungen zu Drittstaaten regelt.

Daneben enthält der EG-Vertrag die sogenannten Grundfreiheiten. Das eigentliche Ziel des EGV liegt gemäß Art. 14 EGV in der Schaffung eines gemeinsamen Binnenmarktes, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist. Der Verwirklichung dieser Ziele dienen die in den Art. 23 ff. EGV (vormals Art. 9 ff. EGV) enthaltenen Grundfreiheiten: Im einzelnen handelt es sich hierbei um die Freiheit des Warenverkehrs, die Freiheit des Personenverkehrs - zu der auch die Niederlassungsfreiheit zählt -, die Dienstleistungsfreiheit sowie die Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs.

¹⁹ Festschrift Boujong, 137 ff; MittRhNotK 1997, 3 ff.

²⁰ Siehe hierzu Limmer, Notar 1999, 138 ff.

²¹ Vgl. hierzu die Aufforderung der Europäischen Kommission an die Bundesrepublik vom 18. Juni 1999, in der darauf hingewiesen wird, daß Portugal den Staatsangehörigenvorbehalt aufgehoben habe.

²² Vgl. § 21 BNotO.

Diese Grundfreiheiten sind für die Mitgliedstaaten unmittelbar geltendes Recht, auf das sich jeder EG-Staatsbürger unmittelbar berufen kann. Sie binden die Mitgliedstaaten, ohne daß etwa weitere Umsetzungsakte in nationales Recht notwendig wären²³. So wäre beispielsweise ein deutsches Gesetz, daß es einem EU-Ausländer wegen seiner Staatsangehörigkeit verbietet, sich in der Bundesrepublik als Metzger oder Kaufmann oder Fischer niederzulassen, wegen Verstoßes gegen die Grundfreiheit der freien EU-weiten Niederlassung nichtig. Dementsprechend dürfen gegen einen EU-Ausländer, der sich gleichwohl auf deutschem Staatsgebiet niederläßt, keine Verbotsverfügungen ergehen.

Von diesen Grundfreiheiten sollen nachfolgend die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheiten mit dem Ziel untersucht werden, ob auch Notare diese Freiheiten in Anspruch nehmen können. Mit anderen Worten, ich will feststellen, ob die eingangs geschilderten Einschränkungen, denen Notare bei grenzüberschreitender Tätigkeit unterliegen, vielleicht europarechtswidrig sind.

b) Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EGV (vormals Art. 52 EGV)

Die Niederlassungsfreiheit bezeichnet das Recht, einen gewerblichen oder beruflichen Mittelpunkt in dem Staatsgebiet eines anderen Mitgliedstaates zu errichten. Sie gilt in gleichem Maße für die Ausübung gewerblicher und freiberuflicher Tätigkeiten. Bestimmungen, die die Niederlassung von persönlichen Qualifikationen abhängig machen, sind nur zulässig, soweit dies im öffentlichen Interesse liegt und Ausländer hierdurch nicht mittelbar diskriminiert werden²⁴.

c) Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 EGV (vormals Art. 59 EGV)

Im Gegensatz zur Niederlassungsfreiheit, die es Ausländern erlaubt, dauerhaft in einem Mitgliedsstaat tätig zu sein, schützt die Dienstleistungsfreiheit eine von Ausländern ausgeübte vorübergehende, also einzelfallbezogene Tätigkeit. Die Art. 49 ff. EGV (Art. 59 ff. EGV) haben hierbei eine dreifache Stoßrichtung: Der Dienstleister darf sich zum einen in einen anderen Mitgliedstaat begeben, um dort seine Dienste zu erbringen; der Dienstleistungsempfänger ist seinerseits berechtigt, den Dienstleister in dessen Staat aufzusuchen; schließlich sind Dienstleister und Empfänger berechtigt, in ihrem jeweiligen Mitgliedstaat zu verweilen und die Dienstleistung durch Übermittlung zu erbringen bzw. zu empfangen²⁵.

²³ Lux/Lenz, Kommentar zum EG-Vertrag, 2. Auflage 1999, Art. 24 Rn 43.

²⁴ Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union, Teil I, Band I, Art. 43 Rn 1 ff.

²⁵ Basedow, RabelsZ, (55), 1991, 409, 424.

- d) Ausnahmeregelung nach Art. 45 (vormals Art. 55 EGV) für Tätigkeiten, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind.

Auf den ersten Blick scheint der EG-Vertrag den Notaren eine grenzüberschreitende Tätigkeit im Sinne der skizzierten Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheiten in vollem Umfange zu erlauben.

- aa) Ein französischer Notar, vorausgesetzt er hat die zur Berufsausübung erforderlichen juristischen und sprachlichen Kenntnisse, scheint danach grundsätzlich berechtigt zu sein, sich in Berlin niederzulassen. Denn die Niederlassungsfreiheit gilt nach dem oben Ausgeführten umfassend und unmittelbar für die Ausübung aller selbständigen Wirtschaftstätigkeiten. Der Antrag auf Bestellung zum Notar könnte nicht gemäß §§ 5 BNotO, 5 DRiG wegen der französischen Staatsangehörigkeit zurückgewiesen werden. Auch der fehlende, nach §§ 5 BNotO, 5 ff. DRiG vorausgesetzte Abschluß der ersten und zweiten deutschen juristischen Staatsprüfungen ist nach dem oben Gesagten kein ausreichender Grund, die Bestellung eines französischen Kollegen zum deutschen Notar abzulehnen. Hierin läge eine mittelbare Diskriminierung eines EG-Ausländers. Vielmehr müßten vergleichbare Rechtskenntnisse ausreichen. Selbstverständlich wäre auch umgekehrt ein deutscher Notar grundsätzlich berechtigt, sich in Frankreich niederzulassen – übrigens mit der kuriosen Folge, daß er in ganz Frankreich, aber nur in einem kleinen Teil Deutschlands tätig werden könnte.
- bb) Ähnlich verhält es sich mit der von Art. 49 EGV (Art. 59 EGV) garantierten Dienstleistungsfreiheit. So wäre ein holländischer Notar grundsätzlich berechtigt, auf dem Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland Beurkundungen nach holländischem oder deutschem Recht vorzunehmen. Umgekehrt wäre auch ein deutscher Notar berechtigt, im europäischen Ausland wirksam nach deutschem oder lokalem europäischen Recht zu beurkunden. Und schließlich wäre die von einem belgischen Notar errichtete Urkunde in der Bundesrepublik Deutschland und in anderen Ländern der europäischen Union grundsätzlich und in vollem Umfang anzuerkennen.

Ist damit also ein Rechtszustand erreicht, der es den europäischen Notaren erlaubt, grenzüberschreitend tätig zu sein? Die Dinge liegen – leider - komplizierter. Grund hierfür ist die Regelung des Art. 45 EGV (Art. 55 EGV), die bisweilen als *lex notarium* bezeichnet wird²⁶. Nach Art. 45 EGV (Art. 55 EGV) gilt das Recht zur freien Niederlassung nicht für die Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Dieser Vorbehalt gilt kraft Verweisung in Art. 55 EGV (Art. 66 EGV) auch für die Dienstleistungsfreiheit.

Im folgenden soll daher untersucht werden, wie sich der Vorbehalt des Art. 45 EGV (Art. 55 EGV) zu den Tätigkeiten eines Notars verhält. Sofern sich diese nicht als Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen, sind die Grundfreiheiten des EGV auf die notarielle Tätigkeit anwendbar, so daß den Notaren eine grenzüberschreitende Tätigkeit grundsätzlich möglich wäre.

