

Prof. Dr. Andreas Spickhoff

## **Zur Zukunft des Notariats in Europa – aus deutscher Perspektive**

---

Im Anschluss einer Reihe von Entscheidungen des *EuGH* vom 24. Mai 2011 steht die europarechtliche Legitimation des Notariates insbesondere unter dem Aspekt der Niederlassungsfreiheit nicht nur in Deutschland im Fokus der Diskussion. Es fragt sich daher, welche Auswirkungen europarechtliche Vorgaben auf die Ausgestaltung des Notariatswesens haben. Ein besonderes Augenmerk ist dabei auf die zentrale Frage nach den qualitativen Anforderungen an Notare zu legen.

---

Rechtsgebiet(e): Notariats- und Anwaltsrecht; Europarecht und Internationales Recht; Deutsches Recht; Beiträge

Zitiervorschlag: Andreas Spickhoff, Zur Zukunft des Notariats in Europa – aus deutscher Perspektive, in: Jusletter 28. Oktober 2013

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Unionsrechtliche Prämissen
- III. Unanwendbarkeit der Berufsqualifikations-Anerkennungs-Richtlinie
- IV. Rechtfertigung der Qualitätsstandards von Notaren
  1. Grundlagen und Ausgangspunkt
  2. Konsequenzen für die Zulässigkeit von Auslandsbeurkundungen und das Internationale Privatrecht
    - a) Auslandsbeurkundung durch deutsche Notare?
    - b) Beurkundung durch ausländische Notare und inländische Formvorschriften
    - c) Zur Substitution durch Notare in der Schweiz aus der Sicht der deutschen Kollisionsrechtsdogmatik
  3. Bedürfnisprüfung
  4. Befähigung zum Richteramt
  5. Sonstige fachliche Eignungsvoraussetzungen
- V. Ausblick

## I. Einleitung

[Rz 1] Das Recht auf freie, möglichst einschränkungslose Berufsausübung innerhalb der Europäischen Union gehört zweifelsohne zu den zentralen Errungenschaften des europäischen Einigungsprozesses. Seine Durchsetzung muss eines der zentralen Anliegen eines funktionierenden Binnenmarktes sein. Die damit angesprochenen Fragen sind zu einem wesentlichen Teil in der sog. Berufsqualifikations-Anerkennungs-Richtlinie<sup>1</sup> aufgegriffen und einer Lösung zugeführt worden. Recht eingehende Regelungen finden sich dort zu Medizinalberufen und zu Architekten. Juristen stossen demgegenüber aufgrund der nach wie vor grossenteils bestehenden Nationalität des Rechts auf sachimmanente Grenzen. Das gilt natürlich auch in Bezug auf die privatrechtsrelevanten Materien, mit denen die notarielle Tätigkeit typischerweise in Berührung kommt. Es stellt sich konkret immer wieder die Frage nach einem möglichen Tribut, den die Niederlassungsfreiheit in Bezug auf die Wahrung eines hohen qualitativen Niveaus der Berufsausübung nach nationalen Standards fordert. Andererseits besteht die Sorge, nicht zuletzt der Europäischen Kommission<sup>2</sup>, dass sich unter dem Deckmantel namentlich der Qualitätssicherung notarieller Regelungen das wahre Motiv der blossen Abwehr ausländischer Konkurrenz durch «zünftisches Recht» versteckt.<sup>3</sup> Daher werden nicht nur offene, sondern auch versteckte Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit nach ständiger Rechtsprechung der EuGH zur Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) abgewehrt.<sup>4</sup>

[Rz 2] Die Möglichkeiten, eventuell auch Grenzen und

Perspektiven bei der Wahrung der Qualität «lateinischer» Notare in Europa, genauer: auf der Folie europarechtlicher Rechtsvorgaben sind jüngst Anlass erheblicher Sorge und Unruhe in der Zunft geworden. Den Hintergrund dafür bildete ein seit geraumer Zeit schwebender Rechtsstreit zwischen Deutschland und anderen europäischen Mitgliedstaaten einerseits und der Europäischen Kommission andererseits. Gerügt worden war eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit im Bezug auf Notare wegen der Staatsangehörigkeitsvoraussetzung sowie die Nichtumsetzung der Berufsqualifikations-Anerkennungs-Richtlinie<sup>5</sup>. Der EuGH hat den Rechtsstreit am 24. Mai 2011<sup>6</sup> zusammen mit Parallelverfahren gegen andere Länder entschieden. Im Ergebnis hat das Gericht zwar einerseits die deutsche Staatsangehörigkeit als Voraussetzung für die Bestellung zum Notar (§5 der Bundesnotarordnung [BNotO]) als mit der Niederlassungsfreiheit unvereinbar angesehen. Andererseits ist der Umstand, dass die Berufsqualifikations-Anerkennungs-Richtlinie in der deutschen Umsetzung nicht auf Notare erstreckt worden ist, unbeanstandet geblieben.

[Rz 3] Mit diesen kurzen Ergebnissen könnte es nun sein Bewenden haben. Doch finden sich in der Entscheidung neben interessanten obiter dicta durchaus Passagen, die Interpretationsspielräume zulassen und die einer genaueren Betrachtung bedürfen. Man wird nicht fehlgehen in der Annahme, dass sich aus ihnen möglicherweise auch Antworten auf Fragen ergeben, die in dem konkreten Verfahren gar nicht unmittelbar zu entscheiden waren. Bei alledem steht in Deutschland die Frage im Vordergrund, ob das europäische Normenumfeld und die europarechtlich verankerte Niederlassungsfreiheit des Art. 49 AEUV (früher Art. 43 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft [EGV]) Abstriche im Hinblick auf die Qualitätsanforderungen an Notare erzwingen. Das würde nichts anderes als die Gefahr eines Niveauverlustes für die inländische Rechtspflege und -kultur zur Folge haben, deren wesentliche Bestandteile Notare nun einmal sind.

[Rz 4] Im Folgenden werden drei Aspekte in den Vordergrund gestellt, welche durch die Entscheidungsserie des Europäischen Gerichtshofs vorrangig angesprochen sind: erstens eine mögliche Einschränkung der Niederlassungsfreiheit aufgrund einer Ausübung öffentlicher Gewalt durch Notare (Art. 51 AEUV, früher Art. 45 EGV), zweitens die Anwendbarkeit der Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen<sup>7</sup>, und drittens schliesslich die Möglichkeit der Rechtfertigung von Qualitätsstandards im Notariatswesen gegenüber der europarechtlichen Niederlassungsfreiheit; diese Frage hat der EuGH nur in obiter dicta gestreift.

<sup>1</sup> Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen; ABi EU L 255/22.

<sup>2</sup> KOM (2002) 888 vom 29. Dezember 2000, S. 9, 11, 13 und 15.

<sup>3</sup> Auf dieses Spannungsverhältnis hat VOLLRATH, MittbayNot 2001, 1f., hingewiesen.

<sup>4</sup> Z.B. EuGHE 1988, 5483; EuGHE 1977, 765, 777.

<sup>5</sup> Vorige Fussnote; auf die in Rede stehenden Fälle anwendbar war noch die Richtlinie 89/48/EWG als Vorläufer.

<sup>6</sup> Rs C-54/08.a. = NJW 2011, 2941 = EuZW 2011, 468 = EWS 2011, 234 = DNotZ 2011, 462.

<sup>7</sup> Richtlinie 2005/36/EG, ABi EU 2005, L 255/22.

## II. Unionsrechtliche Prämissen

[Rz 5] Bei der durch Artikel 49 AEUV geschützten Niederlassungsfreiheit geht es um die Freizügigkeit von Selbstständigen, also von Freiberuflern, Handwerkern oder sonstigen Gewerbetreibenden<sup>8</sup>. Die Niederlassungsfreiheit impliziert die Inländergleichbehandlung. Man soll also unter den gleichen Bedingungen wie ein Inländer selbstständig und auf Dauer in einem anderen Mitgliedstaat seine Tätigkeit ausüben können (Art. 49 Abs. 2 AEUV). Insbesondere offene oder versteckte Diskriminierungen allein aufgrund der Staatsangehörigkeit sind verboten<sup>9</sup>.

