

Deregulierung der lateinischen Notariatsverfassung durch Europäisierung?*

Herbert ROTH**

I. Justizverfassungsrechtliche Modelle

1. Das „Zweisäulenmodell“ der deutschen Justizverfassung

Das deutsche Rechtspflegesystem baut in Zivilsachen (§ 13 GVG) auf einem Zweisäulenmodell auf.¹⁾ Die erste Säule bildet die streitige Gerichtsbarkeit mit ihrer den Richtern anvertrauten rechtsprechenden Gewalt (Art. 92 GG). Dort wird dem Schwerpunkt nach über bereits entstandene bürgerliche Rechtsstreitigkeiten entschieden. Die zweite Säule trägt die „vorsorgende Rechtspflege“, die das Entstehen von Rechtsstreitigkeiten vermeiden soll. Innerhalb dieses weiten Bereiches kommt der dem Notar anvertrauten Beurkundung von Rechtsvorgängen eine hervorgehobene Bedeutung zu. Das Zweisäulenmodell verwirklicht sich mit unterschiedlichen Ausprägungen im „lateinischen Notariat“, dem neben Deutschland die große Mehrheit der kontinentaleuropäischen Staaten zuzurechnen ist. Kennzeichnend ist die Ausübung der Beurkundungsfunktion durch den Notar als eines unabhängigen und unparteiischen Inhabers eines vom Staat übertragenen öffentlichen Amtes.²⁾ Der Notar ist damit ein „externer Funktionsträger“ der staatlichen Justiz.³⁾

* This paper was lectured on 13th. June 2015 on the General Meeting of the Society of Japanese Notarial Law at Ritsumeikan University in Kyoto.

** Professor Dr. Herbert Roth, Law Faculty of Regensburg University in Germany, Präsident der Vereinigung der Zivilprozessrechtslehrer, Deutschlands, Österreichs und der Schweiz.

1) Eylmann/Vaasen/Vaasen, Bundesnotarordnung/Beurkundungsgesetz, 3. Auflage 2011, BNotO, Einleitung Rdnr. 41; Bormann, Unionsrechtliche Rahmenbedingungen vorsorgender Rechtspflege nach der „Notar-Entscheidung“ des Europäischen Gerichtshofes, in: Festschrift Stürner (2013), S. 983.

2) Zusammenfassend BVerfG NJW-RR 2010, 263 Rdnr. 41; Gärditz, Das lateinische Notariat als öffentliches Amt im Binnenmarkt, EWS 2012, 209; eine Wiedergabe der Resolution der Internationalen Union des Lateinischen Notariats (U.I.N.L.) findet sich bei Baumann, Das Amt des Notars — Seine öffentlichen und sozialen Funktionen, MittRhNotK 1996, 1, 4.

3) Der Ausdruck wurde geprägt durch Preuß, Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger (2005), S. 8 ff., 40 ff. — Von der „Privatisierungsgrenze“ des Art. 33 Abs. 4 GG soll hier nicht die Rede sein (jüngst BVerfGE 130, 76, 111 ff. [Übertragung von Aufgaben des Maßregelvollzuges auf private Träger]). Überwiegend wird in der Norm kein Hindernis für eine weitere Übertragung von Aufgaben auf Notare gesehen, etwa Burgi, Aufgabenübertragungen auf den Notar im Lichte der allgemeinen Privatisierungsdogmatik, in: Preuß (Hrsg.), Aufgabenübertragung auf Notare (2011), S. 31, 40 ff.; skeptisch H. Roth, Übertragung nachlassgerichtlicher Aufgaben auf Notare?, ZRP 2010, 187; zur jüngsten Erweiterung notarieller Aufgaben, Preuß, Das Gesetz zur Übertragung von Aufgaben im

Dementsprechend formuliert § 1 der deutschen Bundesnotarordnung (BNotO)⁴⁾: „Als unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes werden für die Beurkundung von Rechtsvorgängen und andere Aufgaben auf dem Gebiete der vorsorgenden Rechtspflege in den Ländern Notare bestellt“.

Die Strukturen der japanischen Notariatsverfassung gleichen in wichtigen Beziehungen dem lateinischen Notariat, wengleich die notariellen Aufgaben weniger umfassend als im deutschen Recht sind.⁵⁾ Deutschland hatte bei einer Bevölkerungszahl von rund 81 Millionen im Jahre 2014 7.328 Notare — mit allerdings abnehmender Tendenz—. ⁶⁾ Japan weist bei einer Einwohnerzahl von etwa 126 Millionen Bürgern im Jahre 2014 eine deutlich geringere Notardichte auf. So gab es in Japan Anfang des Jahres 2015 498 Notare.⁷⁾

2. Private Dienstleistung

In scharfem Kontrast zur vorsorgenden Rechtspflege des lateinischen Notariats (oben 1) stehen die Vorstellungen der Länder des anglo-amerikanischen Rechtskreises, die präventiv wirkende Rechtsvorsorge für gering schätzen und sie daher als bloßen Ausfluss privater Dienstleistungsfreiheit einordnen. Eine vorsorgende Rechtspflege fehlt weitgehend in England und den USA sowie auch in den skandinavischen Staaten.⁸⁾ So hat der „notary“ des englischen Rechts mit einem Notar kontinentaleuropäischer Prägung kaum etwas gemein⁹⁾. Dort genießt die notarielle Urkunde keinen erhöhten Beweiswert und es fehlt die Vollstreckbarkeit. Die genannten Länder begegnen dem staatlich regulierten Notarberuf notwendigerweise mit Misstrauen. Sie favorisieren stattdessen Dienstleister wie Rechtsanwälte oder sogar Immobilienmakler, soweit überhaupt Beurkundungen gesetzlich erforderlich sind. Diese Rechtsordnungen setzen auf Rechtsdurchsetzung im Wege der nachträglichen repressiven Sanktion durch Richterspruch. Sie begreifen die — angeblich — kostenintensive und staatlich regulierte Prävention von Rechtsstreitigkeiten als „paternalistische“ Bevormundung der Parteien und betonen stattdessen Freiheit und Selbstvorsorge

↘ Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare, DNotZ 2013, 740.

4) Abgedruckt im *Schönfelder*, Deutsche Gesetze, Ergänzungsband, Nr. 98a.

5) *Yamamoto*, Länderbericht Japan, in: *Notarius international* 2003, 66 ff. [545 Notare im Jahre 2005]; *Kaiser/Pawlita*, Das Notariat in Japan, *ZJapanR* 2005, 163 ff.; *Baumann* *MittRhNotK* 1996, 1, 5 mit Fn. 38.

6) Notarstatistik der Bundesnotarkammer.

7) Japan Notaries Association, zu den Gründen *Yamamoto* (Fn. 5), 66.

8) Eingehend *Murray/Stürner*, *The Civil Law Notary—Neutral Lawyer for the Situation* (2010), S. 20 ff. (England und Nordeuropa), 59 ff. (England), 103 ff. (USA); *Stürner*, *Privatautonomie und Wettbewerb unter der Hegemonie der angloamerikanischen Rechtskultur?*, *AcP* 210 (2010), 105, 122 f.; *Mathias Reimann*, *The Notary in American Legal History: the Fall and Rise of the Civil Law Tradition?*, in: *Schmoeckel/Schubert* (Herausgeber), *Handbuch zur Geschichte des Notariats in der europäischen Tradition* (2009), S. 559 ff.