2. Verhältnis des Vorbehaltes in Art. 45 EGV zu den Tätigkeiten des deutschen Notars

Das Verständnis des Vorbehaltes nach Art. 45 EGV (Art. 55 EGV) hat im letzten Jahrzehnt eine Wandlung erfahren. Neigte man anfangs noch dazu, Art. 45 EGV (Art. 55 EGV) weit auszulegen und damit den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten einzuschränken, setzt sich – parallel zur fortschreitenden europäischen Integration und der wechselseitigen Öffnung der nationalen Rechtsordnungen – zunehmend die Ansicht durch Art. 45 EGV (Art. 55 EGV) gelte nur für den Kernbereich staatlich-hoheitlichen Handelns.

a) Entschließung des Europäischen Parlamentes vom 18. Januar 1994²⁷

Bereits am 27. März 1990 regten die Abgeordneten des Europäischen Parlamentes Lucas Pires, Marinho, Jansen van Raay und Salema in einem Entschließungsantrag an, das Notarrecht in den damaligen Grenzen der Europäischen Union zu harmonisieren. Der Antrag wurde an den Ausschuß für Recht und Bürgerrechte verwiesen und der Abgeordnete Marinho, ein portugiesischer Notar im Staatsdienst, also ein Mann mit Zeit für parlamentarische Tätigkeiten, zum Berichterstatter ernannt.

²⁶ Basedow, a.a.O., 425.

²⁷ Abgedruckt in ZNotP 1997, 58 ff.

Auf der Grundlage eines von dem Ausschuß erarbeiteten Berichtes über Lage und Organisation des Notarstandes in den Mitgliedstaaten vertrat das Europäische Parlament in seiner EntschlieÙung vom 18. Januar 1994 die Ansicht, die Tätigkeiten der europäischen Notare seien mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden. Die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit erfasse daher nicht die von einem Notar ausgeübten Tätigkeiten.

Das Parlament stellte fest, daß der Notar in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union Träger eines vom Staat verliehenen öffentlichen Amtes sei. Dieses Amt sei durch die teilweise Abtretung staatlicher Souveränität und deren Eingliederung in den Bereich der Justiz geprägt; der Notar nehme einen Teil der hoheitlichen Aufgaben im Bereich vorsorgender Rechtspflege wahr.

Allerdings bezeichnete das Parlament eine Harmonisierung des Notarrechts in der Europäischen Union als geboten, ohne in dieser Richtung in der Folgezeit besonderen Druck zu machen.

b) Verbreitete Ansicht im deutschen Schrifttum

Die Rechtsauffassung in der EntschlieÙung des Europäischen Parlaments entspricht der zumindest bisher im deutschen Schrifttum ganz überwiegend vertretenen Ansicht; ich werde darauf sogleich noch näher eingehen. Danach sollen die Grundverkehrsrechte auf die Tätigkeiten des deutschen Notars nicht anwendbar sein, da sämtliche von einem deutschen Notar ausgeübten Tätigkeiten untrennbar mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden seien. Art. 45 EGV (Art. 55 EGV) stehe also einer Anwendung der Grundfreiheiten entgegen.

c) Mitteilung der Europäischen Kommission vom 18. Juni 1999

Freilich fehlt es insbesondere in jüngerer Zeit nicht an abweichenden Stimmen. So wurde die Bundesrepublik Deutschland wegen des Staatsangehörigenvorbehaltes in § 5 BNotO von der Europäischen Kommission in einem Schreiben vom 18. Juni 1999 aufgefordert, zum Vorwurf Stellung zu nehmen, der Staatsangehörigenvorbehalt diskriminiere EU-Ausländer. Die Kommission führte in Ihrem Schreiben an die BRD unter anderem aus

„die Anwendbarkeit des Art. 45 EGV auf die Tätigkeiten des Notars scheint – was das Erfordernis der Staatsangehörigkeit anbelangt – anfechtbar“.

Wie die Angelegenheit ausgehen wird, ist derzeit nicht klar abzusehen. Meine persönliche Prognose lautet: Die BRD wird sich mit Ihrer Ansicht nicht durchsetzen, d. h. deutsche Notare werden ihren notariellen Markt mit nicht-deutschen, in Deutschland zugelassenen Notaren teilen müssen. Diese Prognose will ich im folgenden näher begründen.

d) Öffentliche Gewalt im Sinne von Art. 45 EGV (Art. 55 EGV) und das Berufsbild des deutschen Notars

Von zentraler Bedeutung für unser Thema ist offensichtlich die Auslegung von Art. 45 EGV (Art. 55 EGV): Wären die Tätigkeiten eines Notars nicht oder nur teilweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 45 EGV (Art. 55 EGV) verbunden, so wären die Freiverkehrsrechte auf den Notarberuf ganz oder teilweise anwendbar. Die Vorstellung, daß sich ein deutscher Notar in Paris niederläßt oder sich mit einem deutschen Mandanten nach Rom begibt, um dort gemeinsam mit italienischen und anderen Staatsangehörigen eine deutsche GmbH zu errichten, wäre keine Utopie mehr.

Es soll daher der Begriff der öffentlichen Gewalt im Sinne von Art. 45 EGV (Art. 55 EGV) genauer untersucht werden. Der Begriff „Öffentliche Gewalt“ ist im EG-Vertrag an keiner Stelle definiert. Es stellt sich daher die Frage, wie dieser Rechtsbegriff auszulegen ist. Hierzu werden im wesentlichen drei Meinungen vertreten²⁸.

- aa) Nach einer älteren im Schrifttum vertretenen Ansicht – namhafter Vertreter ist der unlängst verstorbene Kollege Helmut Schippel -ist es mangels europarechtlicher Vorgaben den nationalen Gesetzgebern überlassen zu definieren, welche Tätigkeiten mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind²⁹.

Für diese Auffassung spricht nach Auffassung ihrer Befürworter der Wortlaut des Art. 45 EGV (Art. 55 EGV). Dieser legt fest:

„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“

²⁸ Der Meinungsstand kann hier nicht vertieft dargestellt werden; vgl. eingehend hierzu Hergeth, Europäisches Notariat und Niederlassungsfreiheit nach dem EG-Vertrag, 85 ff.

²⁹ Festschrift Lerche, 499, 507.

In der Tat könnte die Wendung „in einem Mitgliedstaat“ bei erster Betrachtung dafür sprechen, daß es Sache des einzelnen Mitgliedstaates ist, den Begriff der öffentlichen Gewalt national mit europäischer Verbindlichkeit zu definieren.

Nach dieser Interpretation wäre die Tätigkeit der deutschen Notare dem Anwendungsbereich der EG-Freiverkehrsrechte entzogen. Denn nach § 1 BNotO wird der deutsche Notar

„als unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes auf dem Gebiet der Rechtspflege bestellt“ -

Freilich würde es Sinn und Zweck des Art. 45 EGV (Art. 55 EGV) widersprechen, es den einzelnen Mitgliedstaaten zu überlassen zu bestimmen, welche Tätigkeiten mit Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Grundsatzentscheidung *Reyners* schon im Jahr 1974 betont, Art. 55 EGV (der heutige Art. 45 EGV) solle ausländische Staatsangehörige lediglich von den Tätigkeiten fernhalten, die, für sich betrachtet, eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen. Grundsätzlich sei zwar für jeden Mitgliedsstaat gesondert anhand der nationalen Bestimmungen über die Struktur und die Ausübung des betreffenden Berufes zu würdigen, ob eine Tätigkeit Ausübung öffentlicher Gewalt darstelle. Doch stoße die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Definition ihres *domaine réservé* auf gemeinschaftsrechtliche Grenzen. Anderenfalls könne der Vertrag durch einseitige Maßnahmen der Mitgliedstaaten seiner Wirksamkeit beraubt werden³⁰.