[Rz 6] Indes enthält Art. 51 AEUV (früher Art. 45 EGV) eine Bereichsausnahme vom Niederlassungsrecht. Diese Garantie findet nämlich dann keine Anwendung, soweit es um Tätigkeiten geht, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Ob die Tätigkeit deutscher Notare in diesem Sinne mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist, das wurde lange Zeit kontrovers diskutiert. Der Generalanwalt, die Bundesregierung, zahlreiche andere europäische Staaten und ebenso das Europäische Parlament waren mehrheitlich der Ansicht, für die Ausübung öffentlicher Gewalt sei ein Über- und Unterordnungsverhältnis im Sinne der alten Subordinationstheorie nicht zwingend notwendig. Hervorgehoben wurde, dass die notarielle Tätigkeit der vorsorgenden Rechtspflege dient, und dass Tätigkeiten wie die der Beurkundung mit möglicher Vollstreckungsklausel der Entlastung von Gerichten dienen. Hervorgehoben wurde ferner die Beweiskraft von notariellen Urkunden.<sup>10</sup> So hat denn auch UDO STEINER<sup>11</sup> mit Grund bemerkt, die Aussage des BVerfG, der Notar übe ein «öffentliches Amt» aus, sei seit 1964 «stabil» geblieben,<sup>12</sup> weil der Notar in Ausübung seiner Aufgabe der «vorsorgenden Rechtspflege» dem Richter nahesteht, originäre Staatsaufgaben wahrnimmt und das Notariat daher im Kern «wesensmäßig staatlich, nicht nur vom Gesetzgeber als staatlich ausgestaltet» sei. Der Notar übe ein «ausserdienstliches öffentliches Amt» aus, so dass sich die Aufgaben der Notare

als Zuständigkeiten bezeichnen lassen, die nach der geltenden Rechtsordnung hoheitlich ausgestaltet sein müssen.

[Rz 7] Wie ALEXANDER BRUNS<sup>13</sup> herausgearbeitet hat, spricht dafür auch das Selbstverständnis der meisten europäischen Staaten: neben Frankreich, Belgien und Italien auch Deutschland sowie die Mittel- und Osteuropäischen Staaten, ja sogar das englische Recht, obwohl dieses kaum zum Kreis des lateinischen Notariats gehört, weil englische Notaries keine Rechtmässigkeitskontrolle ausüben; der Schwerpunkt ihrer Tätigkeiten liegt eher in der Beglaubigung (nach deutscher Terminologie).

[Rz 8] Freilich ist unstreitig, dass die europarechtlich geprägten Begriffe europäisch-autonom auszulegen sind. Die national-autonome Haltung zu dieser Frage, auch die eben dargelegte deutsche, ist daher nicht notwendig deckungsgleich mit der europäischen.<sup>14</sup> Doch ist auch für die letztere die vergleichende Betrachtung der europäischen Mitgliederrechtsordnungen ein wesentlicher Indikator. Mit Grund hat STEINER daher geäußert, die Ansicht, der Notar in Deutschland übe im Kern ein öffentliches Amt aus, lasse sich «auch in den europäischen Raum mit Anstand hineinragen».<sup>15</sup>

[Rz 9] Allerdings hat der EuGH<sup>16</sup> eine Amtshaftungsklage gegen einen deutschen verbeamteten Lehrer aus Baden-Württemberg, der seiner Aufsichtspflicht nicht zureichend nachgekommen sein soll, als Zivilsache im Sinne von Art. 1 Abs. 1 des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens (EuGVÜ; heute Verordnung des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen [EuGVVO]; ebenso formuliert im Rom I-VO und Rom-II VO) angesehen. Im Rahmen eines Adhäsionsverfahrens hatten die Erben eines tödlich verunglückten deutschen Schülers den Lehrer auf Schadensersatz vor einem italienischen Gericht in Anspruch genommen. Die nach europäischem Zivilprozessrecht (Art. 5 Nr. 3 EuGVVO) bestehende Tatortzuständigkeit hat der EuGH toleriert. Mag auch öffentlicher Sozialversicherungsschutz bestanden haben: Zwischen Lehrern von Privatschulen und öffentlichen Schulen sei insoweit kein Unterschied zu machen. Ebenso hat neuerdings der BGH<sup>17</sup> die nach kantonalem Recht der

<sup>8</sup> CALLIESS/RUFFERT/BRÖHMER, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 49 Rn. 1.

<sup>9</sup> Siehe EuGHE 1988, 5483f; EuGHE 1977, 765, 777; LÖRCHER, in: Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, 10. Aufl. 2011, §57 Rn. 8.

<sup>10</sup> Siehe auch PREUSS, ZEuP 2005, 291, 293 mwN. aus dem deutschen Schrifttum; siehe auch KRAMES, in: Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, Handkommentar, 2008, Art. 2 Rn. 93ff; STREINZ/LEIBLE, in: Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, Einleitung Rn. 8 (für differenzierende Wertung); für das Eingreifen der Bereichsausnahme des Art. 51 AEUV (früher Art. 45 EGV) FISCHER, DNotZ 1989, 54; RICHTER, MittBayNot 1990, Sonderheft S. 20 ff.; RANDELZHOFFER, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 45. Erg.lfg. 5/2011, EGV, Art. 55 Rn. 4; ferner BOHRER, Berufsrecht der Notare, 1991, S. 142; anders aber BASEDOW, RabelsZ 55 (1991), 409 ff.

<sup>11</sup> MittBayNot-Sonderheft 2011, 10, 13.

<sup>12</sup> BVerfGE 17, 371; später z.B. BVerfGE 73, 280 (dort ist u.a. vom «Zugang zum angestrebten öffentlichen Amt» die Rede) und zuletzt auch wieder BVerfGE 131, 130 = NW 2012, 2639 (dazu LORZ, NJW 2012, 3406; HUTTENLOCHER/WOHLRAB, EuZW 2012, 779).

<sup>13</sup> EuZW 2010, 247 ff. Zur kontinentaleuropäischen Tradition des Notariats siehe ferner STÜRNER, GedSchr Manfred Wolf, 2011, 741.

<sup>14</sup> Ebenso DIEHN, LMK 2011, 320422. Weiterhin für den hoheitlichen Charakter der Tätigkeit von Notaren im Sinne des autonomen Verständnisses BGHZ 196, 271.

<sup>15</sup> MittBayNot-Sonderheft 2011, 10, 13; ebenso noch KARPENSTEIN/LIEBACH, EuZW 2009, 161, 162ff; anders bereits HEINZ/RITTER, EuZW 2009, 599, 602; SCHILL, NJW 2007, 2014, 2017f; zweifelnd FLEISCHHAUER, DNotZ 2002, 325, 356ff.

<sup>16</sup> NJW 1993, 2091 auf Vorlage des BGH, IPRspr 1991, Nr. 206 (S. 424 ff).

<sup>17</sup> BGH NJW 2011, 3584 = MedR 2012, 316 m. Anm. SPICKHOFF; umfassend dazu VOGELER, VersR 2011, 588; zuvor BGH NJW 2008, 2344 = MedR 2008, 666 mit Anm. SEIBL; dazu auch SPICKHOFF, IPrax 2009, 128 ff.; DERS., Festschr. für Gerda Müller, 2009, S. 287 ff.

Schweiz allein bestehende, öffentlich-rechtlich ausgestaltete Staatshaftung von Kantonsspitalern als Zivilsache im Sinne des Parallelabkommens zur EuGVVO, dem LugÜ, angesehen. Es war deshalb zwar kritikwürdig, aber m.E. auch nicht überraschend (jedenfalls nicht für den, der sich mit europäischem Zivilprozessrecht beschäftigt), dass der EuGH seiner hier sichtbar gewordenen Linie treu geblieben ist. Immerhin regelt auch mit §19 BNotO ein der klassischen Amtshaftung des §839 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) nachgebildeter Tatbestand die (Amts-) Haftung des Notars besonders. Der EuGH hat den Begriff der Ausübung öffentlicher Gewalt (in der Diktion des europäisierten internationalen Privat- und Prozessrechts «*acta iure imperii*», s. Art. 1 Abs. 1 a.E. Rom-II-VO) autonom und (wie so häufig, wenn es um Grundfreiheiten geht) die darauf bezogene Ausnahmenvorschrift von Art. 51 AEUV eng ausgelegt. Insofern hat das Gericht kaum einen erkennbaren Unterschied zwischen der Auslegung von primärem und sekundärem europäischem Recht gemacht.

[Rz 10] Der EuGH verlangt, dass eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt vorliegt.<sup>18</sup> Massgeblich war für den EuGH die Erwägung, dass der Notar keine Entscheidung gegen den Willen einer der Parteien, die er berät, durchsetzt. Die Parteien würden schliesslich selbst über den Umfang ihrer Rechte und Pflichten entscheiden, ihre Übereinstimmung sei massgeblich. Weder die Beurkundungstätigkeit selbst noch die Rechtmässigkeitsprüfung durch den Notar sei wesentlich für die Ausübung öffentlicher Gewalt. Auch die Beweiskraft und die Vollstreckbarkeit notarieller Urkunden genügen nicht, um einen unmittelbaren und spezifischen Bezug zur Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des EuGH herzustellen. Dabei hat das Gericht auf die §§ 415 Abs. 2, 417 Abs. 2 der deutschen Zivilprozessordnung (ZPO) hingewiesen, wonach der Beweis einer unrichtigen Beurkundung oder der Unrichtigkeit der bezeugten Tatsachen prinzipiell möglich sei. Auch die Vollstreckbarkeit der öffentlichen Urkunde beruhe allein auf dem vorherigen Einverständnis des Schuldners. Schliesslich hat das Gericht darauf hingewiesen, dass Notare ihren Beruf in den Grenzen ihrer jeweiligen örtlichen Zuständigkeiten unter Wettbewerbsbedingungen ausüben, was für die Ausübung öffentlicher Gewalt in der Tat wohl zumindest untypisch ist.