9) Eingehend *Bruns*, *Die Zukunft des Notariats in Europa — Dienstleistung oder vorsorgende Rechtspflege*, *EuZW* 2010, 247, 248.

der Bürger und der sie vertretenden Anwälte.¹⁰⁾ Neutrale „Dritte“ wie der Notar sind in diesen Systemen nicht vorgesehen. Mit einiger Vereinfachung lässt sich von einem „Einsäulenmodell“ sprechen, das allein durch die Rechtsprechung repräsentiert wird. Streitentlastung durch „Mediation“ lasse ich in diesem Zusammenhang beiseite, weil diese Erscheinung systemübergreifend ist.¹¹⁾

3. Bestrebungen zur Deregulierung der Notariatsverfassung

Die Europäische Kommission hat sich in den vergangenen Jahren zum Sprachrohr anglo-amerikanischer Vorstellungen (oben 2) gemacht und betreibt seit langem mit Nachdruck eine Deregulierung der Notariatsverfassungen lateinischer Prägung, verbrämt als deren „Modernisierung“.¹²⁾ Ihr geht es um die Schaffung eines weitgehend unregulierten Binnenmarktes für Notare. Die bestehenden Notariatsverfassungen werden in erster Linie nicht als Ausdruck jahrhundertalter bewährter Rechtsstrukturen,¹³⁾ sondern als Beschränkungen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit im europäischen Binnenmarkt wahrgenommen (Art. 49 und Art. 56 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union [AEUV]).¹⁴⁾ Die grenzüberschreitende Niederlassungsfreiheit des Art. 49 will den Selbstständigen einen „unionsweiten Wettbewerb der Standortentscheidungen eröffnen“.¹⁵⁾ Die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 sichert die grenzüberschreitende selbstständige Tätigkeit im europäischen Binnenmarkt durch das Verbot von Beschränkungen.¹⁶⁾ Innerhalb der Europäischen Union (EU) wacht neben der Kommission auch die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (*EuGH*) über die Vorgaben des europäischen Gesetzgebers durch häufig extensiv ausgeübte Rechtsfortbildung (unten III).

Als Folge fortschreitender Globalisierung mag wohl auch die japanische Notariatsverfassung unter weiteren Deregulierungsdruck geraten.¹⁷⁾ Inwieweit diesem Druck nachgegeben werden muss oder das japanische Notariat mithilfe seiner Notarkammern auf die Bewahrung bestehender Strukturen hinwirken sollte, vermag ich nicht zu

10) *Stürner*, Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik, JZ 2012, 10, 18 f., insbesondere 22; *ders.*, AcP 210 (2010), 105, 122 ff.

11) Etwa *H. Roth*, Bedeutungsverluste der Zivilgerichtsbarkeit durch Verbrauchermediation, JZ 2013, 637.

12) Dazu *Kämmerer*, Die Zukunft der freien Berufe zwischen Deregulierung und Neuordnung, Gutachten H zum 68. Deutschen Juristentag Berlin 2010, in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages Band I (2010), H 50; *Stürner*, Das Württembergische Notariat—Tradition und Reform, BWNotZ 2010, 195, 196, 200; Überblick bei *Doll*, Das lateinische Notariat in Deutschland und die gemeinschaftsrechtliche Liberalisierung von Dienstleistungen (2011), S. 209 ff.

13) Eingehend *Schubert*, Geschichte des Notariats und Notariatsrechts in Deutschland, in: Schmoeckel/Schubert (Fn. 8), S. 203 ff.; *Zerbes*, Wirkung der Reichsnotariatsordnung von 1512 im Deutschen Reich bis 1806, in: Schmoeckel/Schubert (Hrsg.), Handbuch zur Geschichte des deutschen Notariats seit der Reichsnotariatsordnung von 1512 (2012), S. 75 ff.

14) Abgedruckt im *Sartorius II*, Internationale Verträge. Europarecht, Nr. 146.

15) *Streinz/Müller-Graff*, EUV/AEUV, 2. Auflage 2012, Art. 49 AEUV Rdnr. 5.

16) *Streinz/Müller-Graff* (Fn. 15), Art. 56 AEUV Rdnr. 2.

17) *Yamamoto* (Fn. 5), 66, 67.

beurteilen. Immerhin mögen die dem Europarecht entnommenen Begründungen für eine Öffnung des europäischen Notariats in Richtung auf eine bloße private Dienstleistung eine — vielleicht bescheidene — Rolle als *rechtspolitische* Argumente auch in der japanischen Diskussion spielen. Die verbindende Grundlage ist die Zugehörigkeit zum lateinischen Notariat.

4. Kampf der Rechtskulturen?

Kehren wir zu Europa zurück: Nach dem bisher Gesagten scheint es nicht vermessen zu sein, die versuchte Ablösung der vorhandenen Strukturen vorbeugender Rechtspflege zugunsten eines europaweiten Beurkundungsmarktes als Grundlagenentscheidung zwischen einander widerstrebenden Prinzipien unterschiedlicher Rechtskulturen zu begreifen. Es geht um den vordringenden Einfluss anglo-amerikanischer Rechtsvorstellungen in die kontinentaleuropäische Rechtskultur. Für die USA wurde der vorausplanende Notar sogar als „Kuriosum“ bezeichnet, weil anglo-amerikanische Juristen vornehmlich in „Kategorien (nachträglicher) gerichtlicher Streitentscheidung“ dächten.¹⁸⁾ Mit gerade umgekehrter Stoßrichtung liegt die Frage nahe, ob nicht das Modell des lateinischen Notariats der schwindenden Überzeugungskraft eines auf behauptete ökonomische Effizienz gegründeten Rechtsprinzips entgegengesetzt werden sollte:¹⁹⁾ Vorbeugen ist besser als heilen (unten VII).

II. Tragende Strukturen der deutschen Notariatsverfassung

1. Regelung der Justizverfassung

Die durch die Kommission inspirierten Einflüsse mit ihrem Drang zur Deregulierung der bestehenden deutschen und europäischen lateinischen Notariatsverfassungen (oben I 3) setzen eine wenigstens holzschnittartige Darstellung der Strukturen des Notarberufs mit seinen staatlichen Bindungen voraus. Deren Ausgestaltung hängt mit den vom Notar wahrzunehmenden Aufgaben eng zusammen.²⁰⁾ Insoweit kommt der EU keine Regelungsbefugnis zu. Vielmehr ist die Ausgestaltung der Justizorganisation samt der Notariatsverfassung als komplementärer Bereich der Rechtsprechung (oben I 1) Sache der Mitgliedstaaten. Das „Lissabon-Urteil“ des deutschen Bundesverfassungsgerichts (*BVerfG*) hat diese Kompetenzen für das Gerichtswesen hervorgehoben.²¹⁾ Die bestehende Rechtslage

18) So unverblümt *Mathias Reimann*, in: Schmoeckel/Schubert (Fn. 8), S. 592 f.

19) Eindringlich in diese Richtung *Stürner*, JZ 2012, 1, 22; *Böttcher*, Vorsorgende Rechtspflege durch Notare bei der Registrierung von Mobiliarsicherheiten, RNotZ 2013, 285, 286 ff.

20) Dazu und zum folgenden *BVerfGE* 17, 371, 378; *Waldhoff*, Die Staatlichkeit der deutschen Notariatsverfassung als Grundlage des Systems vorsorgender Zivilrechtspflege, ZVP 127 (2014), 3, 16 ff.

21) *BVerfGE* 123, 267, 415 ff. (= NJW 2009, 2267 Rdnr. 368) (zum Gerichtswesen); dazu *H. Roth*, Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Zivilprozessrecht, JZ 2015, 443, 445; ebenso für das Berufsrecht der Notare: *BGHZ* 185, 30 Rdnr. 14 (Altersgrenze für Notare); *KG* NJW-RR 2012, 1143, 1144.

folgt aus dem in Art. 5 Abs. 1 des Vertrags über die Europäische Union (EUV)²²⁾ niedergelegten Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung. Dagegen eröffnen die europäischen Grundfreiheiten keine eigenständigen Regelungskompetenzen.²³⁾ Da das deutsche Notariat als geschlossenes System die Strukturmerkmale des lateinischen Notariats mit Deutlichkeit hervortreten lässt, darf ich mich auf dessen Darstellung beschränken.