Diese Ausführungen gelten unverändert: Selbstverständlich kann sich ein Mitgliedstaat nicht einerseits vertraglich zur Gewährung von Freiverkehrsrechten verpflichten und andererseits den Anwendungsbereich der Freiverkehrsrechte beliebig einschränken, indem er bestimmt, daß bestimmte Tätigkeiten mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Es versteht sich von selbst, daß der deutsche Gesetzgeber nicht mit der Begründung, der Warentransport sei mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden, ausländischen Spediteuren verbieten könnte, auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland tätig zu sein.

³⁰ EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974, 631, Rn. 48/500.

Es ist daher ohne Bedeutung, daß der deutsche Gesetzgeber, die Tätigkeit eines Notars als eine Tätigkeit ansieht, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist. Für die Anwendung von Art. EGV 45 und damit für den Ausschluß der Freiverkehrsrechte ist die Qualifizierung durch den nationalen Gesetzgeber unerheblich.

- bb) Eine zweite Ansicht beurteilt in einer zweistufigen Prüfung, ob eine Tätigkeit mit der Ausübung „öffentlicher Gewalt“ im Sinne von Art. 45 EGV (Art. 55 EGV) verbunden ist: Dieser Ansatz ist ausführlich von Prof. Cordula Stumpf aus Halle in der vom Deutschen Notarverein herausgegebenen Zeitschrift „Notar“ im März diesen Jahres dargestellt worden³¹.

Danach ist auf einer ersten Stufe anhand der nationalen Gesetze zu ermitteln, ob eine Tätigkeit als Ausübung öffentlicher Gewalt einzuordnen ist. Der nationale Gesetzgeber ist danach grundsätzlich darin frei zu definieren, welche Tätigkeiten mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind.

Um allerdings zu verhindern, daß ein nationaler Gesetzgeber beliebige Tätigkeiten als Ausübung öffentlicher Gewalt qualifiziert, ist nach dieser Ansicht auf einer zweiten Stufe eine sog. Willkürkontrolle vorzunehmen. Diese Willkürkontrolle soll verhindern, daß die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit des EG-Vertrages einseitig unterlaufen werden.

Nach dieser Ansicht ist zumindest ein Großteil der von den deutschen Notaren ausgeübten Tätigkeiten dem Anwendungsbereich der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit entzogen. Denn nach nationalem deutschem Recht üben die Notare - dies ergibt sich bereits aus § 1 BNotO - öffentliche Gewalt aus. Und als willkürlich wird man diese Qualifizierung nur schwerlich bezeichnen können. Schließlich entspricht es einer europaweit vertretenen Ansicht, daß Notare öffentliche Gewalt ausüben. Bekanntlich sah bereits der sog. Marinho-Bericht hierin das Haupthindernis für eine Vereinheitlichung auf dem Gebiet des Notariats.

Lediglich für den Bereich der notariellen Rechtsbetreuung – also der Verwahrung von Geld und Wertpapieren, der Anfertigung von Urkundsentwürfen, der Rechtsberatung und gerichtlichen Vertretung, der Vollzugs- und Treuhandstätigkeiten sowie schließlich der Bescheinigung der Richtigkeit und Vollständigkeit einer Übersetzung – ist auch nach Ansicht der Vertreter dieser Auffassung eine Ausnahme zu machen: Die genannten Aufgaben seien nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt ver-

³¹ Stumpf/Gabler, Notar 2000, 11 ff; ähnlich Fischer, DNotZ 1989, 467 ff.; siehe auch Hergeth, a.a.O., 123 ff.

bunden. Ausländische Notare könnten sich daher - beschränkt auf den Bereich der notariellen Rechtsbetreuungstätigkeit - auf die EG-Freiverkehrsrechte berufen³². Dies stellt freilich für ausländische Notare, soweit sie gleichzeitig als Rechtsanwalt qualifiziert sind, nichts Neues dar: auf dem Gebiet der Rechtsbetreuung können ausländische Rechtsanwälte bereits nach dem EuRAG (Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland) ohne Schwierigkeiten tätig sein. Soweit es sich um ausländische Nur-Notare handelt, eröffnen sich zwar neue Betätigungsfelder im Ausland, allerdings dürften diese vom Entgelt her die Reise nicht lohnen! Immerhin: das Tor zu grenzüberschreitenden notariellen Tätigkeiten scheint damit wenigstens teilweise geöffnet. Politisch wird man die von Prof. Stumpf eingenommene Position als Rückfallposition der Nur-Notare zu werten haben.

Aber selbst innerhalb des wirtschaftlich wenig attraktiven Bereiches sogenannter notarieller Rechtsbetreuung macht Frau Kollegin Stumpf eine nicht unerhebliche Einschränkung: da die Rechtsberatung von der Beurkundungstätigkeit nicht sinnvoll zu trennen sei, sei erstere den EU-Freirheberrechten nicht zugänglich, sowie sie im Zusammenhang mit der Errichtung von Urkunden erfolge.

Mich überzeugt die Ansicht, der Begriff der öffentlichen Gewalt sei im hier beschriebenen Sinne zweistufig zu prüfen, freilich weder methodisch noch im Ergebnis.

Zum einen ist die beschriebene zweistufige Prüfung weder aus dem Gesetz noch aus sonstigen Rechtsregeln ableitbar. In Art. 45 EGV (Art. 55 EGV) wird der Rechtsbegriff der „öffentlichen Gewalt“ verwandt. Wir Rechtsanwender sind aufgerufen, diesen Begriff nach den allgemeinen Grundsätzen der Methodenlehre auszulegen. Hierzu müssen wir uns zunächst entscheiden, ob Art. 45 EGV (Art. 55 EGV) national – meines Erachtens wäre dies wie dargelegt unrichtig - **oder** europäisch auszulegen ist. Nicht vermittelbar ist dagegen eine zweistufige Prüfung, die sowohl nationale als auch europarechtliche Vorgaben berücksichtigt. Das Gesetz enthält für eine derartige Systembildung beim besten Willen keine Anhaltspunkte.

³² So zumindest Stumpf/Gabler a.a.O., 11, 12.