[Rz 11] Man mag diese Argumente einleuchtend finden oder nicht.<sup>19</sup> Sie sind nun jedenfalls als Ergebnis hinzunehmen. Zumindes aus europarechtlicher Sicht ist der deutsche No-

tar nun endgültig «zwitterig von Natur, nicht Staat und nicht ganz privat», aber ein im Ausgangspunkt (freilich nicht ganz) «normaler» freier Beruf des Primärrechts.<sup>20</sup> Wichtig und interessant erscheint freilich eine Relativierung, die in der bisherigen Diskussion des Urteils bislang kaum hervorgehoben worden ist. Denn der EuGH<sup>21</sup> hat zwar schlussgefolgert, dass die notariellen Tätigkeiten nicht (im Sinne von Art. 51 AEUV, früher Art. 45 EGV) mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden seien, dies – vorsichtig – indes nur «nach ihrer gegenwärtigen Definition in der deutschen Rechtsordnung». Das deutet gewisse Spielräume des Gesetzgebers an. Mag auch die Bindungswirkung gegenüber dem Vollstreckungsorgan durch eine notarielle Urkunde und eine darin enthaltene notarielle Vollstreckungsklausel nicht genügen, um von einer unmittelbaren und spezifischen Ausübung öffentlicher Gewalt zu sprechen: Anders wäre es, wenn man Aufgaben überlasteter Gerichtsvollzieher im Kontext der unmittelbaren Vollstreckung auf Notare beziehungsweise deren Gehilfen übertragen würde. Freilich ist bei der Ausschöpfung solcher möglicher Spielräume Vorsicht geboten. Der EuGH wird sich gewiss nicht durch eine nach seiner Einschätzung formale Erschleichung der Ausnahme des Art. 51 AEUV von seiner nunmehr eingeschlagenen Linie abbringen lassen. Dennoch bleibt doch seine Einschränkung, dass nur die *gegenwärtige* Rechtslage der Annahme einer Ausübung öffentlicher Gewalt durch Notare in Deutschland entgegensteht; Änderungen in der Zukunft konnte und wollte das Gericht eben doch nicht völlig ausschliessen bzw. hat dies jedenfalls ganz einfach nicht getan.

[Rz 12] Wichtiger als dieser mögliche Gestaltungsspielraum für nationale Gesetzgeber ist, dass allein mit dem Fortfall des Erfordernisses der deutschen Staatsangehörigkeit kein Qualitätsverlust im Hinblick auf die Tätigkeit von Notaren einhergeht. Auch Notare ohne deutsche Staatsangehörigkeit, die ihre deutschen Staatsexamina und alle sonstigen Zugangsvoraussetzungen glänzend bestanden haben, sind selbstverständlich nicht in geringerer Masse für die Ausübung des Notariates geeignet als gleichqualifizierte deutsche Staatsangehörige. Deswegen wird man die überaus restriktive Auslegung des Ausnahmetatbestandes der «Ausübung öffentlicher Gewalt» durch den EuGH zumindest rechtspolitisch tolerieren können. Wichtiger ist demgegenüber das im Folgenden näher zu erörternde Anliegen der Sicherung des Niveaus und der Qualität notarieller Tätigkeiten.

### III. Unanwendbarkeit der Berufsqualifikations-Anerkennungs-Richtlinie

[Rz 13] Die Anwendbarkeit der Richtlinie 89/48/EWG, an deren Stelle mittlerweile die

<sup>18</sup> Kritisch gegenüber der (auch im Europäischen Internationalen Privat- und Prozessrecht zum Ausdruck kommenden) Akzentuierung der Zwangsgehalt SCHMID/PINKEL, NJW 2011, 2928, 2929.

<sup>19</sup> Im Ergebnis gegen die Anwendung der Bereichsausnahme von Art. 51 AEUV BREDTHAUER, ZEuP 2012, 173, 184–186; früher auch HEINZ/RITTER, EuZW 2009, 599, 603; ebenso SCHILL, NJW 2007, 2014; a.A. (für die Ausübung öffentlicher Gewalt durch Notare) KARPENSTEIN/LIEBACH, EuZW 2009, 161 ff.; letzthin als unklar bezeichnet FLEISCHHAUER, DNotZ 2002, 325, 356 die Frage nach dem Eingreifen von Art. 51 AEUV.

<sup>20</sup> KÄMMERER, FAZ v. 10. August 2011, 19.

<sup>21</sup> Unter Rn. 116 der Entscheidung (o. Fussn. 2).

Berufsqualifikations-Anerkennungs-Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005<sup>22</sup> getreten ist (für die indes Gleiches gilt), hat der EuGH demgegenüber verneint. Hätte das Gericht die Berufsqualifikations-Anerkennungs-Richtlinie für einschlägig erachtet, ist (recht weitgehend) spekuliert worden, dass auch solchen Berufsträgern die Erbringung von notariellen Dienstleistungen erlaubt sein würde, die in ihrer eigenen Rechtsordnung nur dem Namen nach Notare sind (der «Notary Public»), während es auf die Gleichwertigkeit der Berufsträger hinsichtlich ihrer Rechtsstellung, Aufgaben und Funktionen dann nicht angekommen wäre<sup>23</sup>.

[Rz 14] Dabei hat man in Übereinstimmung mit dem EuGH deutlich zwischen der eben erörterten primärrechtlichen Bereichsausnahme von Art. 51 AEUV (früher Art. 45 EGV) und der Auslegung von Richtlinien (als Sekundärrecht) zu unterscheiden. So weist das Gericht darauf hin, dass im 12. Erwägungsgrund der alten Richtlinie ausdrücklich hervorgehoben worden war, die durch sie geschaffene allgemeine Regelung zur Anerkennung von Hochschuldiplomen solle nicht die Anwendung von Art. 51 AEUV bzw. Art. 45 EGV präjudizieren. Dadurch kommt in der Tat immerhin zum Ausdruck, dass der Richtliniengeber die unter die Bereichsausnahme fallenden Tätigkeiten im Kontext der Ausübung öffentlicher Gewalt nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie einbeziehen wollte. Im Wege der historischen Auslegung hat das Gericht sodann hervorgehoben, dass in Entschliessungen 1994 und 2006 auch das Europäische Parlament die Bereichsausnahme des heutigen Art. 51 AEUV vollständig als auf den Beruf der Notare anwendbar gesehen hat.<sup>24</sup> Allerdings ist die Streichung des Staatsangehörigkeitserfordernisses insofern als wünschenswert angesehen worden. Schliesslich hat der EuGH auf den 41. Erwägungsgrund der Berufsqualifikations-Anerkennungs-Richtlinie vom 7. September 2005 hingewiesen, wonach diese Richtlinie wiederum die Anwendung der Bereichsausnahme des Art. 51 AEUV (früher Art. 45 EGV) insbesondere auf Notare nicht berühren soll. Damit habe der Unionsgesetzgeber zur Nicht-Anwendbarkeit der Berufsqualifikations-Anerkennungs-Richtlinie ausreichend Stellung bezogen. Eine ausdrückliche Festlegung, dass die neue Richtlinie nicht für Notare gilt, wurde zwar nicht normiert. Doch bestand, wie der EuGH hervorhebt, der Grund dafür nicht darin, dass die geplante Richtlinie auf den Beruf des Notars Anwendung finden sollte, sondern nur darin, dass die Bereichsausnahme des Art. 51 AEUV in Bezug auf die Ausübung öffentlicher Gewalt offensichtlich als genügend angesehen worden ist, um diesem Anliegen Rechnung zu tragen.

[Rz 15] Das deckt sich zunächst damit, dass Art. 2 Abs. 2

lit. I der Europäischen Dienstleistungsrichtlinie<sup>25</sup> die Tätigkeiten von Notaren und Gerichtsvollziehern, die durch staatliche Stellen bestellt werden, vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie sogar ausdrücklich ausnimmt. Der Grund dafür ist im Kontext der Dienstleistungsrichtlinie ein weiteres Mal darin erblickt worden, dass die Tätigkeit von Notaren und Gerichtsvollziehern wegen der engen, unlösbaren Verbindung von hoheitlicher und nichthoheitlicher Tätigkeit in den jeweiligen Berufsbildern insgesamt aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie herausgelöst werden sollte, im Ganzen, um eine Aufspaltung des Berufsbildes zu verhindern. In Bezug auf Art. 51 AEUV (= Art. 45 EGV) ist in Art. 2 Abs. 2 lit. i der Europäischen Dienstleistungsrichtlinie der Ausschluss in Bezug auf die Ausübung öffentlicher Gewalt ausdrücklich genannt. In der Literatur wurde häufig – wie sich nunmehr herausgestellt hat: im Unterschied zur Ansicht des EuGH – vertreten, insoweit, als die Tätigkeit der Notare und Gerichtsvollzieher hoheitlicher Natur sei, wie etwa im Falle der öffentlichen Beglaubigung, sei die entsprechende Tätigkeit bereits von dieser Ziffer erfasst.<sup>26</sup>

[Rz 16] Insgesamt kommt man freilich nicht umhin, dass der Unionsgesetzgeber bei der Schaffung beider Berufsqualifikations-Anerkennungs-Richtlinien ganz offensichtlich, wenn gleich nach der Ansicht des EuGH unzutreffend, vom Eingreifen der Bereichsausnahme des Art. 51 AEUV in Bezug auf Notare ausging. Nur ist der EuGH an gesetzgeberische (Fehl-) Vorstellungen des Unionsgesetzgebers beim Erlass von Sekundärrecht bei der Auslegung von Primärrecht nicht gebunden. Anders steht es aber bei der Auslegung der beiden Richtlinien. Daher kam der EuGH zu dem Ergebnis, «angesichts der besonderen Umstände, die den Rechtssetzungsprozess begleiteten, sowie der daraus nach dem [...] normativen Zusammenhang resultierenden Ungewissheit», sei es «nicht möglich, festzustellen, dass bei Ablauf» der Umsetzungsfrist «eine hinreichend klare Verpflichtung für die Mitgliedsstaaten bestand, die Berufsqualifikations-Anerkennungs-Richtlinien in Bezug auf den Beruf des Notars umzusetzen.»