2. Einzelelemente des Gesamtsystems

Die vorsorgende Rechtspflege wird in Deutschland als eine originäre Staatsaufgabe verstanden. Deshalb nimmt der Notar staatliche Funktionen wahr und er ist nach §§ 1, 20 ff. BNotO Träger eines öffentlichen Amtes, ohne jedoch Beamter zu sein.²⁴⁾ Der Notar übt keine unternehmerische Tätigkeit aus.²⁵⁾ Er führt ein Amtssiegel (§ 2 Satz 2 BNotO), hat einen Amtseid zu leisten (§ 13 BNotO), ist auf Lebenszeit bestellt (§ 3 Abs. 1 BNotO) und unabsetzbar. Er unterliegt aber einer Höchstaltersgrenze von 70 Jahren nach § 48a BNotO. Vergleichbar der Justizgewährungspflicht des Staates im Bereich der Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit²⁶⁾ trifft den Notar nach § 15 BNotO eine Pflicht zur Beurkundung. Nach § 4 Abs. 1 BNotO sind die Amtsstellen für Notare beschränkt und von einer Bedürfnisprüfung abhängig. Notare werden nach §§ 5, 6 BNotO auf ihre Eignung hin überprüft, die derjenigen eines deutschen Richters entsprechen muss. Es gilt das Amtsbereichsprinzip der §§ 10, 10a, 11 BNotO, wonach dem Notar ein bestimmter Amtsbezirk und ein Amtssitz zugewiesen sind. Sozietätsgrößen dürfen wegen § 9 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BNotO beschränkt werden.²⁷⁾ Der Notar darf als Ausdruck der Inkompatibilität nicht zugleich Inhaber eines besoldeten Amtes sein und muss sich die Übernahme einer Nebenbeschäftigung genehmigen lassen (§ 8 BNotO); zudem ist ihm nach § 29 BNotO ein Werbeverbot auferlegt. Er unterliegt nach § 17 BNotO einem zwingendem Gebührenrecht nach dem Gerichts- und Notarkostengesetz (GNotKG)²⁸⁾ und muss unbemittelten Beteiligten seine Urkundstätigkeit vorläufig gebührenfrei gewähren. Er darf grundsätzlich keine Gebührenvereinbarungen treffen, kann aber seine Kostenrechnungen selbst mit der Vollstreckungsklausel versehen und betreiben lassen (§ 89 GNotKG).²⁹⁾ Der Notar untersteht der Dienstaufsicht der Landesjustizverwaltungen nach § 92 BNotO, die

22) Abgedruckt im *Sartorius II* Nr. 145.

23) *Gärditz*, EWS 2012, 209, 216; *Huttenlocher/Wohlrab*, Der Notar (weiterhin) als Hoheitsträger, *EuZW* 2012, 779, 781.

24) *BVerfGE* 17, 371, 377 f.; *BVerfG* NJW-RR 2010, 263 Rdnr. 41; *BGHZ* 185, 30 Rdnr. 17 (Altersgrenze für Notare). —Die auslaufenden Sondervorschriften für das Land Baden-Württemberg (§ 114 BNotO) lasse ich beiseite.

25) *BGH* NJW-RR 2014, 1085 Rdnr. 10.

26) Eingehend *BVerfGE* 107, 395; *H. Roth*, in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Auflage (2008), vor § 253 Rdnr. 120.

27) *BVerfG* NJW-RR 2010, 263.

28) Abgedruckt im *Schönfelder* Nr. 119.

29) *BGHZ* 185, 30 Rdnr. 18.

das Funktionieren der vorsorgenden Rechtspflege überwacht; auch unterliegt er einem Disziplinarrecht (§§ 95 ff. BNotO). Schließlich haftet er wegen einer Pflichtverletzung nicht aus Vertrag, sondern nach § 19 BNotO aus Amtspflichtverletzung persönlich. Andererseits ist die Stellung des Notars in mancher Beziehung einem freien Beruf angenähert, da er seine Tätigkeit selbstständig und auf eigenes Risiko ausübt.³⁰⁾

III. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes

Vor dem soeben skizzierten Hintergrund bedeutet die vielbesprochene „*Notar-Entscheidung*“ des *EuGH* (Art. 251 ff. AEUV) aus dem Jahre 2011³¹⁾ einen Meilenstein in der Diskussion um die Deregulierung (auch) der deutschen Notariatsverfassung.

1. Beurkundungen als Ausübung öffentlicher Gewalt?

Bis zu diesem Urteil nahm die überwiegende Auffassung an, dass die Art. 51, 62 AEUV das deutsche Notariat gegenüber den Einflüssen des Europarechts gleichsam immun machen.³²⁾ Nach diesen Normen finden die erwähnten europäischen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheiten (oben I 3) keine Anwendung auf Tätigkeiten, „die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind“. Mit vergleichbarer Stoßrichtung wurde nach der gefestigten Rechtsprechung des *BVerfG* gerade die Haupttätigkeit der notariellen Beurkundung als hoheitlich ausgestaltete Zuständigkeitsübertragung eingeordnet.³³⁾

Der *EuGH* ging in seinem Urteil mit keinem Wort auf diese Rechtsprechung ein. Vielmehr fällt nach seiner Auffassung die Erstellung öffentlicher Urkunden als notarielle Kerntätigkeit nicht unter die Bereichsausnahme des Art. 51 AEUV (damals Art. 43 EG), weil sie nicht mit der „unmittelbaren und spezifischen“ Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sei.³⁴⁾

Die Kommission hatte sich in dem von ihr initiierten Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV im wesentlichen gegen § 5 der damaligen BNotO gewandt, wonach nur ein deutscher Staatsangehöriger zum Notar bestellt werden durfte (auch unten IV 1). Darin sah sie einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit des Art. 49 AEUV (früher Art. 43 EG). Der gleiche Vorwurf wurde in Parallelverfahren gegen Belgien, Frankreich,

30) *BVerfG* NJW 2012, 2639 Rdnr. 51.

31) *EuGH* (Große Kammer), Urteil vom 24. 5. 2011, Rechtssache C-54/08, NJW 2011, 2491 (*Kommission/Deutschland*) (= Slg. 2011, I-4360).

32) Nachweise bei *Henssler*, Das Notariat in Europa — Folgerungen aus der aktuellen Rechtsprechung des *EuGH*—, DNotZ-Sonderheft 2012, 37, 38 f.

33) *BVerfGE* 17, 371, 376 (Begrenzung der Zahl der Notarstellen); 73, 280, 292 (Zahl der Notarstellen); *BVerfG* NJW-RR 2010, 263 Rdnr. 41 (Höchstzahlbegrenzung bei Notarsozietäten); NJW 2012, 2639 Rdnr. 46 (Weisungsrecht der Aufsichtsbehörden gegenüber Notaren; zu dieser Entscheidung unten IV 1).

34) *EuGH* NJW 2011, 2941 Rdnr. 86.

Griechenland, Luxemburg und Österreich erhoben.³⁵⁾ Dementsprechend judizierte der *EuGH*, Deutschland habe dadurch gegen seine Verpflichtungen aus der Gewährung des europäischen Niederlassungsrechts verstoßen, dass es für den Zugang zum Beruf des Notars eine Staatsangehörigkeitsvoraussetzung aufgestellt habe. In der Sache ging es um eine verbotene unmittelbare Diskriminierung nichtdeutscher EU-Bürger.