Es ist auch nicht richtig, wenn sich beispielsweise Frau Prof. Stumpf als Vertreterin des hier skizzierten Ansatzes auf den Europäischen Gerichtshof beruft: Der Europäische Gerichtshof hat mitnichten entschieden, daß die Qualifizierung, die eine Tätigkeit durch den nationalen Gesetzgeber erfahren hat, lediglich einer Willkürkontrolle zu unterziehen sei. Der Europäische Gerichtshof führte in seiner Leitentscheidung zu Art. 45 EGV – dem damaligen Art. 55 – an, daß zwar für jeden Mitgliedsstaat gesondert anhand der nationalen Bestimmungen über die Struktur und die Ausübung des Berufes zu würdigen sei, ob eine Tätigkeit mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist. Doch stoße die Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten zur Definition ihres *domaine réservé* auf gemeinschaftsrechtliche Grenzen, die verhindern sollen, daß der Vertrag durch einseitige Maßnahmen der Mitgliedsstaaten seiner Wirksamkeit beraubt werde³³. Leider definierte der Europäische Gerichtshof nicht genauer, wo die von ihm erwähnten Grenzen liegen, denen die Mitgliedsstaaten bei der Definition des *domaine réservé* unterfallen. Allerdings stellte der Europäische Gerichtshof fest, daß der Grundgedanke des heutigen Art. 45 EGV darin bestehe, ausländische Staatsangehörige von den Tätigkeiten fernzuhalten, die, in sich selbst betrachtet, eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen³⁴. Der Europäische Gerichtshof hatte daher eine differenzierte Vorstellung vom Sinn und Zweck des Art. 45 EGV – worin dieser besteht, werde ich sogleich noch genauer darstellen. Meines Erachtens ist es daher nicht haltbar, den Europäischen Gerichtshof zu unterstellen, die Qualifizierung einer Tätigkeit durch den nationalen Gesetzgeber sei lediglich einer Willkürkontrolle zu unterziehen. Entscheidend ist vielmehr, ob die Tätigkeit an sich eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt beinhaltet.

Darüber hinaus ist die zweite Stufe einer „gemeinschaftsrechtlichen Willkürkontrolle“ nicht handhabbar. Es bleibt im Dunkeln, unter welchen Voraussetzungen ein nationaler Gesetzgeber willkürlich handelt, wenn er bestimmte Tätigkeiten als Ausübung öffentlicher Gewalt qualifiziert.

³³ EuGH Rs. 2/74 a.a.O., Slg. 1974, 631, Rn. 48/50.

³⁴ EuGH Rs. 2/74 a.a.O., Slg. 1974, 631, Rn. 44/45.

- cc) Ich komme damit zu einer im Vordringen befindlichen, dritten Ansicht, die auch von mir geteilt wird.

Diese enge, europafreundliche Auslegung des Begriffs der öffentlichen Gewalt wird unter anderem von der europäischen Kommission vertreten³⁵. Auch in einem Vortrag, der vor über einem Jahr auf Einladung der Notarkammer Hamm im Rahmen der Hammer Hochschultage gehalten wurde, vertrat der Redner diese Auffassung - leider läßt sich der Veröffentlichung des Vortrags in der Novemberausgabe der Zeitschrift für Notarspraxis 1999 nicht entnehmen, welcher Berufsgruppe der Referent angehört³⁶.

Danach ist der Begriff „öffentliche Gewalt“ ausschließlich europarechtlich auszulegen; die nationale Qualifizierung einer Tätigkeit ist demgegenüber ohne Bedeutung.

Da der Gesetzeswortlaut das Verständnis der Wendung „mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden“ offenlasse, ist, so heißt es, auf die mit Art. 45 EGV verwandte Bestimmung des Art. 39 Abs. 4 EGV (vormals Art. 48 Abs. 4 EGV) zurückzugreifen.

Nach Art. 39 Abs. 4 EGV

„findet das Recht der Arbeitnehmerfreizügigkeit keine Anwendung auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung“.

Ein Rückgriff auf Art. 39 Abs. 4 EGV ist meines Erachtens überzeugend, da der Normzweck von Art. 39 Abs. 4 EGV, ebenso wie der des Art. 45 EGV, darin besteht, Staatsangehörigen die Ausübung hoheitlicher Gewalt dann vorzubehalten, wenn der Staat von seinen Arbeitnehmern und denjenigen, denen er als Privaten staatliche Aufgaben übertragen hat, wegen der besonderen Bedeutung der ausgeübten Tätigkeiten zu Recht eine besondere Treuepflicht abverlangt und ein besonderes Vertrauensverhältnis begründet. Denn Art. 45 EGV steht, ebenso wie Art. 39 Abs. 4 EGV, in direktem Zusammenhang mit dem Demokratieprinzip, wonach sich die Staatsgewalt vom Staatsvolk ableitet und dies eine Identität von Regierten und Regierenden bedingt.

Für die Auslegung von Art. 45 EGV kann daher auf die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 39 Abs. 4 EGV zurückgegriffen werden, natürlich ohne diese einfach blind zu übertragen.

³⁵ EuGH Rs. 2/74 a.a.O., 631, 633

³⁶ Pieper, ZNotP 1999, 427 ff; im Ergebnis ähnlich Lutz, Die Ausnahmen der öffentlichen Verwaltung und öffentlichen Gewalt – Mögliche Anwendung der Ausnahme auf das Berufsbild des Notars, 96 ff.

Nach dieser Rechtsprechung ist die Bewertung hoheitlicher Befugnisse nicht institutionell, sondern funktionell zu bestimmen. Es ist danach unerheblich, ob die Wahrnehmung einer Aufgabe durch ein Organ erfolgt, das organisatorisch in die staatliche Verwaltung eingegliedert ist. Vielmehr ist entscheidend, ob die ausgeübte Tätigkeit bei wertender Betrachtung der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben dient. Maßgebliches Indiz für die Ausübung öffentlicher Gewalt ist nach der Rechtsprechung des EUGH zu Art. 39 IV EGV ein Über-/Unterordnungsverhältnis, das dem handelnden Organ erlaubt, einseitig und verbindlich Rechtsakte vorzunehmen³⁷.

Dieser Maßstab überzeugt: Besondere Treue und ein besonderes Vertrauensverhältnis kann der Staat sinnvollerweise nur dort erwarten, wo er in besonderer Weise in das Leben seiner Bürger eingreift, wo er also dem individuellen Bürger im überragenden Interesse des Gemeinwohls mit einseitiger Verbindlichkeit als Souverän gegenübertritt. Liegen diese Besonderheiten vor, so kann der Nationalstaat EU-Ausländer von der Wahrnehmung von hoheitlichen Aufgaben ausschließen. In den weniger sensiblen Bereichen staatlichen Handels ist nicht einzusehen, weshalb hier nicht EU-Ausländer zugelassen werden sollten. Wenn die zitierte Kollegin Stumpf ganz generell schreibt, staatliche Souveränität, die nicht von eigenen Staatsangehörigen wahrgenommen wird, sei in einem wesentlichen Punkt entkernt und entspreche nicht dem bisher üblichen Vollbegriff staatlicher Hoheitsmacht, so entspricht dies einfach nicht mehr zeitgemäßer Auffassung: in einem Zeitalter, in dem Nationalstaaten einerseits wirtschaftliche Tätigkeiten privatisieren und andererseits nationale Souveränitätsrechte teilweise europaweit poolen, also nur noch gemeinschaftlich ausüben, reduziert sich der klassische nationalstaatliche Souveränitätsbegriff schrittweise auf einen Kernbereich einseitig hoheitlichen Handelns. Mit anderen Worten: die Öffnung nationaler Grenzen macht bei den Nationalen Regierungen selbst nicht halt.