[Rz 17] Zumindest diese Formulierung des EuGH ist kritikwürdig. Es kann kaum ernsthaft für die Beurteilung, ob eine Richtlinie anwendbar ist oder nicht, auf das Kriterium einer «hinreichend klar» formulierten Verpflichtung ankommen. Und ebenso wenig ist der Rückgriff auf beweisrechtliche Kategorien (wie die Möglichkeit der Feststellung) geboten, wenn es um die Beantwortung von *Rechtsfragen* geht. In der Sache hat der EuGH hier die Umsetzungspflicht scheinbar wie hoheitliches Eingriffsrecht gegenüber den Befugnissen der Mitgliedstaaten angesehen und eine Art ausreichender

<sup>22</sup> ABI EU L 255/22.

<sup>23</sup> FLEISCHHAUER, DNotZ 2002, 325, 356. Zur Qualität und Qualitätssicherung im Notariat VOLLRATH, MittBayNot 2001, 1 ff.

<sup>24</sup> Siehe dazu auch LORZ, DNotZ 2011, 491, 496f.

<sup>25</sup> Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABI. EG 2006 Nr. L 376, S. 36.

<sup>26</sup> KRAMES, in: Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, Art. 2 Rn. 94, 95.

Klarheit der Eingriffsgrundlage postuliert. In der Literatur hat man möglicherweise bestehende Meinungsverschiedenheiten innerhalb des Spruchkörpers als Grund für diese etwas eigentümliche Formulierung in den Entscheidungsgründen vermutet; für mehr als die Abschaffung des Staatsangehörigkeitserfordernisses habe sich offenbar keine Mehrheit finden lassen.<sup>27</sup> Und prompt ist die in der Tat ungebräuchliche Formulierung des EuGH auch in dem Sinne (miss-) verstanden worden, dass die Berufsqualifikations-Anerkennungs-Richtlinie auf Notare prinzipiell anzuwenden sei.<sup>28</sup> Doch widerspricht diese Deutung der Entscheidung des EuGH der vom Primärrecht abweichend zu akzentuierenden Auslegung der Richtlinie, wie sie in der Entscheidung des EuGH konsequent und insofern überzeugend zum Ausdruck kommt.

## IV. Rechtfertigung der Qualitätsstandards von Notaren

### 1. Grundlagen und Ausgangspunkt

[Rz 18] Das Zwischenergebnis der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs – und über mehr hatte er eigentlich gar nicht zu entscheiden – lautet also: Will sich der Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaats in Deutschland als Notar niederlassen, so ist dies ungeachtet seiner ausländischen Staatsangehörigkeit prinzipiell möglich. Die Regeln zur Anerkennung von in anderen Mitgliedstaaten erworbenen Berufsqualifikationen nach der Berufsqualifikations-Anerkennungs-Richtlinie gelten indes nicht. Doch ist mit der Feststellung, was nicht gilt, naturgemäß nicht entschieden, was stattdessen gilt. Gleichwohl hat der EuGH seine Linie dazu doch relativ deutlich offen gelegt, wenngleich formal nur in einem obiter dictum.

[Rz 19] Ausgangspunkt bzw. Prämisse ist, dass berufsrechtliche Regelungen, die zu Beschränkungen einer Tätigkeit im Aufnahmestaat führen, nur dann nicht gegen die Niederlassungsfreiheit verstossen, wenn sie erstens nicht diskriminierend sind, wenn sie zweitens aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind, wenn sie drittens geeignet sind, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten, und wenn sie schliesslich nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist<sup>29</sup>. Diese recht strengen Anforderungen für Einschränkungen der Niederlassungsfreiheit, deren Rigidität lange bestritten worden ist,<sup>30</sup> beruhen darauf, dass die Niederlassungsfreiheit als fundamentaler Grundsatz bzw. als Grundprinzip des

AEUV angesehen wird.<sup>31</sup> Klar ist damit, dass prinzipiell mit der Statuierung von strengen Voraussetzungen, an welche die Ausübung der notariellen Tätigkeiten gebunden ist, ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit einhergeht.<sup>32</sup> Man hat deswegen bereits von einem «allgemeinen Europarechtsvorbehalt» für das Notariat als Teil der vorbeugenden Rechtspflege gesprochen.<sup>33</sup>

[Rz 20] Vor diesem Hintergrund ist es zunächst wichtig, dass der EuGH selbst in den «Vorbemerkungen» zu seiner Entscheidung hervorhebt, sie betreffe weder den Status noch die Organisation des Notariats in der deutschen Rechtsordnung und ebenso wenig – abgesehen von der Staatsangehörigkeit – die Voraussetzungen für den Zugang zum Beruf des Notars<sup>34</sup>. Nicht weniger wichtig ist ein zweites obiter dictum<sup>35</sup>. Denn der EuGH erkennt ohne weiteres an, dass insbesondere mit der Beurkundungstätigkeit als zentrale Aufgabe von Notaren Ziele verfolgt werden, die im Allgemeininteresse liegen, ja, mehr noch: Die Gewährleistung der Rechtmässigkeit und Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen begründe sogar einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses. Das Gericht erwähnt bei dieser Gelegenheit die Besonderheiten der notariellen Tätigkeit und nennt insbesondere die für Notare aufgrund der Verfahren zu ihrer Bestellung geltenden sachlichen Vorgaben, die Beschränkung ihrer Zahl, auch ihrer örtlichen Zuständigkeit bis hin zur Regelung ihrer Bezüge, ebenso ihre Unabhängigkeit, ihre Unvereinbarkeit von Ämtern und ihre Unabsetzbarkeit. All das steht freilich unter den Voraussetzungen, dass die betreffenden Regelungen zur Erreichung der genannten Ziele geeignet und erforderlich sind. Dabei wird man kaum fehlgehen in der Annahme, dass die damit angesprochenen Anforderungen der Verhältnismässigkeit zumindest tendenziell ähnlich auszufüllen sein werden wie nach den Massstäben des deutschen Verfassungsrechts<sup>36</sup>, wenn auch unter dem Vorbehalt einer schlicht anderen Wertung durch den EuGH. An die gebühren- bzw. kostenrechtlichen Regelungen hat das Gericht damit ebenso wenig erkennbar Hand angelegt<sup>37</sup> wie an das Erfordernis der notariellen Beurkundung, etwa im Falle von Immobiliengeschäften.<sup>38</sup>

[Rz 21] Damit lassen sich – abgesehen von der

<sup>27</sup> So plausibel LORZ, DNotZ 2011, 491, 495, 497f.

<sup>28</sup> So SCHMID/PINKEL, NJW 2011, 2928, 2929.

<sup>29</sup> EuGH NJW 1996, 579; LÖRCHER, Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, §57 Rn. 10.

<sup>30</sup> Restriktiver etwa EVERLING, DB 1990, 1835; HAILBRONNER/NACHBAUR, WiVerw 1992, 57, 82.

<sup>31</sup> FORSTHOFF, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 49 AEUV, Rn. 4 mwN.

<sup>32</sup> Ebenso SCHMID/PINKEL, NJW 2011, 2928, 2930.

<sup>33</sup> M.-C. FUCHS, EuZW 2011, 468, 476.

<sup>34</sup> Rn. 75 des Urteils. Siehe auch WOLFF, Jura 2012, 714, 717; BORMANN, EWS 2011, Heft 6 (Editorial).

<sup>35</sup> Rn. 98 des Urteils.

<sup>36</sup> Vgl. etwa BVerfGE 41, 378, 395.

<sup>37</sup> LORZ, DNotZ 2011, 491, 494; insoweit übereinstimmend SCHMID/PINKEL, NJW 2011, 2928, 2930.

<sup>38</sup> Unter wenig überzeugendem Hinweis auf die EuGH-Rechtsprechung zum Reinheitsgebot für Bier (EuGH NJW 2004, 139) und geringere Formanforderungen im europäischen Ausland zweifelnd aber SCHMID/PINKEL, NJW 2011, 2928, 2930.