Aufgrund des Urteils hob der deutsche Gesetzgeber in § 5 BNotO das Erfordernis der deutschen Staatsangehörigkeit auf, beließ jedoch die Notariatsverfassung im übrigen ganz unverändert.³⁶⁾

2. Fernwirkungen des Urteils

a) Selbstbeschränkung

Vorab stellte der *EuGH* in seinem Urteil fest, dass „die Rüge der Kommission weder den Status und die Organisation des Notariats in der deutschen Rechtsordnung betrifft noch die Voraussetzungen, die neben der Staatsangehörigkeit für den Zugang zum Beruf des Notars in diesem Mitgliedstaat bestehen“ (Rdnr. 75 des Urteils). Zudem befinde er nicht über Fragen des freien Dienstleistungsverkehrs (Rdnr. 76 des Urteils).

b) Rechtfertigungsgründe

Der *EuGH* hat den sachlichen Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit ohne weiteres für eröffnet gehalten und die notarielle Tätigkeit als selbstständige Erwerbstätigkeit nach Art.49 Abs. 2 AEUV angesehen.³⁷⁾ Die Sprengkraft des Urteils des *EuGH* wurde in seinen für die Entscheidung *nicht* tragenden Erwägungen gesehen. In einem bemerkenswerten obiter dictum (Rdnr. 98 des Urteils) zieht der *EuGH* in Betracht, dass der Zweck der notariellen Beurkundung, Rechtmäßigkeit und Rechtssicherheit von Rechtsgeschäften zwischen Privatpersonen zu gewährleisten, als „zwingender Grund des Allgemeininteresses“ Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit „aufgrund der Besonderheiten der notariellen Tätigkeit rechtfertigen könne“.³⁸⁾ Es handelt sich um einen ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund des Art. 49 AEUV, der zwar den Tatbestand der

35) Die jeweilige nationale Ausgestaltung des Notarberufes in den erwähnten Ländern findet sich zusammengefasst in den Schlussanträgen des Generalanwalts *Villalon* vom 14. 9. 2010: „hybride Rechtsstellung zwischen öffentlicher Verwaltung und freiem Beruf“. —In Portugal war die Staatsangehörigkeit nicht Voraussetzung für die Ernennung; dazu *Bredthauer*, Zum Wegfall des Staatsangehörigkeitsvorbehalts für Notare, ZEuP 2012, 171, 173.

36) Art. 15 des Gesetzes vom 6.12.2011, BGBl. I 2515 mit Wirkung vom 1.4.2012.

37) Darauf weist *Dederer*, EuR 2011, 865 zu Recht hin. —Angehörige anderer Mitgliedstaaten dürfen nicht generell von dem betreffenden Beruf ausgeschlossen werden, sondern nur von den konkreten Tätigkeiten, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind (*EuGH* NJW 2011, 2941 Rdnr. 109; *Korte/Steiger*, Deutschenotariat abgestempelt!, NVwZ 2011, 1243, 1245). Im vorliegenden Zusammenhang spielt das keine größere Rolle, weil die Beurkundungstätigkeit den Kernbereich der notariellen Tätigkeit ausmacht.

38) So die Deutung durch *BVerfG* NJW 2012, 2639 Rdnr. 46; *Frenz*, DVBl 2011, 887; gegen ein obiter dictum zu Unrecht *Hamacher*, Der Geist der Freiheit weht in das Notariat — wegducken hilft nicht, AnwBl 2011, 913, 914.

Niederlassungsfreiheit unberührt lässt, aber auf der Ebene der Rechtmäßigkeit deren Beschränkungen folgenlos macht. Abgesehen davon ist der erwähnte Rechtfertigungsgrund gleichermaßen maßgeblich für Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV.³⁹⁾ Die Rechtfertigungsgründe entstammen dem Recht des freien Warenverkehrs (Art. 34 AEUV) und wurden im „*Cassis-de-Dijon*“ Urteil des *EuGH* aus dem Jahre 1979 formuliert.⁴⁰⁾ In der Sache respektiert der *EuGH* als zwingenden Grund des Allgemeininteresses die dem deutschen Notar obliegende *Rechtmäßigkeitskontrolle* des Rechtsgeschäfts, die eine Beurkundung nach § 14 Abs. 2 BNotO (§ 17 BeurkG) versagt, wenn die Beteiligten „erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke“ verfolgen.⁴¹⁾

Als danach erlaubte Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit zieht der *EuGH* nahezu alle Umstände in Betracht, welche zu den vorhin angedeuteten wesentlichen Strukturmerkmalen der deutschen Notariatsverfassung gehören (oben II 2). Es sind die „für die Notare aufgrund der Verfahren zu ihrer Bestellung geltenden Vorgaben, die Beschränkung ihrer Zahl und ihrer örtlichen Zuständigkeit, die Regelung ihrer Bezüge, ihre Unabhängigkeit, die Unvereinbarkeit von Ämtern und ihre Unabsetzbarkeit“, soweit die daraus folgenden Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit zur „Erreichung der genannten Ziele geeignet und erforderlich“ sind. Der *EuGH* hat demnach zwar die Beurkundungstätigkeit deutscher Notare nicht der Bereichsausnahme des Art. 51 AEUV unterstellt, vielmehr als grundsätzlich verbotene Beschränkung der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines EU-Mitgliedstaates gewertet.⁴²⁾ Doch kann diese Beschränkung auf der nachgelagerten dogmatischen Ebene der Rechtswidrigkeitskontrolle gerechtfertigt sein durch die mit der notariellen Beurkundung verfolgten Zwecke.

c) Deutungen des Urteils

Die Auffassungen der rechtswissenschaftlichen Literatur gehen in der Deutung der Formulierungen des *EuGH* weit auseinander. In der Mehrzahl wird — abgesehen vom Fall des Staatsangehörigkeitserfordernisses — einem unveränderten Fortbestand der deutschen wie der lateinischen Notariatsverfassungen das Wort geredet.⁴³⁾ Entgegengesetzte Stimmen

39) Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff, Das Recht der europäischen Union, 53. Ergänzungslieferung 2014, Art. 49 AEUV Rdnr. 124; Streinz/Müller-Graff, EUV/AEUV (Fn. 15), Art. 56 AEUV Rdnr. 98 (Dienstleistungsfreiheit); Art. 49 AEUV Rdnr. 82 (Niederlassungsfreiheit).

40) *EuGH*, Urteil vom 20.2.1979, Rechtssache 120/78, Slg. 1979, 649 Rdnr. 8 (*Cassis de Dijon*) = NJW 1979, 1766 (Herstellung und Vermarktung von Weingeist); dazu Streinz/Müller-Graff (Fn. 15), Art. 34 AEUV Rdnr. 72.

41) Schippel/Bracker/Kanzleiter, Bundesnotarordnung, 9. Aufl. 2011, § 14 Rdnr. 10; Arndt/Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung, 7. Aufl. 2012, § 14 Rdnr. 71; sehr deutlich auch *BVerfG* NJW 2012, 2639 Rdnr. 49.

42) Zweifelnd *Preuß*, Das Notar-Urteil des *EuGH* und seine Folgen, ZNotP 2011, 322.