Dies kommt in überzeugender Weise bereits im BRRG zum Ausdruck: danach kann Beamter in Deutschland entweder ein Deutscher, oder ein Staatsangehöriger eines anderen EU-Landes werden. Ich frage also: stehen Notare dem Staat näher als Beamte? Oder: ist ein spanischer Notar in Deutschland weniger vertrauenswürdig als ein deutscher? Muß eine Bank, die öffentliche deutsche Mittel als beliehenes Unternehmen verwaltet, nur deutsche Aktionäre oder Vorstandsmitglieder haben? Kann mein Kamin von einem italienischen Schornsteinfeger nicht verlässlich gereinigt werden? Oder, noch weitergehend: Muß ein Minister, ein Bot-

³⁷ EuGH Rs. 149/79, Kommission/Belgien I, Slg. 1980, 3881, Rn. 10; EuGH C-290/94, Kommission/Griechenland, Slg. 1996, I-3317, Rn. 2.

schafter Deutscher sein? Schließlich: Kann der Bundeskanzler Liechtensteiner sein? Sie werden vielleicht überrascht sein, aber ich sage Ihnen: Kein Gesetz, auch nicht das Grundgesetz, verlangt, daß der deutsche Bundeskanzler Deutscher ist³⁸. Ich frage also weiter: steht der deutsche Notar dem inneren Hoheitsbereich des Staates näher als der höchste Exekutiv-Amtsträger der BRD, der Bundeskanzler?

Im Sinne des oben dargestellten engeren Begriffes öffentlicher Gewalt ist also für unsere Frage, ob die Tätigkeit der deutschen Notare mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist, allein maßgeblich, inwieweit Notare einseitig und verbindlich Maßnahmen treffen können, die im Sinne eines Über-/Unterordnungsverhältnisses den Adressaten dieser Maßnahmen auch gegen seinen Willen binden.

dd) Wie sieht es also mit den Tätigkeiten aus, die das Berufsbild des deutschen Notars prägen? Kann der deutsche Notar, dessen Aufgabenbereich hier stellvertretend für die übrigen lateinischen Notariate untersucht wird, aufgrund eines Über-/Unterordnungsverhältnisses einseitig und verbindlich Rechtsfolgen setzen? Ich möchte hier zwischen drei Bereichen unterscheiden:

(1) Da ist zunächst ein Bereich von Tätigkeiten, die bislang nahezu einhellig als mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden angesehen werden. Im einzelnen sind hier zu erwähnen:

- die Abnahme von Eiden und die Aufnahme eidesstattlicher Versicherungen nach § 22 Abs. 1 und 2 BNotO;
- die Errichtung vollstreckbarer Urkunden nach § 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO;
- die Vollstreckbarerklärung von Vergleichen gemäß § 796 c ZPO;
- die Vollstreckbarerklärung von Schiedssprüchen gemäß § 1053 Abs. 4 ZPO;
- die Erteilung von Bescheinigungen nach § 21 BNotO;

³⁸ Wobei man in entsprechender Anwendung von Art. 38 Abs. 2 GG davon ausgeht, daß der Bundeskanzler Deutscher sein muß – vgl. Meyn, von Münch/Kunig, Kommentar z. GG, 3. Aufl. 1995, Bd. 2, Art. 63 GG.

- die Vermittlung nach § 4 BNotO i. V. m. § 87 ff. Sachenrechtsbereinigungsgesetz;
- die Mitwirkung bei Versteigerungen gemäß § 20 Abs. 3 BNotO;
- die Aufnahme von Wechselprotesten gemäß Art. 79 WG.

Auch Autoren, die einer europäischen Öffnung des Notarberufs grundsätzlich aufgeschlossen gegenüberstehen – dies gilt beispielsweise für Prof. Basedow in einem Aufsatz aus dem Jahre 1991 -, vertreten die Ansicht, ein Notar übe bei Wahrnehmung dieser Aufgaben öffentliche Gewalt aus³⁹. Notare könnten sich bezüglich der aufgezählten Tätigkeiten daher nicht auf die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit des EG-Vertrages berufen.

Auch auf die Gefahr hin, bei einigen von Ihnen Kopfschütteln hervorzurufen, möchte ich dem widersprechen. Es ist nicht der Notar, der hier einseitig verbindliche Regelungen schafft, sondern die Beteiligten bedienen sich des Notars, um bestimmte Rechtsfolgen auszulösen. Lassen sie mich dies näher ausführen:

Der Notar kann, anders als Gericht oder Staatsanwaltschaft oder Polizei, Personen nicht einseitig zur Abgabe von Eiden und eidesstattlichen Versicherungen zwingen. Vielmehr bedarf es zu seiner Tätigkeit des Antrages und des Einverständnisses der Beteiligten.

Ähnlich verhält es mit der Errichtung vollstreckbarer Urkunden sowie der Vollstreckbarerklärung von Vergleichen und Schiedssprüchen gemäß § 1053 Abs. 4 ZPO. Der Notar kann nicht bereits kraft seines Amtes Vollstreckungstitel schaffen, sondern es bedarf hierzu einer vertraglichen Vereinbarung: Die Parteien bedienen sich der Mitwirkung des Notars, um die von ihnen gewollte Vollstreckbarkeit zu erreichen und damit eine spätere Zwangsvollstreckung durch Dritte zu ermöglichen. Ich betone: Natürlich ist der Notar Amtsinhaber; das ist aber nicht identisch mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu dessen Kernbereich, also eines Bereiches, der durch ein Über- und Un-

³⁹Rabelz (55), 1991, 409, 426.

terordnungsverhältnis mit einseitiger Bestimmungsbefugnis des Übergeordneten gekennzeichnet ist.

Gleiches gilt für die Erteilung von Bescheinigungen, die Vermittlung von Verträgen nach dem Sachenrechtsbereinigungsgesetz, die Mitwirkung bei Versteigerungen sowie die Aufnahme von Wechselprotesten. Aus Gründen der Richtigkeitsgewähr schreibt das Gesetz hier eine Beteiligung des Notars vor. Erneut kann daraus nicht gefolgert werden, daß diese Tätigkeiten mit der Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Europäischen Gerichtshofes verbunden sind. Auch die nach § 33 Abs. 2 AktG vorgeschriebene Gründungsprüfung dient der Richtigkeitsgewähr der Gründung einer Aktiengesellschaft. Gleichwohl wird nicht die Ansicht vertreten, die Gründungsprüfung sei mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden.

Ganz im Gegenteil gilt: würde der Notar bei seinen Tätigkeiten einseitig hoheitlich mit verbindlicher Wirkung handeln, also etwa eine Vertragsklausel gegen den Willen einer Partei aufnehmen, so wäre diese Tätigkeit rechtswidrig, die Klausel und möglicherweise der ganze Vertrag damit nichtig.

- (2) Einfacher zu beurteilen sind notarielle Tätigkeiten wie die Aufbewahrung und Ablieferung von Wertgegenständen gemäß § 23 BNotO, die Anfertigung von Urkundsentwürfen und die Rechtsberatung gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO. Auch nach konservativer Ansicht sind diese Aufgaben, jedenfalls isoliert betrachtet, nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden⁴⁰. Insoweit nimmt der Notar lediglich Dienstleistungsaufgaben wahr, die in keinem Zusammenhang mit der Ausübung öffentlicher Gewalt im definierten Sinne stehen – sofern man nicht, was auch vertreten wird, die Beratung als „konsultatives Element der Beurkundung“ betrachtet⁴¹.
- (3) Ich komme nunmehr zum Hauptgebiet der notariellen Tätigkeit, den Beglaubigungen und Beurkundungen. Es wird kontrovers diskutiert, ob diese Aufgaben mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind.

⁴⁰ Stumpf/Gabler, a.a.O., 11, 12.

⁴¹ Fischer DNotZ 1989, 467, 498.