Staatsangehörigkeit – indes alle wesentlichen Strukturmerkmale des Notariats, insbesondere die fachlichen Eignungsvoraussetzungen, im Prinzip auch die Bedürfnisprüfungen, das Amtsbereichsprinzip, das Gebührenrecht usw. rechtfertigen<sup>39</sup>. Und zugleich sind die wesentlichen qualitativen Anforderungen an Notare in den Bereich gerückt, der Einschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigt. Die Prognose, insbesondere das lateinische Notariat und damit nicht zuletzt auch das deutsche Notariatswesen würde «stückweise durchlöchert» – sei sie als Sorge vor Qualitätseinbußen im Notariatswesen oder als Hoffnung auf Korrektur einer Fehlallokation von Spitzenjuristen, die von einem potentiell hohen Einkommen zum Beruf des Notars gedrängt würden, geäußert<sup>40</sup> – erscheint bei nüchterner Lektüre der Entscheidung(en) nicht begründet.

## 2. Konsequenzen für die Zulässigkeit von Auslandsbeurkundungen und das Internationale Privatrecht

[Rz 22] Es fragt sich freilich, ob dieser Ausgangspunkt durch international-privatrechtliche Erwägungen relativiert wird oder zu relativieren ist, weil die deutsche Rechtsprechung ein Erfordernis der notariellen Beurkundung im deutschen Sachrecht bei Beurkundung durch einen ausländischen Notar als substituiert ansieht, vorausgesetzt, die Beurkundung durch den Notar im Ausland erscheint mit der deutschen als funktional gleichwertig (insbesondere in Bezug auf die erforderliche Beratung). Was im Kollisionsrecht möglich ist, lässt sich nicht ohne Begründungsaufwand als zwingenden Grund des Allgemeininteresses für Eingriffe in die Niederlassungsfreiheit akzeptieren.

### a) Auslandsbeurkundung durch deutsche Notare?

[Rz 23] Wichtig ist zunächst, dass es dabei nicht um eine Beurkundung durch einen deutschen Notar im Ausland geht. Diese soll vielmehr schon deswegen unwirksam sein, weil – im Anschluss an die Rechtsprechung des EuGH nunmehr nicht mehr ganz zweifelsfrei<sup>41</sup> – Urkundsakte eines

deutschen Notars im Ausland als solche – unabhängig von §2 des deutschen Beurkundungsgesetzes (BeurkG) und §11 der deutschen Bundesnotarordnung (BNotO) – als Ausübung von Hoheitsbefugnissen des Notars angesehen werden, welche auf das deutsche Staatsgebiet beschränkt sind (Territorialitätsprinzip).<sup>42</sup> Das gilt für deutsche Notare, die im Ausland tätig werden wollen, wie umgekehrt für ausländische Notare, die im Inland notarielle Aktivitäten entfalten würden. «Wandernotare» werden dadurch abgewehrt.<sup>43</sup>

[Rz 24] In der Literatur ist nunmehr freilich zum Teil der Schluss gezogen worden, auch für die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 Abs. 1 AEUV greife hinsichtlich der notariellen Urkundstätigkeit die Bereichsausnahme zugunsten der «Ausübung öffentlicher Gewalt» (Art. 51 Abs. 1 i.V.m. Art. 62 AEUV) nicht mehr ein, so dass deutsche Notare grundsätzlich auch im EU-Ausland beurkunden dürften<sup>44</sup>. Das würde freilich auch den umgekehrten Weg (also: Beurkundung von ausländischen Notaren im Inland) als naheliegend erscheinen lassen. Indes ist mit dem BGH<sup>45</sup> darauf hinzuweisen, dass der EuGH eben doch hervorhob, dass die von ihm zu entscheidende Frage weder den Status noch die nationale Organisation des Notariats oder die Anwendung der Bestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr betraf. Der BGH hat jedenfalls jüngst gemeint, eine Genehmigung für Auslandsbeurkundungen komme «allenfalls in Betracht, wenn objektiv gewichtige Interessen der Urkundsbeteiligten gefährdet sind, wenn nicht ein Notar ihres Vertrauens tätig werden kann. Massgeblich sind nicht die Interessen des Notars oder die Wünsche seiner Auftraggeber, sondern allein in der beabsichtigten vorsorgenden Rechtspflege, das heisst in der Sache selbst liegende zwingende Gründe».

[Rz 25] Und diese Voraussetzungen sah der BGH nicht als gegeben an. Die EuGH-Entscheidung vom Mai 2011 hinderete ihn an diesem Ergebnis nicht. Zumindest geht der BGH auch mit deutschen Notaren und deren «internationaler» Zuständigkeit (genauer: deren grenzüberschreitender Beurkundungstätigkeit) durchaus streng um.

### b) Beurkundung durch ausländische Notare und inländische Formvorschriften

[Rz 26] Doch wie steht es im Falle der Beurkundung durch ausländische Notare im Ausland, wenn inländische Formvorschriften eingehalten werden müssen? Grundsätzlich hält die deutsche Judikatur auch diese Variante als sog. Substitution

<sup>39</sup> Ebenso BVerfGE 131, 130 (die rechtliche Ausgestaltung des Notarberufs als staatlich gebundener Beruf werde durch das Unionsrecht nicht in Frage gestellt. Dies gelte insbesondere für die Auffassung des EuGH, wonach notarielle Tätigkeit nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt i.S.d. Art. 45 Abs. 1 EG (jetzt: Art. 51 Abs. 1 AEUV) verbunden ist. Das Unionsrecht verlange lediglich, dass die Niederlassungsfreiheit (Art 49 AEUV) für Notarinnen und Notare nicht an der Staatsangehörigkeit scheitert); LORZ, DNotZ 2011, 462, 491, 494; anders – ohne auch nur zu erwähnen, dass der EuGH die Regeln über die örtliche Zuständigkeit von Notaren im Ausgangspunkt ausdrücklich als von zwingenden Gründen des Allgemeininteresses als erfasst angesehen hat – SCHMID/PINKEL, NJW 2011, 2928, 2930 (Rechtfertigung erscheint «nur schwer vorstellbar»).

<sup>40</sup> Im letzteren Sinne SCHMID/PINKEL, NJW 2011, 2928, 2931 mit Fussn. 44.

<sup>41</sup> Es sei denn, der Begriff der Hoheitsbefugnisse im völkerrechtlichen Sinne wäre wiederum ein anderer als der europarechtlich geprägte des EuGH. Kritisch bereits BASEDOW, RabelsZ 55 (1991), 429; MünchKommBGB/

SPELLENBERG, 5. Aufl. 2010, Art. 11 EGBGB Rn. 86. Im traditionellen Sinne aber M.-C. FUCHS, EuZW 2011, 468, 476.

<sup>42</sup> BGHZ 138, 359 = JZ 1999, 101 m. Anm. SAENGER.

<sup>43</sup> Ebenso DIEHN, LMK 2011, 320422.

<sup>44</sup> HAMACHER, AnwBl. 2011, 913, 914ff; POHL, EWS 2011, 353, 354, 358; RITTER, EuZW 2011, 707, 708ff; a.A. HENSSLER/KILIAN, NJW 2012, 481, 484f.; FUCHS, EuZW 2011, 475f.

<sup>45</sup> BGHZ 196, 271.

für möglich,<sup>46</sup> nur eben vorausgesetzt, die Beurkundung durch den Notar im Ausland ist der deutschen als funktional gleichwertig. Das wird namentlich für den Sonderfall der Übertragung von deutschen GmbH-Anteilen zwar immer wieder in Frage gestellt<sup>47</sup>. Im Regelfall der Durchführung des Beurkundungsvorgangs im Ausland wird dies indes nur relevant, wenn Art. 11 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB) (der alternativ das Recht der Ortsform oder das Geschäftsstatut für massgeblich erklärt) nicht für anwendbar gehalten wird, z.B. wenn der Übertragungsvorgang also materiell-inhaltlich und nicht als Frage der Form qualifiziert wird.