43) Etwa *Bormann*, in: Festschrift Stürner (2013), S. 984 ff.; *Bracker*, MittBayNot 2012, 429; *Bredthauer*, ZEuP 2012, 171, 187; *Diehn*, LMK 2011, 320422; *M.-Ch. Fuchs*, EuZW 2011, 468, 476; *Gärditz*, EWS 2012, 209, 215 ff.; *Henssler*, DNotZ-Sonderheft 2012, 37, 51; *Lorz*, Kein Grund zur Sorge — Grund zur Entwarnung?, DNotZ 2011, 491; *Schwarze*, Die Abwägung von Zielen der europäischen Integration und mitgliedstaatlichen Interessen in der Rechtsprechung des *EuGH*, EuR 2013, 253, 268; ↗

halten dagegen die Entstaatlichung des deutschen Notariats für weitgehend vollzogen oder sie sehen größeren gesetzgeberischen Umsetzungsbedarf. Am weitesten geht die Auffassung, wonach jeder europäische Notar künftig als normaler Dienstleister im gesamten europäischen Binnenmarkt frei von allen Zulassungsbeschränkungen seine Beurkundungsdienste anbieten dürfe.⁴⁴⁾

Nicht zum Thema gehört übrigens die Vollstreckung notarieller Urkunden aus dem EU-Ausland. Nach Art. 58 Abs. 1 Brüssel Ia-VO⁴⁵⁾ sind öffentliche Urkunden (Art. 2 lit.c Brüssel Ia-VO), die im Ursprungsmitgliedstaat vollstreckbar sind, in den anderen Mitgliedstaaten vollstreckbar, ohne dass es einer Vollstreckbarerklärung bedarf. Es handelt sich nicht um eine Frage der EU-Grundfreiheiten, sondern um ein Problem der Zusammenarbeit in Zivilsachen (Art. 81 AEUV).⁴⁶⁾

IV. Die Reaktionen des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofes

Sowohl das *BVerfG* (sogleich unten 1) als auch der *BGH* (unten 2) hatten kurz nach dem Erlass des „*Notar-Urteils*“ des *EuGH* Gelegenheit, ihre bisher vertretenen Positionen zu überdenken. Beide Gerichte haben keinen Anlass gesehen, an der unveränderten Beibehaltung der deutschen Notariatsverfassung zu zweifeln. Das *BVerfG* hat in seinem Urteil eine Vorlage an den *EuGH* nach Art. 267 AEUV im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens noch nicht einmal erwogen. Es hat bisher ohnehin nur einmal an den *EuGH* vorgelegt, nämlich zur Frage der Vereinbarkeit des Ankaufs von Staatsanleihen der Europäischen Zentralbank (EZB) mit EU-Recht.⁴⁷⁾ Der *BGH* hat von einer Vorlage an den *EuGH* unter Anwendung der „*acte-clair-Doktrin*“ abgesehen. Danach entfällt die Vorlagepflicht, wenn die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts „derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum mehr bleibt“.⁴⁸⁾

↘ *Spickhoff*, Das deutsche Notariat in Europa — Qualität versus Niederlassungsfreiheit?, *JZ* 2012, 333, 340; *Waldhoff*, *ZZP* 127 (2014), 3, 26.

44) So *Hamacher*, *AnwBl.* 2011, 913, 916; *Ritter*, Entstaatlichung der deutschen Notariatsverfassung, *EuZW* 2011, 707; für weitreichende Folgerungen auch *Schmid/Pinkel*, Grundfreiheitskonforme Reformierung der nationalen Notariatsverfassung, *NJW* 2011, 2928; vor dem Urteil schon *Heinz/Ritter*, Deutsche Notare und Europäische Grundrechte — Grenzüberschreitende notarielle Dienstleistungen vor dem Durchbruch, *EuZW* 2009, 599; für allenfalls maßvolle Änderungen tritt ein *Kramarz*, Der europäische Notar und die Bundesnotarordnung, in: *Festschrift Frank* (2014), S. 285, 315.

45) Abgedruckt in *Jayme/Hausmann*, Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 17. Auflage 2014, Nr. 160b.

46) *M.-Ch. Fuchs*, *EuZW* 2011, 264.

47) *BVerfG* *NJW* 2014, 907.

48) *BGH* *NJW* 2013, 1605 Rdnr. 33 mit Anm. *Zimmer*.

1. Das Bundesverfassungsgericht

Das *BVerfG* musste sich aufgrund einer Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 N. 4a GG) mit der eher untergeordneten Frage der Verfassungsmäßigkeit einer Regelung der Dienstordnung für Notarinnen und Notare zur Dokumentation notarieller Verwahrungsgeschäfte und der Zulässigkeit einer darauf beruhenden Weisung der Aufsichtsbehörde (§§ 92 ff. BNotO) befassen.⁴⁹⁾ Das Gericht hat in seinem Urteil aus dem Jahre 2012 einen Verstoß gegen die in Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit des beschwerdeführenden Notars verneint. Das *BVerfG* bestätigt seine Rechtsprechung, wonach der Notar hoheitlich ausgestaltete Zuständigkeiten wahrnimmt und in einem bedeutsamen Teil der ihm übertragenen Funktionen einem Richter nahesteht.

a) Bekräftigung der Rechtsprechung

Das europäische Unionsrecht stehe dieser Auffassung nicht entgegen.⁵⁰⁾ Das gelte auch für die Ausführungen des *EuGH*, wonach notarielle Tätigkeiten nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt nach Art. 51 Abs. 1 AEUV verbunden seien. Das europäische Recht verlange lediglich, dass die durch Art. 49 AEUV gewährleistete Niederlassungsfreiheit für Notare „nicht an der Staatsangehörigkeit scheitert, weil der Ausnahmetatbestand des Art. 51 AEUV nicht greift“. Im Gegenteil ziehe der *EuGH* ausdrücklich in Betracht, „dass der Zweck notarieller Amtstätigkeit . . . als zwingender Grund des Allgemeininteresses Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit aufgrund der Besonderheit der notariellen Tätigkeit rechtfertigen könne“.

b) Regel und Ausnahme

Aus dieser Perspektive hat die vorsorgende Rechtspflege mit der Einordnung ihrer Tätigkeit als bloße Erscheinungsform privater Dienstleistungsfreiheit durch das Urteil des *EuGH* zwar ein Gefecht verloren, aber noch nicht die entscheidende Schlacht.⁵¹⁾

Allerdings geht es hier keineswegs nur um die dogmatisch vielleicht nachrangige Frage, ob sich die Zukunft des lateinischen Notariats auf der tatbestandlichen Ebene der angesprochenen Unionsfreiheiten entscheidet oder auf der nachgelagerten Ebene der Rechtfertigung einer vorhandenen Beschränkung. Das Urteil des *EuGH* hat vielmehr zu einer Vertauschung von Regel und Ausnahme geführt. Die Ablehnung einer hoheitlich ausgestalteten Aufgabenerfüllung durch Notare eröffnet dem *EuGH* künftig die Möglichkeit, etwa bei einer auf Zugang zum deutschen Notariat gerichteten Klage eines EU-Notars,⁵²⁾ jedes einzelne Element der systematisch geschlossenen deutschen Notariatsverfassung einer gesonderten Rechtfertigungsprüfung zu unterziehen. So könnte das Gesamtsystem durchlöchern und letztlich sogar zum Zusammenbruch gebracht werden.

49) *BVerfG* NJW 2012, 2639 (= *BVerfGE* 131, 130); zustimmend *Bracker*, MittBayNot 2012, 429; schon vorher *Bormann/Böttcher*, NJW 2011, 2758.

50) *BVerfG* NJW 2012, 2639 Rdnr. 44; zustimmend *Huttenlocher/Wohlrab*, EuZW 2012, 779, 781.

51) So aber die Befürchtung von *Stürner*, JZ 2012, 10, 22.

52) Dazu *Streinz*, JuS 2011, 851, 853.

Ob das *BVerfG* den „worst case“ als ausbrechenden Rechtsakt des *EuGH* im Sinne eines Ultra-vires-Akts werten würde, der vor der deutschen Verfassung nicht bestehen kann, stehe einstweilen dahin. Der deutschen Notariatsverfassung drohen jedenfalls von Seiten des *BVerfG* keine Gefahren.