Betrachtet man die Rechtswirkung der von einem deutschen Notar errichteten Urkunden, so spricht auf den ersten Blick einiges dafür, die Beurkundungstätigkeit als Tätigkeit anzusehen, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist: So stellen vom Notar aufgenommene Urkunden unter den Voraussetzungen der §§ 415, 418 ZPO öffentliche Urkunden dar und sind als solche formell beweiskräftig. Das heißt:

Bei einer Urkunde i. S. v. § 415 Abs. 1 ZPO hat ein Gericht davon auszugehen, daß die beurkundete Erklärung nach Inhalt und Begleitumständen abgegeben wurde.

Bei einer Urkunde i. S. v. § 418 Abs. 1 ZPO gilt als bewiesen, daß der Notar die bezeugte Tatsache in der angegebenen Weise wahrgenommen hat.

Notarielle Urkunden zeichnen sich daher dadurch aus, daß das Gericht – abweichend vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung gemäß § 286 ZPO – an den Inhalt der Urkunde gebunden ist. Diese Bindungswirkung spricht in der Tat zunächst dafür, die notarielle Urkundstätigkeit zumindest als mittelbar mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden anzusehen; denn daß das Gericht öffentliche Gewalt ausübt, ist offenkundig.

Andererseits darf die Bindungswirkung notarieller Urkunden nicht überschätzt werden: So ist gegen öffentliche Urkunden nach Maßgabe der §§ 415 Abs. 2, 418 Abs. 2 und 3 ZPO der Gegenbeweis möglich. Die von notariellen Urkunden ausgehende Bindungswirkung ist daher durchaus relativiert. Darüber hinaus darf nicht übersehen werden, daß nicht nur von öffentlichen Urkunden eine formelle Beweiskraft ausgeht. Vielmehr begründen auch Privaturkunden gemäß § 416 ZPO Beweis dafür, daß die in ihnen enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben worden sind. Die Schlußfolgerung, die von notariellen Urkunden gemäß §§ 415, 418 ZPO ausgehende Bindungswirkung sei Ausdruck des hoheitlichen Charakters der notariellen Beurkundungstätigkeit, ist daher nicht überzeugend. Es besteht lediglich ein gradueller Unterschied zwischen der Beweiskraft einer Privaturkunde und der von einem Notar errichteten Urkunde.

⁴² BGHZ 80, 76 ff.; eingehend Kröll, ZGR 2000, 111 ff.

⁴³ So bereits Basedow in Rabelz (55), 1991, 409, 428 ff.

- ee) Damit bleibt festzuhalten, daß keine der zum Berufsbild des deutschen Notars zählenden Tätigkeiten – insbesondere die Schwerpunkttätigkeiten notarielle Beurkundungen und notarielle Beglaubigungen – mit der Ausübung öffentlicher Gewalt im engen Sinne verbunden und damit über Art. 45 EGV auch nicht den europäischen Freiverkehrsrechten entzogen sind. Ausländische Notare können sich daher prinzipiell auf die EGV-Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit berufen. Es ist damit einem belgischen Notar grundsätzlich nicht verwehrt, sich mit seinem Mandanten in das benachbarte Köln zu begeben, um dort nach belgischem oder – nach entsprechender Zusatzausbildung - deutschem Recht eine Kapitalgesellschaft zu gründen. Ebenso dürfte dem belgischen Notar eine Niederlassung in der Bundesrepublik Deutschland nicht im Hinblick auf seine Staatsbürgerschaft versagt werden. Diese Grundsätze gelten selbstverständlich auch umgekehrt für die Tätigkeit eines deutschen Notars im europäischen Ausland: Warum sollte sich ein deutscher Notar nicht zum Beispiel in London niederlassen und dort nach deutschem oder – nach entsprechender Zusatzausbildung - englischem Recht Urkunden errichten bzw. als temporär Dienstleistender im Ausland notarielle Tätigkeiten erbringen?

3. Folgeprobleme, die sich aus der Anwendung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit auf die notarielle Tätigkeit ergeben

Es soll hier freilich nicht verhehlt werden, daß sich aus der grundsätzlichen Anwendung der Dienst- und Niederlassungsfreiheit auf die Tätigkeit von Notaren eine Reihe von Folgeproblemen ergibt⁴⁴. Es sind daher sinnvollerweise seitens der EG regulierende Maßnahmen erforderlich, um Divergenzen und Unklarheiten zu beseitigen, die sich aus den derzeit bestehenden nationalen berufsrechtlichen Vorschriften ergeben. Folgende Beispiele mögen die Notwendigkeit europäischer Maßnahmen veranschaulichen. Es soll hier danach unterschieden werden, ob ein Notar im Ausland lediglich vorübergehend Dienstleistungen erbringt (a) oder ob er sich dauerhaft in einem EG-Mitgliedstaat niederläßt (b).

- a) Rechtsfragen, die mit der Dienstleistungsfreiheit verbunden sind
- Aus der Anwendung der Dienstleistungsfreiheit auf notarielle Tätigkeiten ergeben sich zunächst im Hinblick auf die in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich restriktiven berufsrechtlichen Bestimmungen Fragen. So erlaubt beispielsweise das englische Recht den Notaren in einem Umfang zu werben, der gemäß § 29 BNotO unzulässig wäre.

⁴⁴ Die folgenden Ausführungen gehen auf den Aufsatz von Basedow, a.a.O., 430 ff zurück.

Unterliegt also der englische Notar, der in der Bundesrepublik Deutschland für seine Dienstleistungen wirbt, damit der Bindung des § 29 BNotO? Da nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs der Dienstleistungsanbieter sein Verhalten grundsätzlich an den Bestimmungen des Niederlassungsstaates auszurichten hat, Beschränkungen durch den Empfangsstaat nur eingeschränkt zulässig sind, wäre diese Frage wohl zu verneinen. D. h. der englische Notar würde gegenüber den deutschen Berufskollegen einen Wettbewerbsvorteil erlangen. Es sind daher flankierende Maßnahmen des deutschen Gesetzgebers – oder der EG – geboten, die solche Wettbewerbsverzerrungen möglichst verhindern.

- Weiterhin stellt sich die Frage, wie sich das für deutsche Notare geltende Verbot der Gebührenvereinbarung gemäß § 140 Satz 2 KostO zur Dienstleistungsfreiheit verhält. Könnte beispielsweise ein englischer Notar, dem nach englischem Recht eine Gebührenvereinbarung nicht untersagt ist, für eine in der Bundesrepublik Deutschland ausgeführte Tätigkeit eine Gebührenvereinbarung treffen? Auch dies wäre nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zulässig, da der Notar – wie dargestellt – keine Tätigkeiten ausübt, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt im engeren Sinne verbunden sind. Da Rechtsanwälte nach § 3 BRAGO eine Gebührenvereinbarung erlaubt ist, wäre es unverhältnismäßig, dies Notaren für nicht-hoheitliche Tätigkeiten zu untersagen. Auch auf diesem Gebiet müßte für Wettbewerbsgleichheit gesorgt werden.
- Probleme ergeben sich weiterhin im Hinblick auf die berufsständische Bindung der deutschen Notare gem. §§ 65 ff. BNotO und die staatliche Aufsicht nach §§ 92 ff. BNotO. Es muß gewährleistet sein, daß ein ausländischer Notar beruflichen Verhaltensstandards genügt. Wie kann dies gegenüber einem Notar, der sich in der Bundesrepublik Deutschland nicht niederläßt, erreicht werden? Die Instrumentarien, die die §§ 65 ff., 92 ff. BNotO bieten, sind hierfür kein taugliches Mittel. Auch hinsichtlich der berufsständischen Bindungen ist daher der europäische Gesetzgeber aufgefordert, für einheitliche Regelungen zu sorgen.
- Schließlich darf nicht übersehen werden, daß zu den notariellen Grundaufgaben eine Belehrung der Beteiligten zählt. Eine Belehrung setzt freilich voraus, daß der Notar Kenntnis der Rechtsordnung hat, in der er tätig wird. Dies ist bei einem ausländischen Notar, der komplizierte Umwandlungsvorgänge oder Grundstückskaufverträge beurkundet, keineswegs gewährleistet. Auch insoweit ist die EU aufgefordert, regulierend tätig zu werden, um sicherzustellen, daß der Notar nur in Rechtsordnungen tätig wird, in denen er über ausreichende Kenntnisse verfügt und damit auch inhaltlich verlässlich belehren kann.