[Rz 27] Wie dem auch sei: An eine solche Gleichwertigkeit der Beurkundung werden substantielle Anforderungen gestellt. Von ihr kann nur ausgegangen werden, wenn die ausländische Urkundsperson (1.) nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeit des deutschen Notars entsprechende Funktion ausübt und (2.) für die Errichtung der Urkunde ein Verfahrensrecht zu beachten hat, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspricht. Freilich ist entgegen einer älteren Entscheidung des OLG Hamm<sup>48</sup> nicht zu verlangen, dass die ausländische Urkundsperson z.B. das deutsche Gesellschaftsrecht «einschliesslich der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur» genau kennt. Denn dann würde man eine Auslandsbeurkundung praktisch nie als gleichwertig ansehen können.<sup>49</sup> Im übrigen hat der BGH hervorgehoben, dass die Parteien auf die nach dem Beurkundungsgesetz vorgesehene Prüfungs- und Belehrungspflicht wirksam verzichten können, und einem solchen Verzicht steht es praktisch gleich, wenn die Beteiligten einen ausländischen Notar aufsuchen, von dem sie regelmässig eine genaue Kenntnis des deutschen Gesellschaftsrechts und deshalb eine umfassende Belehrung von vornherein gar nicht erwarten können.<sup>50</sup>

[Rz 28] Die Anforderungen des BGH<sup>51</sup> an die Substitution sind im Übrigen die folgenden: Die Beweissicherungsfunktion setzt – wie bemerkt – neben der mit einem deutschen Notar vergleichbaren Aus- und Vorbildung ebenso ein dem BeurkG äquivalentes Beurkundungsverfahren voraus. Dagegen ist die Belehrung, zu welcher der Notar nach §17 Abs. 1 S. 1 des Beurkundungsgesetzes (BeurkG) gehalten ist, als Sollvorschrift schon nach deutschem Sachrecht verzichtbar, und die Haftpflicht des Notars wegen unzureichender Belehrung (§19 BNotO)<sup>52</sup> mag zwar präventiv mittelbar der Qualität deutscher Notare dienen, ist aber unmittelbar nur Sanktion für verfehltes notarielles Verhalten. Zudem soll nach §17 Abs. 3 BeurkG dann, wenn aus deutscher Sicht die Anwendung ausländischen Rechts in Betracht kommt, der Notar in Deutschland die Beteiligten (nur) darauf hinweisen und dies in der Niederschrift vermerken. Zur Belehrung über den Inhalt ausländischer Rechtsordnungen ist er aber nicht verpflichtet und im Zweifel auch nur bedingt (wenn überhaupt) in der Lage. Es wäre fragwürdig, an ausländische Notare höhere Anforderungen zu stellen als reziprok an deutsche gestellt werden.<sup>53</sup> Nur in diesem Rahmen ist sicherzustellen, dass eine materielle Richtigkeitsgewähr stattfindet, dass der Vorgang also mit der *lex causae* vereinbar und rechtswirksam ist.<sup>54</sup> Schliesslich müssen die Erklärenden den Urkundeninhalt nicht nur unterzeichnet, sondern auch zur Kenntnis genommen haben, wobei er vorrangig verlesen werden muss; zweifelhaft ist bereits, ob die ausreichende Möglichkeit der Lektüre (siehe auch §23 BeurkG) genügt.<sup>55</sup>

[Rz 29] Dass Art. 11 Abs. 1 EGBGB und ebenso Art. 11 Abs. 1 Rom I-VO alternativ an die *lex loci actus* und an die *lex causae* anknüpft, wenn Vornahmeortsrecht und das auf das zu beurkundende Geschäft anzuwendende Recht (das sog. Wirkungsstatut) auseinanderfallen, kann zwar nach durchaus bewussten gesetzgeberischen Entscheidungen den Schutzzweck der jeweils verdrängten Formvorschriften aus Gründen international-privatrechtlicher Verkehrsinteressen trüben. Doch handelt es sich dabei ebenso wie im Bereich der sog. Substitutionslehre lediglich um den spezifisch kollisionsrechtlichen Interessen geschuldete Wertungen.<sup>56</sup> Zudem kommt es auf den Schutzzweck der jeweiligen Formvorschriften des (deutschen) Sachrechts an.<sup>57</sup>

<sup>46</sup> BGHZ 80, 76; OLG Bamberg FamRZ 2002, 1120; PALANDT/THORN, BGB, 71. Aufl. 2012, Art. 11 EGBGB Rn. 9; SAENGER/SCHUCH, BB 2008, 65; BAMBERGER/ROTH/MÄSCH, BGB, 2. Aufl. 2008, Art. 11 EGBGB Rn. 36.

<sup>47</sup> KINDLER, BB 2010, 74; KÖNIG/GOETTE/BORMANN, NZG 2009, 881, 883; LUTTER/HOMMELHOFF/BAYER, GmbHG, 17. Aufl. 2009, §15 Rn. 28; EIDENMÜLLER, in: Sonnenberger (Hrsg.), Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts, 2007, 491; JAKOBS, MittRhNotK 1985, 57; BREDTHAUER, BB 1986, 1864; HECKSCHEN, RPfleger 1990, 122, 123; SCHERVIER, NJW 1992, 593, 595.

<sup>48</sup> NJW 1974, 1057; ähnlich LG Augsburg, GmbHR 1996, 941; KNOCH, FS RheinNot, 1998, 297, 316.

<sup>49</sup> BGHZ 80, 76; STAUDINGER/HERTEL, BGB, Bearbeitung 2004, §§127a, 128 Rn. 737.

<sup>50</sup> BGHZ 80, 76; OLG Bamberg FamRZ 2002, 1120; OLG Düsseldorf IPRax 2011, 395; LG Frankfurt IPRax 2011, 398 (dazu SCHULZE, IPRax 2011, 365); näher STAUDINGER/WINKLER VON MOHRENFELS, BGB, Bearbeitung 2007, Art. 11 EGBGB Rn. 312-326; PALANDT/THORN, BGB, 71. Aufl. 2012, Art. 11 EGBGB Rn. 9, 10; anders früher OLG Hamm NJW 1974, 1057; OLG Karlsruhe RIW/AWD 1979, 567. Gegen die Verzichtbarkeit auf die Belehrung STAUDINGER/HERTEL, §§127a, 128 Rn. 737.

<sup>51</sup> BGHZ 105, 324. Siehe zum folgenden auch STAUDINGER/WINKLER VON MOHRENFELS, Art. 11 EGBGB Rn. 313-322.

<sup>52</sup> Anders in Bezug auf die Gleichwertigkeitsprüfung aber SCHERVIER, NJW 1002, 593, 594; PILGER, BB 2005, 1285, 1288.

<sup>53</sup> KROPHOLLER, ZHR 140 (1976), 394, 409.

<sup>54</sup> BGHZ 105, 324, 338; STAUDINGER/WINKLER VON MOHRENFELS, Art. 11 EGBGB Rn. 319.

<sup>55</sup> OLG Bamberg FamRZ 2002, 1120 (Verlesen); grosszügiger (Durchsicht genügt) STAUDINGER/WINKLER VON MOHRENFELS, Art. 11 EGBGB Rn. 320.

<sup>56</sup> STAUDINGER/WINKLER VON MOHRENFELS, Art. 11 EGBGB Rn. 34; zur Interessenanalyse vgl. auch KEGEL/SCHURIG, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, §2 II 2 (S.134 ff).

<sup>57</sup> STAUDINGER/HERTEL, §§127a, 128 Rn. 737.



[Rz 30] Insgesamt dient die Substitutionslehre insoweit dem Interesse der Rechtssicherheit und der internationalen Freizügigkeit des Rechtsverkehrs.<sup>58</sup> Sie ist daher nicht mehr, aber auch nicht weniger als Ausdruck des Umstandes, dass der Auslandsbezug eine Ungleichheit im Vergleich zu Sachverhalten mit reinem Inlandsbezug begründet, die es rechtfertigt, in den gebotenen (hier engen) Grenzen Ungleiches auch ungleich zu behandeln.<sup>59</sup> Als Begründungsstrang für eine prinzipielle Relativierung der qualitativen Anforderungen an inländische Notare taugt das Internationale Privatrecht daher nicht.

### c) Zur Substitution durch Notare in der Schweiz aus der Sicht der deutschen Kollisionsrechtsdogmatik

[Rz 31] Weil das Notariatswesen in der Schweiz nicht bundeseinheitlich geregelt ist, sind im Prinzip nach der eben dargelegten herrschenden Auffassung in Deutschland Ausbildung, Stellung und Funktion der Notare und ihres Verfahrens für jeden Kanton gesondert zu untersuchen<sup>60</sup>. Für die Antwort auf die Substitutionsfähigkeit des Beurkundungsvorgangs kommt es daher massgeblich auf die jeweilige kantonale gesetzliche Regelung an. Die Gleichwertigkeit im Hinblick auf die Qualifikation des Notars in der Schweiz wurde daher in Deutschland angenommen, wenn der Notar eine volle juristische Ausbildung im Sinne eines vollwertigen Jura-Studiums erfolgreich absolviert haben muss, so etwa für die Kantone Bern<sup>61</sup>, Basel-Stadt<sup>62</sup> oder Gené<sup>63</sup>.