2. Der Bundesgerichtshof

a) Dienstleistungsfreiheit

Der *BGH* hatte in einem Urteil aus dem Jahre 2013 über den Antrag eines Notars nach § 11 Abs. 2 Alt. 2 BNotO an die Aufsichtsbehörde zu entscheiden, ihm seine Beurkundungen nach deutschem Recht und in deutscher Sprache in sämtlichen EU-Mitgliedstaaten außerhalb Deutschlands zu genehmigen.⁵³⁾ Der *BGH* verneinte einen derartigen Anspruch des Notars und wies den Antrag ab. Die Entscheidung betraf nicht die Niederlassungsfreiheit des Notars, sondern allenfalls die Dienstleistungsfreiheit, weil es um die Versagung der Urkundstätigkeit im Ausland ging. Der *BGH* hat offengelassen, ob mit Blick auf das Territorialitätsprinzip Notare überhaupt die unionsrechtliche Dienstleistungsfreiheit für sich in Anspruch nehmen können, selbst wenn die Entscheidung des *EuGH*, ihnen die Ausübung öffentlicher Gewalt abzusprechen, zutreffend sei.⁵⁴⁾

Jedenfalls wäre trotz Eröffnung des Tatbestandes der Dienstleistungsfreiheit deren Beschränkung gerechtfertigt. Die Gewährleistung von Rechtmäßigkeit und Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen durch die notarielle Beurkundungstätigkeit stelle jedenfalls einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses dar. Der *BGH* macht sich damit die Rechtsauffassung des *BVerfG* zueigen (oben 1). Die Beschränkung der örtlichen Zuständigkeit von Notaren durch die Verweigerung von Auslandsbeurkundungen sei zur Erreichung dieser Ziele geeignet und erforderlich. Die Zulässigkeit eines „Reisenotariats“ könne vor allem die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit notariellen Dienstleistungen in dem zugewiesenen Amtsbereich gefährden. Im übrigen seien die Interessen von Notaren und Rechtsuchenden höchstens geringfügig betroffen.⁵⁵⁾ Auslandsbeurkundungsakte durch den deutschen Notar innerhalb und außerhalb der EU sind daher wohl weiterhin wegen des geltenden Territorialitätsgrundsatzes nichtig.⁵⁶⁾ Dieser Grundsatz besagt, dass die Hoheitsbefugnisse des Notars auf das deutsche Staatsgebiet beschränkt sind.

b) Europäische Grundrechtecharta

Mit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GR-Charta) tritt neuerdings

53) *BGH* NJW 2013, 1605 (= *BGHZ* 196, 271).

54) *BGH* NJW 2013, 1605 Rdnr. 20, 30; abgelehnt durch die Vorinstanz *KG* NJW-RR 2012, 1143, 1144.

55) *BGH* NJW 2013, 1605 Rdnr. 31.

56) *BGHZ* 138, 359, 361; *Diehn*, LMK 2011, 320422; *M-Ch. Fuchs*, EuZW 2011, 448, 476; *Geimer*, Trotz Niederlassungsfreiheit kein „Wandernotariat“ in Europa, NJW 2013, 2625; *Zimmer*, NJW 2013, 1609; *Preuß*, ZNotP 2011, 322, 326; anders *Pohl*, Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit für Notare in Europa, EWS 2011, 353, 359.

noch eine weitere europäische Rechtsschicht hervor, die Einfluss auf die vorbeugende notarielle Rechtspflege nehmen kann.⁵⁷⁾ Die §§ 47 Nr. 1, 48a BNotO legen die Altersgrenze für Notare auf 70 Jahre fest. Mit deren Erreichen erlischt das Amt des Notars. Nach der bisherigen Rechtsprechung des *BGH* verstoßen diese Normen weder gegen das Grundgesetz (Art. 12 GG) noch gegen das europäische Richtlinienrecht.⁵⁸⁾ Als maßgebend für die Altersgrenze wurde die Planungssicherheit in Bezug auf die einer Bedürfnisprüfung unterliegenden begrenzten Anzahl von Notarstellen (§ 4 Satz 1 BNotO) angesehen. Ohne eine altersmäßige Beschränkung wäre nicht gewährleistet, dass ältere Notare ihre Stellen zugunsten jüngerer Bewerber freimachten. Entsprechende Klagen von Notaren auf Fortsetzung der Tätigkeit als Notar blieben daher erfolglos.

In einem Beschluss aus dem Jahre 2014 hatte sich der *BGH* vor allem auch damit auseinanderzusetzen, ob nicht Art. 16 GR-Charta mit der Garantie der unternehmerischen Freiheit einen Anspruch auf weitere Berufsausübung nach Erreichen der Altersgrenze stützen könnte. Der *BGH* stellte klar, dass die notarielle Tätigkeit keine unternehmerische sei, sondern ein dem Notar übertragenes öffentliches Amt. Die „*Notar-Entscheidung*“ des *EuGH* (oben II) stehe nicht entgegen, auch wenn die Urkundstätigkeit deutscher Notare durch den *EuGH* nicht als Ausübung öffentlicher Gewalt qualifiziert worden sei.⁵⁹⁾ Der *BGH* lässt offen, ob die notarielle Tätigkeit in den Tatbestand („Schutzbereich“) der in der Charta niedergelegten Grundrechte falle. Auch wird unentschieden gelassen, ob die Charta überhaupt angewendet werden könne, weil der EU die Zuständigkeit für das Berufsrecht der Notare fehle (Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GR-Charta). Danach gilt die Charta für die Mitgliedstaaten „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“. Jedenfalls seien die behaupteten Einschränkungen dieser Rechte nach Art. 52 Abs. 1 GR-Charta zulässig. Als Einschränkungskriterien sind dort neben dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit dem Gemeinwohl dienende Zielsetzungen genannt. Letztlich wird damit erneut—wie schon im Zusammenhang der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (oben 1, oben a)—auf die *Rechtfertigungsebene* verwiesen,⁶⁰⁾ ohne dass es im vorliegenden Zusammenhang auf die Deckungsgleichheit der Rechtfertigungsgründe ankäme. Auch in dieser Entscheidung wird von einer Vorlage an den *EuGH* aufgrund der Grundsätze der „*acte-clair-Doktrin*“ abgesehen.⁶¹⁾

57) Abgedruckt im *Sartorius II* Nr. 150.

58) Richtlinie 2000/78/EG vom 27.11.2000, ABl. L 303/16; *BGH* NJW-RR 2014, 631 im Anschluss an *BGHZ* 185, 30; zur Entwicklung der Rechtsprechung *Hager/Müller-Teckhof*, NJW 2014, 1918, 1921.

59) *BGH* NJW-RR 2014, 1085 Rdnr. 10; *BGHZ* 196, 271 Rdnr. 19.

60) *Streinz/Streinz/Michl*, EUV/AEUV (Fn. 15), Art. 52 GR-Charta Rdnr. 22 *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Auflage 2013, Art. 52 Rdnr. 21; *Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Auflage 2014, Art. 52 Rdnr. 19 am Ende.

61) *BGH* NJW-RR 2014, 1085 Rdnr. 12.