- b) Rechtsfragen, die mit der Niederlassungsfreiheit verbunden sind⁴⁵

Weniger Probleme ergeben sich aus der Anwendung der Niederlassungsfreiheit auf den Notarberuf. Die Grundfreiheit der Niederlassungsfreiheit überläßt es weitgehend dem Aufnahmestaat, die Ordnungsbedingungen, unter denen Ausländern eine dauerhafte Niederlassung erlaubt ist, autonom zu bestimmen. EG-Ausländer unterliegen in vollem Umfang diesen Ordnungsbedingungen. Sie haben lediglich das Recht auf Inländergleichbehandlung, d. h., sie dürfen weder mittelbar noch unmittelbar diskriminiert werden. Vor diesem Hintergrund erweist sich – bezogen auf das deutsche Recht - die Bestimmung des § 5 BNotO i. V. m. § 5 Abs. 1 DRiG als reformbedürftig. Die Bestellung zum Notar darf nicht vom Abschluß der ersten und zweiten juristischen Staatsprüfung abhängig gemacht werden. Vielmehr müssen vergleichbare juristische Kenntnisse ausreichen.

- c) Diese Beispiele mögen veranschaulicht haben, daß mit der Anwendung der Freiverkehrsrechte auf den Beruf des Notars für den deutschen Notarstand eine Reihe von Unsicherheiten und durchaus auch Bedrohungen verbunden sind, die regulierende Maßnahmen durch die EG und den nationalen Gesetzgeber erforderlich machen. Gleichwohl muß Klarheit darüber bestehen, daß sich der Notarstand der fortgeschrittenen europäischen Integration und der wachsenden Internationalisierung des Rechtsverkehrs nicht verschließen kann. Die EG ist daher aufgerufen, die gebotenen Rahmenbedingungen zu schaffen. Diese könnten auf Art. 47 EGV und Art. 94, 95 EGV gestützt werden: Während Art. 47 EGV zur Schaffung von Richtlinien zur gegenseitigen Anerkennung von Diplomen und Zeugnissen ermächtigt, das Berufsrecht in den Mitgliedstaaten also der Sache nach unverändert bliebe, ermächtigen Art. 94, 95 EGV die EG zur Verabschiedung von Richtlinien, die die Mitgliedsstaaten zur Umsetzung in nationales Recht verpflichten. Das vom deutschen Gesetzgeber vor kurzem verabschiedete Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland veranschaulicht eindrucksvoll, wie effektiv die Verabschiedung von Richtlinien wirken kann.

Nach hier vertretener Auffassung können bereits heute deutsche Notare zumindest im eigenen Recht grenzüberschreitend unter Mißachtung von § 11 a BNotO beurkunden und sich auf die Dienstleistungsfreiheit des höherrangigen Europäischen Rechts berufen. Ich habe keine nachhaltigen Zweifel, daß sich jedenfalls im Ergebnis die europäische Dienstleistungsfreiheit auch im Notariat durchsetzen wird. Allerdings dürfen sich solche berufsrechtlichen Auseinandersetzungen nicht auf dem Rücken und gegebenenfalls zu Lasten der Konsumenten notarieller Dienstleistungen abspielen. Der Notar, der § 11 a BNotO zu mißachten wünscht, tut daher gut daran, die Beteiligten seiner Urkunde über alle damit verbundenen Risiken voll aufzuklären.

⁴⁵ Vgl. auch hierzu Basedow, a.a.O., 409, 432.

V. Faktoren, die die hier vorgezeichnete Entwicklung begünstigen

1. Meine Zuversicht, daß sich die notarielle Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit in Europa durchsetzen wird, wird gestärkt durch die Erkenntnis, daß die rechtlichen und kulturellen Rahmenbedingungen für eine solche Entwicklung durchaus günstig sind. Lassen Sie mich die wichtigsten Gesichtspunkte nachfolgend kurz nennen:

- a) Englisch hat sich - vergleichbar dem Latein im Mittelalter - als gemeinsame, grenzübergreifende europäische Rechts- und Wirtschaftssprache längst durchgesetzt.
- b) Durch das unter jungen Juristen gestiegene Interesse, sich mit anderen Rechtsordnungen auseinanderzusetzen - man denke nur an das erfolgreiche ERASMUS-Programm, das den Austausch von Jurastudenten innerhalb der juristischen Fakultäten Europas fördert - hat eine steigende Anzahl von Notaren detaillierte Kenntnisse von fremden Rechtsordnungen. Der Einwand, ausländische Notare seien mangels Kenntnisse unserer Rechtsordnung nicht in der Lage, die nach den §§ 17 ff. BeurkG vorgeschriebenen Belehrungspflichten zu erfüllen, trifft daher nicht zu.

Weiterhin hat die europäische Rechts-Harmonisierung – hierin liegt eine gewisse Parallele zur Rezeption des römischen Rechts im Mittelalter – einigen Rechtsgebieten auch zu einer Angleichung des Privatrechts der Mitgliedstaaten geführt und wird zukünftig noch stärker zunehmen.

- d) Darüber hinaus zählt die grenzüberschreitende beratende Tätigkeit längst zum anwaltlichen Alltagsgeschäft. Es sind keineswegs nur die sogenannten Großkanzleien, die Ihren Mandanten bei grenzüberschreitenden Projekten zur Seite stehen. Während die größeren Sozietäten im Ausland häufig eigene Büros gründen, schließen sich zunehmend auch mittlere und kleine Büros mit anderen europäischen Kanzleien in unterschiedlich enger Weise zusammen. Neben rein vertraglichen Kooperationen ist die Gründung einer Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung verbreitet.
- e) Die Voraussetzungen, den Notaren eine grenzüberschreitende Tätigkeit zu erlauben, sind auch wegen gemeinsamer historischer Wurzeln günstig: Innerhalb der 15 Mitgliedsstaaten der Europäischen Union ist in zwölf Mitgliedstaaten das sogenannte lateinische Notariat verwirklicht. Der Begriff „lateinisches Notariat“ verdeutlicht den gemeinsamen Ursprung des Notariats im römischen Recht. Dieser gemeinsame Ursprung kommt zum Beispiel in großen Ähnlichkeiten der nationalen notariellen Berufsrechte zum Ausdruck.

- f) Schließlich beweist das Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland (EuRAG) eindrucksvoll, daß es weder rechtstechnisch noch rechtspolitisch unmöglich ist, im Bereich der vorsorgenden und streitigen Rechtspflege Bedingungen zu schaffen, die es den Berufsträgern erlauben, grenzüberschreitend tätig zu sein.