[Rz 32] Als äussert problematisch hat sich demgegenüber die Substitutionsfähigkeit einer Beurkundung in Zürich erwiesen. Sie wurde und wird zwar gelegentlich pauschal von deutschen Gerichten anerkannt<sup>64</sup>, dies indes ganz offensichtlich in Verkennung des Umstandes, dass in Zürich als Notar nicht nur tätig werden kann, wer ein vollwertiges Jura-Studium erfolgreich abgeschlossen hat, sondern auch, wer erfolgreich eine abgeschlossene kaufmännische Lehre oder Mittelschule absolviert hat, einige Jahre in einem Notariat in

Zürich tätig war und ein auf die Prüfungsfächer bezogenes blosses Teilstudium an einer schweizerischen Hochschule erbracht hat (§6 des Notariatsgesetzes des Kantons Zürich [NotG])<sup>65</sup>. Genau in den letztgenannten Fällen wird die Substitution durch die Beurkundung in Zürich aber abgelehnt, wenn dem Gericht das bewusst wird. Diese letztgenannte Haltung entspricht auch der Mehrheitsmeinung im wissenschaftlichen Schrifttum<sup>66</sup>. Das Beurkundungsverfahren ist in Zürich ohne weiteres als gleichwertig anzusehen, nicht aber die *Ausbildung* des Notariatsinspektors im Rahmen einer solchen Notariatslehre. Zwar wird zur Wahrung der materiellen Richtigkeitsgewähr zwar auch aus deutscher Perspektive nicht der Nachweis spezieller Kenntnisse in dem Rechtsgebiet, dem der zu beurkundende Vorgang entstammt, verlangt. «Bei der Gleichwertigkeitsprüfung ist aber zu beachten, dass nicht Beurkundungen von Vorgängen in Frage stehen, die sich im Bereich des zürcherischen Rechts abspielen, sondern Rechtsgeschäfte, die *ausländischem Recht* unterliegen. Die Beurkundung solcher Vorgänge verlangt vom Notar die Fähigkeit, sich in unbekannte Rechtsmaterien hineinzufinden und ggf. auch fremdartige, dem eigenen Recht unbekannte Regeln und Grundsätze – wie etwa das Abstraktionsprinzip – zu verstehen. Hierzu bedarf es einer Ausbildung in der rechtswissenschaftlichen Methodik, die durch eine praktische Ausbildung in Zürich mit Teilstudium [...] nicht hinreichend gewährleistet ist. Die Gleichwertigkeit ist daher nur dann zu bejahen, wenn der beurkundende Notar die Voraussetzungen des §6 Abs. 3 Zürcher NotG erfüllt, also ein erfolgreich abgeschlossenes Studium der Rechtswissenschaft an einer schweizerischen Hochschule nachweisen kann».<sup>67</sup>

[Rz 33] Der langen Rede kurzer Sinn: Im (deutschen) Internationalen Privatrecht entspricht es der *lex artis*, die Frage nach der Gleichwertigkeit (und damit der Möglichkeit der sog. Substitution) einer notariellen Beurkundung in der Schweiz differenzierend – je nach Ausbildung des Notars als voll ausgebildeter Jurist oder nicht – zu beantworten. Nicht anders wird es mit allen anderen als «notariell» zu hinterfragenden Beurkundungen im Ausland gehandhabt; insbesondere ist unstreitig, dass der US-amerikanische *notary public* nur beglaubigen, nicht aber notariell im Sinne der deutschen Rechts beurkunden kann<sup>68</sup>; ähnlich steht es regelmässig mit dem englischen *notary public* oder dem dänischen *Notarial Kontoret*<sup>69</sup>. Die EuGH-Entscheidungsserie vom 24. Mai 2011 hat daran nichts geändert.

<sup>58</sup> KROPHOLLER, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, §33 II 2 (S. 232).

<sup>59</sup> Siehe zum Gleichheitssatz als Grundlage des Internationalen Privatrechts E. LORENZ, Zur Struktur des internationalen Privatrechts, 1977, S. 60; WENGLER, in RGRK VI/1, 1981, S. 62 ff; kritisch insoweit indes v. BAR/MANKOWSKI, Internationales Privatrecht, Band I: Allgemeine Lehren, 2. Aufl. 2003, §4 Rn. 38, 39.

<sup>60</sup> GEIMER, DNotZ 1981, 406; a.A. PILGER, BB 2005, 1287f.

<sup>61</sup> OLG Hamburg, IPRspr. 1979 Nr. 9.

<sup>62</sup> OLG Frankfurt, GmbHR 2005, 764; OLG München, NJW-RR 1998, 758; LG Nürnberg-Fürth, IPRspr. 1991 Nr. 29 b.

<sup>63</sup> STAUDINGER/WINKLER VON MOHRENFELS, Art. 11 EGBGB Rn. 327.

<sup>64</sup> So früher RGZ 88, 227; RGZ 160, 225, 231; BGHZ 80, 76 = NJW 1991, 1160 (Änderung der Satzung einer GmbH); BGH, NJW-RR 1989, 1259 = IPRspr. 1989 Nr. 36; OLG Frankfurt, IPRspr. 1981 Nr. 11 (Abtretung eines GmbH-Anteils); OLG Stuttgart, IPRax 1983, 79; OLG Frankfurt, GmbHR 2005, 764; LG Köln, IPRspr. 1989 Nr. 33 b (in allen Fällen ohne Prüfung der Gleichwertigkeit der Ausbildung; ebenso zu Luzern LG Koblenz, IPRspr. 1970 Nr. 144, obwohl auch Luzern kein lateinisches Notariat bereithält).

<sup>65</sup> Vom 9. Juni 1985, in Kraft gesetzt seit dem 1. Januar 1989. Dazu JAKOBS, MittRhNotK 1985, 57, 70.

<sup>66</sup> AG Köln, IPRspr. 1989 Nr. 33 a und 37 = NJW-RR 1989, 990, GEIMER, DNotZ 1981, 406ff.; BREDTHAUER, BB 1986, 1864; HECKSCHEN, DB 1990, 161ff.

<sup>67</sup> STAUDINGER/WINKLER VON MOHRENFELS, Art. 11 EGBGB Rn. 329. Zum auslaufenden Baden-Württembergischen Notariatsassessor Fussn. 77.

<sup>68</sup> STAUDINGER/WINKLER VON MOHRENFELS, Art. 11 EGBGB Rn. 332 m.w.N.

<sup>69</sup> Dazu und zu weiteren Beispielen MünchKommBGB/SPellenberg, 5. Aufl. 2010, Art. 11 EGBGB Rn. 89.

[Rz 34] Aus der (deutschen) Aussenperspektive erscheint es daher durchaus als ein wenig überraschend, wenn nunmehr innerhalb der Schweiz (von der Wettbewerbskommission) empfohlen wird, aus deutscher Sicht ungleichartige Beurkundungsvorgänge, deren «Anerkennung» (genauer: Substitution) die deutsche Zunft der Juristen zu Differenzierungen veranlasst, gerade im besonders nach Rechtssicherheit strebenden Grundstücksverkehr offenbar ohne Weiteres als gleich zu behandeln und schweizweit anerkennen zu lassen. Dagegen wäre aus deutscher (international-privatrechtlicher) Sicht rechtspolitisch nur dann nichts zu erinnern, wenn schweizweit hinter jedem Notar auch eine gleichwertige (und das heisst: zumindest volle juristische) Ausbildung stünde.

### 3. Bedürfnisprüfung

[Rz 35] Es stellt sich nun die Frage nach der konkreten Rechtfertigung der jeweiligen Anforderungen an das deutsche Notariat.

[Rz 36] Die praktisch wesentliche Voraussetzung des Bedürfnisses für die Bestellung eines Notars gemäss §4 BNotO ist bislang aus dem Blickwinkel des deutschen Verfassungsrechts mit ihren Zwecken legitimiert worden: Einerseits soll eine schnelle und ortsnahe Betreuung der Bevölkerung mit notariellen Leistungen sichergestellt werden.<sup>70</sup> Andererseits kommt es zur sachgemässen Beratung und Tätigkeit im Interesse der Ratsuchenden aber auch auf eine nicht geringe Geschäftserfahrung an.

[Rz 37] Es ist deshalb ein legitimes Anliegen des Gesetzgebers, «Zwergnotariate» – so das BVerfG –, deren Inhaber nur gelegentlich mit notariellen Aufgaben befasst sind und die deshalb kaum eine Gewähr für eine durchgehend zureichend qualifizierte Betreuung der Rechtssuchenden gewähren können, zu vermeiden.<sup>71</sup> Auch deshalb ist es weder erforderlich noch angezeigt, an jedem beliebigen Ort einen Notar zur Verfügung zu stellen<sup>72</sup>. Es ist auch nicht angezeigt, so viele Notarstellen zu schaffen, dass der einzelne Notar wirtschaftlich gewissermassen noch gerade lebensfähig ist. Denn auf diese Weise würde die sachliche und wirtschaftliche Unabhängigkeit der Notare gefährdet. Vielmehr ist jeweils zu prüfen, ob eine Notarstelle geschaffen oder neu bzw. wieder besetzt werden soll<sup>73</sup>. Eine geordnete Rechtspflege erfordert eben nur im Grossen und Ganzen eine für die Erfüllung ihrer Aufgaben ausreichende Zahl an Notaren; die zu erledigenden Angelegenheiten müssen in angemessener Zeit, Erreichbarkeit und Qualität erledigt werden können<sup>74</sup>. Im Bereich des

Nur-Notariats werden die Einwohnerzahlen der jeweiligen Amtsbereiche sowie die Urkundszahlen (typischerweise wohl zwischen 1'400 und 1'800 unter Gewichtung der Art der Tätigkeit) berücksichtigt.<sup>75</sup>