3. Würdigung

Sowohl die Rechtsprechung des *BVerfG* (oben 1) als auch diejenige des *BGH* (oben 2) ist von dem Bestreben getragen, die deutsche Notariatsverfassung und diejenige des lateinischen Notariats insgesamt als widerspruchsfreies geschlossenes System zu retten und nicht einzelne Elemente und Strukturmerkmale preiszugeben. Die Berufszugangs- und Berufsausübungsregeln des Notarrechts dienen der geordneten Rechtspflege und entsprechen sowohl der deutschen Verfassung als auch den europäischen Grundfreiheiten. Dabei werden die Maßstäbe des Europarechts sogar als etwas großzügiger angesehen als diejenigen der deutschen Verfassung.⁶²⁾

V. Die europäische Gesetzgebung

1. Berufsqualifikationsrichtlinie

Schließlich bleiben noch Einflüsse zu erörtern, die dem lateinischen Notariat durch sekundäres europäisches Gemeinschaftsrecht, insbesondere durch Richtlinien, drohen. Auch dieses Recht hat Vorrang vor nationalem Recht, selbst vor Verfassungsrecht. Die Kommission hatte in dem zur „*Notar-Entscheidung*“ des *EuGH* führenden Vertragsverletzungsverfahren (oben II 1) den genannten Staaten (und Portugal) auch noch vorgeworfen, die europäische Berufsqualifikationsrichtlinie⁶³⁾ und ihre Vorgängerregelung⁶⁴⁾ aus den Jahren 1988/2005 nicht für den Beruf des Notars umgesetzt zu haben. Diese Rüge scheiterte nur deshalb, weil der *EuGH* aufgrund der besonderen Umstände des Rechtssetzungsverfahrens nicht feststellen konnte, dass für die Mitgliedstaaten eine „hinreichend klare Verpflichtung“ bestand, die Richtlinien für den Notarberuf umzusetzen.⁶⁵⁾

2. Richtlinienvorschlag der Kommission

Daraufhin reagierte die Kommission im Jahre 2011 mit einem Vorschlag zur Modernisierung der Berufsqualifikationsrichtlinie, der eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der Richtlinie auf Notare vorsah (Erwägungsgrund 7 des Vorschlags).⁶⁶⁾ Dieser Vorschlag

62) *Henssler/Kilian*, Zeitenwende durch den *EuGH* oder „business as usual“?, NJW 2012, 481, 484; *Kramarz*, in: Festschrift Frank (2014), S. 285, 303 f.; *Spickhoff*, JZ 2012, 333, 337; die Parallelen betont auch *M.-Ch. Fuchs* EuZW 2011, 468, 475. —Eine Überprüfung der einzelnen Strukturelemente der deutschen Notariatsverfassung mit dem Ergebnis der Vereinbarkeit mit Unionsrecht findet sich etwa bei *Gärditz*, EWS 2012, 209, 215 ff.; *Henssler*, DNotZ-Sonderheft 2012, 37; *Waldhoff*, ZZP 127 (2014), 3, 16 ff.

63) Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. 9. 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. EG Nr. L 255 vom 30.9.2005, S. 22.

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

65) *EuGH* NJW 2011, 2941 Rdnr. 142.

66) KOM (2001) 883 endgültig; zum Inhalt *Bengel*, Das deutsche Notariat im Lichte der ↗

ging freilich nicht soweit, dass sich ein EU-Bewerber, der den Notarberuf bereits in einem anderen Mitgliedstaat ausübt, in Deutschland ohne weiteres als Notar betätigen konnte. Vor allem durfte der Aufnahmestaat eine Eignungsprüfung oder einen Anpassungslehrgang vorschreiben (Artt. 13 Abs. 1 Satz 1; 14 Abs. 3 des Vorschlags). Auswahl- und Ernennungsverfahren sollten damit ebenso erhalten bleiben wie die jeweiligen nationalen Notariatsverfassungen. Dieser Vorschlag der Kommission wurde aber nicht umgesetzt.

3. Änderungsrichtlinie vom 20.11.2013

Zwar wurde aus dem Vorschlag im Jahre 2013 eine Änderungsrichtlinie.⁶⁷⁾ Nach Art. 1 Abs. 4 gilt diese Richtlinie aber nicht für durch einen Hoheitsakt bestellte Notare. Erwägungsgrund 3 erläutert, dass derart bestellte Notare im Hinblick auf die besonderen und unterschiedlichen Regelungen, denen sie in den einzelnen Mitgliedstaaten in Bezug auf den Zugang zum Notarberuf und seine Ausübung unterliegen, von dem Anwendungsbereich ausgeschlossen sind. Von der deutschen Bundesnotarkammer und dem Rat der Notariate der Europäischen Union war mehrfach darauf hingewiesen worden, dass eine andere Entscheidung das Organisationsermessen Deutschlands für eine vorsorgende Rechtspflege beeinträchtigt hätte.⁶⁸⁾

4. Ergebnis

Bis auf weiteres können daher EU-Notare, die sich in Deutschland niederlassen wollen, wegen § 5 BNotO nur zum Notar bestellt werden, wenn sie die Befähigung zum Richteramt nach dem Deutschen Richtergesetz (DRiG) haben. Das setzt nach § 5 DRiG die zweite juristische Staatsprüfung voraus. Bedürfnis- und Eignungsprüfung (§§ 4, 6 BNotO) gelten für sie gleichermaßen wie für deutsche Bewerber.⁶⁹⁾

VI. Wertung der Rechtsprechung des *EuGH*

Bis hierhin habe ich mich einer Wertung des „*Notar-Urteils*“ des *EuGH* weitgehend enthalten (oben III): „*roma locuta, causa finita*“. Doch gibt die Begründung des Urteils Anlass zu einigen Bemerkungen.

↘ Berufsqualifikationsrichtlinie, DNotZ 2012, 26; Heyne, Der Entwurf der Änderungsrichtlinie usw., iFK, aktuelle Stellungnahme 3/12 vom 29.3.2012 (S. 4 zu den Notaren).

67) Richtlinie 2013/55/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.11.2013 zur Änderung der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung der Berufsqualifikationen usw., ABL. EU Nr. L 354/132 vom 28.12.2013.

68) Mitteilungen der Bundesnotarkammer, DNotZ 2014, 561, 567; vergleichbar etwa die Stellungnahme des Bundesrates, Bundesrat-Drucksache 834/11 vom 2.3.2012, S. 7 ff.

69) Ebenso Spickhoff, JZ 2012, 339.

1. Freiwilligkeit

Der *EuGH* hat es für die Ausübung öffentlicher Gewalt nicht genügen lassen, dass deutsche notarielle Urkunden einer gesteigerten Beweiskraft unterliegen (§§ 415, 418 ZPO), die Urkunden nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO wie Gerichtsurteile vollstreckbar sind, Notare ihre Kostenrechnungen selbst mit der Vollstreckungsklausel versehen und beitreiben lassen können (oben II 2) und die notarielle Beurkundungstätigkeit notwendige Voraussetzung für das Funktionieren des Grundbuchrechts und des sonstigen Registerrechts ist.

Als Gegenargument zieht der *EuGH* vor allem die *Freiwilligkeit* der Parteien heran, die einer notariellen Beurkundung zugrunde liegt. Allerdings verblasst dieses Argument angesichts der vom Gesetz vorgesehenen Fälle des Formzwangs insbesondere im Immobiliarsachenrecht (§§ 311b, 925 BGB, § 29 GBO), im Familienrecht (§ 1410 BGB: Ehevertrag) oder im Erbrecht (§ 2276 BGB: Erbvertrag). Die Parteien können ihren Rechtsgeschäften in diesen Fällen nur zur Wirksamkeit verhelfen, wenn sie sich der Mitwirkung des Notars bedienen. Nicht ins Blickfeld des *EuGH* geraten ist, dass Notare durch ihre Amtstätigkeit sogar gegen den Willen der Beteiligten verbindlich über die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften entscheiden können. Verweigern Notare etwa ihre Tätigkeit, weil die Beteiligten unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgen (§ 4 BeurkG, § 14 Abs. 2 BNotO), kann das Rechtsgeschäft nicht wirksam werden, weil die vorgeschriebene gesetzliche Form (§ 125 BGB) nicht eingehalten ist.⁷⁰⁾ Das Verlangen des *EuGH* nach einer Tätigkeit, die „unmittelbar und spezifisch“ mit der öffentlichen Gewalt verbunden ist, ist eine Leerformel, die eine nachvollziehbare Begründung nicht ersetzen kann. Nimmt man die Auffassung des *EuGH* ernst, so dürfte auch der Richter wegen des im Zivilprozessrecht geltenden Dispositionsgrundsatzes nicht unter Art. 51 AEUV fallen, —ein unhaltbares Ergebnis, das auch von niemandem vertreten wird.