2. Das künftige EuNotG

Das EuRAG könnte also durchaus als Vorbild eines zukünftigen Gesetzes über die Tätigkeit europäischer Notare in Deutschland bilden:

In diesem Gesetz wäre zunächst zu bestimmen, daß ausländische Notare in Deutschland nur tätig sein dürfen, wenn sie über ausreichende Sprachkenntnisse verfügen. Es versteht sich von selbst, daß beispielsweise die Beurkundung eines auf Deutsch verfaßten Testaments perfekte Kenntnisse der deutschen Sprache einschließlich der deutschen Rechtssprache verlangt.

Darüber hinaus müßte das Gesetz Vorsorge treffen, daß ausländische Notare deutschrechtlich hinreichend qualifiziert sind. Zugegebenermaßen bereitet die Vorstellung Unbehagen, daß ein ausländischer Notar, der keine vertieften Kenntnisse im Grundstücksrecht - insbesondere im Verfahrensrecht - hat, einen umfangreichen Bauträgervertrag beurkundet. Insbesondere die in Berlin tätigen Kollegen können aus eigener Erfahrung beurteilen, wie außerordentlich komplex beispielsweise Kaufverträge über auf dem Gebiet der ehemaligen DDR belegene Grundstücke sein können. Sicherlich wäre es zweckmäßig, von ausländischen Notaren, die lediglich in ausgewählten Rechtsgebieten tätig sein möchten, auch nur den Nachweis von Rechtskenntnissen der entsprechenden Fachgebiete zu verlangen. So wäre es beispielsweise wenig plausibel, von einem französischen Notar, der lediglich Beurkundungen im Bereich des Gesellschaftsrechts vornehmen will, den Nachweis detaillierter Kenntnisse unseres Familienrechts zu verlangen. Freilich dürfte der Notar dann auch nur im Bereich des Gesellschaftsrechts tätig werden.

Schließlich zeigt uns das EuRAG, daß auch die Frage der berufsständischen und aufsichtsrechtlichen Bindung keine unüberwindbare Hürde darstellt. Sowie sich die Rechtstellung des niedergelassenen europäischen Rechtsanwalts gemäß § 6 Abs. 1 EuRAG nach den Bestimmungen der BRAO beurteilt, würde auch der niedergelassene europäische Notar den Bindungen der BNotO in einer europäischen Fassung unterliegen.

⁴⁶ Vgl. hierzu die Feststellungen des Marinho-Berichts, ZnotP 1997, 58 ff.

VI. Chance und Bedrohung für das deutsche Notariat

Damit komme ich abschließend zur Beantwortung der impliziten Fragestellungen meines heutigen Themas: welche Chancen eröffnen sich, welche Gefahren drohen dem deutschen Notariat aus der hier vorgezeichneten europäischen Öffnung?

1. Die für das deutsche Notariat erkennbaren Bedrohungen liegen in erster Linie in der europäischen Konkurrenz im Dienstleistungsbereich, weniger wohl im Niederlassungsbereich. Es ist nicht zu erwarten, daß eine größere Anzahl ausländischer Notare daran interessiert sein wird, sich in der Bundesrepublik dauerhaft niederzulassen.

Diese Bedrohung richtet sich wohl in erster Linie gegen Nur-Notare, für die Wettbewerb unbekannt ist. Ihre gebietsmäßig und zulassungsrechtlich gesicherten Einkünfte erscheinen durch europäische Konkurrenz jedenfalls im Grundsatz gefährdet. Wobei nach meiner Einschätzung die quantitativen Auswirkungen eher bescheiden bleiben dürften. Es muß in diesem Zusammenhang erlaubt sein, darauf hinzuweisen, daß es (Stand: 1. Januar 2000) in Deutschland 8835 wettbewerbserprobte Anwaltsnotare, aber nur 1657 Nur-Notare mit Anspruch auf Ausschaltung beruflichen Wettbewerbs gibt, auch wenn beide Berufsgruppen in etwa das gleiche Urkundsaufkommen von je ca. 3,2 Millionen betreuen.

2. Demgegenüber liegen die Chancen eines europäischen Notarberufes einmal für alle Notare in der Erschließung neuer Geschäftsfelder im In- und Ausland bei entsprechender Mobilität und entsprechender Zusatzausbildung. Aber auch denjenigen, die sich international nicht bewegen wollen, bleibt immer noch die Möglichkeit, sich in internationalen Notarsozietäten oder zumindest in europäischen wirtschaftlichen Interessenverbänden für Notare zusammenzuschließen. Ich könnte mir durchaus auch eine EWIV europäischer Notare vorstellen, auch wenn ein entsprechender erster Versuch zunächst aufsichtsrechtlich, allerdings auch ohne nennenswerte Gegenwehr, gescheitert sein soll.

Weiterhin wird das deutsche notarielle Kostenrecht in Bewegung geraten. Es steht zu erwarten, daß die Regelung des § 17 BNotO, wonach wir verpflichtet sind, für unsere Dienste die gesetzlich vorgeschriebenen Gebühren zu verlangen, fallen wird. Wenn der Bürger die Möglichkeit hat, einen Kaufvertrag über ein deutsches Grundstück durch einen englischen Notar, der Gebühren frei vereinbaren kann, beurkunden zu lassen, wird der deutsche Gesetzgeber letztlich gezwungen sein zu reagieren. Ob in einer Aufhebung des Zwangs zur Erhebung von Festgebühren eine Chance oder Bedrohung für unser Notariat liegt, läßt sich eindeutig heute noch nicht entscheiden. Wir sollten uns an dieser Stelle aber in Erinnerung rufen, daß es primär um die Verbesserung der Bedingungen des europäischen Verbrauchers, weniger des europäischen Notars geht.

Schließlich wird auch die Regelung des § 11 BNotO nicht aufrechterhalten werden können. Nach § 11 BNotO dürfen wir Notare grundsätzlich keine Urkundstätigkeiten außerhalb unseres Amtsbezirks vornehmen. Es ist unwahrscheinlich, daß der deutsche Gesetzgeber von mir einerseits weiterhin verlangen wird, Beurkundungen ausschließlich in Berlin vorzunehmen, wenn mir andererseits erlaubt ist, grundsätzlich im gesamten europäischen Ausland Beurkundungen vorzunehmen, und wenn dementsprechend auch unsere europäischen Berufskollegen bei Beurkundungen nicht an ihren regionalen oder nationalen Amtsbezirk gebunden sind.

Meine sehr geehrten Damen und Herren, ich möchte zum Schluß kommen. Ich fürchte, daß meine Ausführungen bei vielen von Ihnen nur zu gedämpfter Begeisterung geführt haben. Aber ich glaube, daß es realistischer ist, den künftigen Entwicklungen rechtzeitig ins Auge zu blicken und entsprechende Vorkehrungen zu treffen, als sich von ihnen überraschen zu lassen. In diesem Sinne nehme ich für mich in Anspruch, Sie auf von mir gesehene Entwicklungen und Risiken hingewiesen, also in der Tradition deutscher Notare Sie „belehrt“ zu haben. Sie haben also keinen Grund, enttäuscht und auf mich böse zu sein, wenn meine Entwicklungsprognosen eines Tages eintreffen werden. Diese Prognosen werden ihren ersten Test zu bestehen haben, wenn die Europäische Kommission – ich denke noch in diesem Jahr – entschieden haben wird, wie hinsichtlich des Staatsangehörigkeitsvorbehalts in §§ 5 BNotO, 5 DRiG weiter verfahren werden soll.

Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit, Geduld und Nachsicht.