2. Gemeinsame Rechtsüberzeugung

Der *EuGH* kann sich auch nicht auf die Notwendigkeit einer autonomen Auslegung des Merkmals der „Ausübung öffentlicher Gewalt“ in Art. 51 AEUV zurückziehen. Gewiss spricht für eine autonome Auslegung, dass mit ihr Rechtszersplitterung durch unterschiedliche nationale Auslegungen vermieden werden kann. Diese Gefahr droht aber gerade nicht, weil die Staaten des lateinischen Notariats die gemeinsame Rechtsüberzeugung teilen, wonach die notarielle Beurkundungstätigkeit Ausübung öffentlicher Gewalt ist (oben I 1).⁷¹⁾ Auch sonst wird in der Rechtsprechung des *EuGH* häufiger mit Recht berücksichtigt, dass bestimmte Lösungen in den meisten Mitgliedstaaten anerkannt sind.⁷²⁾ Wenn sich diese Rechtsüberzeugungen zu einem gemeineuropäischen Prinzip verdichtet

70) *BVerfG* NJW-RR 2010, 263 Rdnr. 41.

71) Berechtigte Kritik durch *Bredthauer*, ZEuP 2012, 171, 185.

72) Nachweise zur EuGVO bei *Kropholler/von Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 2011, Einleitung EuGVO Rdnr. 81.

haben, beeinflusst das notwendigerweise die autonome Auslegung europarechtlicher Begriffe. Das muss umso mehr gelten, wenn das betreffende Prinzip in der Rechtsprechung eines Verfassungsgerichts über Jahrzehnte hinweg entfaltet worden ist (oben IV 1).

Die enge Auslegung des Art. 51 AEUV durch den *EuGH* führt zur weitgehenden Funktionslosigkeit der Norm. Es gehört aber gewiss zu den Überzeugungen einer gemeineuropäischen Methodenlehre, dass man dem Gesetzgeber nicht unterstellen kann, er habe gehaltlose Normen schaffen wollen. Letztlich liegt darin eine Missachtung des gesetzgeberischen Willens.⁷³⁾

3. Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung

Die „Auslegung“ des Art. 51 AEUV durch den *EuGH* wird nach allem den anerkannten Auslegungsgrundsätzen nicht gerecht. Letztlich ging es auch nicht um Auslegung von Rechtsnormen, sondern um die Durchsetzung des rechtspolitisch Wünschenswerten. Dem Vorwurf einer rechtsübersteigenden Rechtsfortbildung oder gar einer Rechtsfortbildung contra legem sieht sich das „*Notar-Urteil*“ nur deshalb nicht ausgesetzt, weil seine Aussagen durch das vorhin dargestellte ungewöhnliche obiter dictum (oben III 2 b) abgemildert wurden. Danach steht wohl zu erwarten, dass die deutsche Notariatsverfassung als geschlossenes System den Anforderungen der europäischen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit standhalten wird. Die soeben dargestellten Entscheidungen von *EuGH* (oben III), *BVerfG* (oben IV 1) und *BGH* (oben IV 2) sowie die Herausnahme des Notars aus der Berufsqualifikationsrichtlinie (oben V 3) legen es wenigstens in ihrer Zusammenschau nahe, dass die europäischen Grundfreiheiten nicht zu einem Neubau der 21 lateinischen europäischen Notariatsverfassungen zwingen. Namentlich hat der *EuGH* in seinem wohlwollenden obiter dictum wahrscheinlich gemacht, wie er künftig über Einzelfragen der deutschen Notariatsverfassung entscheiden wird.

VII. Rechtspolitik

Zum Schluss seien noch einige rechtspolitische Bemerkungen gestattet. Es liegt auf der Hand, dass Streitvermeidung einer nachträglichen Lösung von Rechtskonflikten durch Gerichte vorzuziehen ist.⁷⁴⁾ Sie dient dem Rechtsfrieden unter den Parteien und entlastet nicht zuletzt die staatlichen Gerichte. Breitenwirkung in der Gesellschaft kann Streitvermeidung aber nur dann entfalten, wenn sie nicht als nur punktuelle Vorsorge den Parteien des Rechtsgeschäfts oder deren Rechtsanwälten als einseitigen Interessenwahrern

73) Zum rechtshistorischen Argument: *Schmoeckel*, Zur Einführung: Bedeutung des Notariats für die Entwicklung der europäischen Rechtskultur, DNotZ-Sonderheft 2012, 147; speziell zu Art. 51 AEUV (früher: Art. 55 EWGV) *Löwer*, Staatsangehörigkeitsvorbehalt—Unionsrecht—Notare, in: Ruffert (Hrsg.), Dynamik und Nachhaltigkeit des öffentlichen Rechts (2012), S. 220, 221.

74) *Böttcher*, RNotZ 2013, 285.

anvertraut ist. Sie muss vielmehr einen Teil der staatlichen Rechtspflege bilden und bleibt auch dann originäre Staatsaufgabe, wenn sie als vorbeugende Rechtspflege auf unabhängige und unparteiische Dritte wie den Notar ausgegliedert wird. Kostennachteile für die Parteien konnten bisher nicht erwiesen werden.⁷⁵⁾

Die mit der Finanzkrise vor allem in den USA gemachten Erfahrungen legen es im Gegenteil nahe, dass die vollständige Überantwortung von Rechtsvorsorge an die Privatautonomie der Parteien oder an private Dienstleister nach angloamerikanischem Vorbild mit einem Systemfehler behaftet ist. Ein ausschließlich auf nachträglicher Konfliktlösung beruhendes System, das gelegentliche Zusammenbrüche eines großen Teils der Privatrechtsordnung (Stichwort „Immobilienblase“) gleichsam als Kollateralschäden der Zivilgesellschaft in Kauf nimmt, taugt nur bedingt zur Verwirklichung der Privatautonomie.⁷⁶⁾ Dagegen schafft vorsorgende Rechtspflege in Ausübung öffentlicher Gewalt erst die notwendigen Bedingungen für die privatautONOMEN Entscheidungen. Die ausschließliche Fixierung auf ein Konzept der Öffnung des europäischen Binnenmarktes verdunkelt diese Zusammenhänge. Der Notar ist Teil der Rechtspflege und kann nicht nach den markttypischen Regeln und der Logik des Binnenmarktes handeln.

75) *Stürner*, BWNotZ 2010, 195, 200; *Murray*, Real Estate Conveyancing in 5 European Union Member States. A Comparative Study (2007); *R. Knieper*, An Economic Analysis of Notarial Law and Practice (2009); jüngst *Schröoler*, Grundstückserwerbskosten und Notargebühren im internationalen Vergleich. Schriftenreihe des Instituts für Notarrecht der Humboldt-Universität zu Berlin. Heft 11 (2014).

76) Dazu auch *Löwer*, 50 Jahre Bundesnotarordnung—eine verfassungsrechtliche Standortbestimmung des Notariats, DNotZ 2011, 424.