### 4. Befähigung zum Richteramt

[Rz 38] Ebenso hat der EuGH die fachlichen Eignungsvoraussetzungen im Prinzip als gerechtfertigte Eingriffe in die Niederlassungsfreiheit toleriert. Auch aus der Unanwendbarkeit der Berufsqualifikations-Anerkennungs-Richtlinien lässt sich folgern, dass die Mitgliedstaaten einstweilen kein besonderes Anerkennungsverfahren o.ä. für ausländische EU-Juristen zu entwickeln bzw. bereitzustellen haben.<sup>76</sup>

[Rz 39] Namentlich §5 BNotO verlangt bekanntlich die Befähigung zum Richteramt nach dem Deutschen Richtergesetz (DRiG).<sup>77</sup> Und dieses statuiert in §5 DRiG als Voraussetzungen die beiden juristischen Staatsprüfungen. Weil das bundeseinheitlich so ist, sind Beurkundungen deutscher Notare nach der klaren gesetzlichen Regelung (11 Abs. 3 BNotO) selbst dann bundesweit wirksam, wenn sie ein Notar pflichtwidrig ausserhalb seines Amtsbezirks (der Zuständigkeitsbereich des Oberlandesgerichts, in dem er seinen Amtssitz hat, §11 Abs. 1 BNotO) vornimmt, und erst recht, wenn er die Urkundstätigkeit ausserhalb seines (engeren) Amtsbereichs (der Zuständigkeitsbereich des Amtsgerichts, in dem er seinen Amtssitz hat, §10a Abs. 1 S.1 BNotO) ausübt. Allenfalls kann ein Notar, der seine örtliche Zuständigkeit grundlos ausdehnt und überschreitet, dienstrechtlich belangt werden.

[Rz 40] Das BVerfG hat das Erfordernis des Assessorexamens für Notare auch aus rein deutsch-interner Perspektive als «verfassungsrechtlich nicht zweifelhaft» angesehen. Es bedürfe «keiner vertieften Begründung», dass der Gesetzgeber die Norm für geeignet und erforderlich halten durfte, um die zu schützenden Gemeinwohlbelange in Gestalt der Sicherung der Funktionsfähigkeit der vorsorgenden Rechtspflege und der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu verwirklichen. Sie ist auch verhältnismässig im engeren Sinne, soweit an den Zugang zum Notariat regelmässig keine geringeren Anforderungen gestellt werden als an den Zugang zu den sonstigen juristischen Berufen (Richter, Staatsanwalt und Rechtsanwalt).<sup>78</sup> Allerdings hat es einen Gleichheitsverstoss darin erblickt, dass in der DDR ausgebildeten Diplom-Juristen der Zugang zum Notariat verwehrt worden war. Doch handelte es sich dabei um eine wiedervereinigungsbedingte

<sup>70</sup> BVerfGE 112, 255 (Rn. 29) = DNotZ 2005, 931; BVerfGE 73, 280 = DNotZ 1987, 121; vgl. auch BGHZ 67, 348; SCHIPPEL/BRACKER, BNotO, 9. Aufl. 2011, §4 Rn. 5. Zweifelnd aber KORTE/STEIGER, NVWZ 2011, 1243, 1246.

<sup>71</sup> BVerfGE 17, 371, 379; vgl. auch SCHIPPEL/BRACKER, §4 BNotO Rn. 6.

<sup>72</sup> BGH, DNotZ 1982, 375.

<sup>73</sup> SCHIPPEL/BRACKER, §4 BNotO Rn. 6.

<sup>74</sup> Siehe SCHIPPEL/BRACKER, §4 BNotO, 9. Aufl. 2011, Rn. 6.

<sup>75</sup> SCHIPPEL/BRACKER, §4 BNotO Rn. 14 m.w.N. aus der Judikatur des BGH.

<sup>76</sup> So auch M.-C. FUCHS, EuZW 2011, 468, 476.

<sup>77</sup> Ausnahme: §114 Abs. 2 S. 3 BNotO für das württembergischen Rechtsgebiet (würtembergischer Notariatsassessor) mit einer indes fünfjährigen studienbegleiteten (seit 2012 abgeschafften) Ausbildung, die der früheren einphasigen Juristenausbildung (in verkürzter Form) ähnelt. Diese historisch bedingte Sonderform des Notariates wird Ende 2017 abgeschafft.

<sup>78</sup> BVerfG, NJW 2002, 1412 = DNotZ 2002, 492 (Rn. 31, 32).

Besonderheit, die sich nicht auf ausländische Juristen übertragen lässt; immerhin galt etwa das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) in der DDR bekanntlich in weiten Teilen bis zu seiner Ablösung durch das Zivilgesetzbuch (ZGB) 1976 (und dann wieder ab 1990).<sup>79</sup>

[Rz 41] In Bezug auf die Staatsexamina ist freilich in der Berufsqualifikations-Anerkennungs-Richtlinie anerkannt, dass zumindest Anpassungslehrgänge oder Eignungsprüfungen anstelle der Staatsexamina verlangt werden können, wenn die Ausübung des Berufes eine genaue Kenntnis des nationalen Rechts verlangt bzw. wenn die Beratung bzw. der Beistand in Fragen des innerstaatlichen Rechts ein wesentlicher und ständiger Bestandteil der beruflichen Tätigkeit ist.<sup>80</sup> §112a DRiG ermöglicht durch entsprechende Regelungen ggf. eine Gleichwertigkeitsprüfung anstelle der Ersten Juristischen Staatsprüfung für die Zulassung zum juristischen Vorbereitungsdienst, die in deutscher Sprache erfolgt und die notwendigen Kenntnisse im deutschen Recht nachweisen soll.

[Rz 42] Das Assessorexamen, die sog. Grosse Juristische Staatsprüfung, ist für potentielle Notarassessoren allerdings nicht ersetzbar; §112a DRiG bezieht sich allein auf die Erste Juristische Staatsprüfung.<sup>81</sup> Das unterscheidet den Notar, auch den Anwaltsnotar, vom Rechtsanwalt. Dieser ist nach §4 der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) in Verbindung mit §11 des Gesetzes über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland (EuRAG)<sup>82</sup> nach dem Nachweis einer mindestens dreijährigen effektiven und regelmässigen Tätigkeit (ohne weitere Prüfungsleistungen) als niedergelassener europäischer Rechtsanwalt in Deutschland auf dem Gebiet des deutschen Rechts (einschliesslich des Gemeinschaftsrechts) auf Antrag zur Rechtsanwaltschaft zuzulassen; dann darf er auch zum deutschen Recht beraten.<sup>83</sup>

[Rz 43] Die Übertragung einer solchen Variante auf Notare, auch auf Anwaltsnotare, ist weder mit der *lex lata* vereinbar noch europarechtlich angezeigt. Das Zweite Staatsexamen eröffnet nicht nur ganz umfassende juristische Berufsausübungsoptionen, sondern mit dem vorgelagerten

Referendariat stellt es vor allem einen umfassenden Einblick in die Arbeitsweise der deutschen Justiz sicher. Man wird dieses zusätzliche und nach geltendem deutschen Recht unabdingbare Erfordernis der Befähigung zum deutschen Richteramt für Notare damit rechtfertigen können, dass Notare, natürlich auch Anwaltsnotare, ein ganz besonders hohes Qualifikationsniveau haben sollen und müssen, das noch höher ist als das von Rechtsanwälten. Demgemäss verlangt fachlich die ordnungsgemässe Erfüllung der notariellen Aufgaben neben einer weiten juristischen und wirtschaftlichen Bildung Spezialkenntnisse auf Gebieten des materiellen und formellen Rechts. Dazu gehört neben der freiwilligen Gerichtsbarkeit das Beurkundungsrecht, das Berufsrecht, das Familien- und Erbrecht, das Handels- und Gesellschaftsrecht, das Liegenschafts- und Grundbuchrecht, auch das Steuerrecht, das Kostenrecht sowie in steigendem Masse Vorfragen des Verwaltungsrechts und des Internationalen Privatrechts unter Einbeziehung von Grundzügen von Rechtsordnungen mancher Nachbarstaaten<sup>84</sup>. Demgemäss hat das BVerfG<sup>85</sup> schon früh den Vergleich von Notaren mit Rechtsanwälten als fehlgehend eingestuft, da – zumindest in autonomer Begrifflichkeit – nur der Notar, nicht aber der Rechtsanwalt hoheitliche Funktionen ausübt. Funktional geht es jedenfalls darum, dass der Notar einem Richter in mancher Hinsicht, im Kontext der «vorsorgenden Rechtspflege», näher steht als einem Rechtsanwalt.<sup>86</sup>

## 5. Sonstige fachliche Eignungsvoraussetzungen

[Rz 44] Auch die weiteren besonderen fachlichen Eignungsvoraussetzungen der §§6 ff. BNotO rechtfertigen eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit. Nach §6 Abs. 1 S. 1 BNotO geht es darum, nur solche Bewerber zu Notaren zu bestellen, die nach ihrer Persönlichkeit und ihren Leistungen für das Amt des Notars geeignet sind. Die Norm knüpft an auch sonst allgemein massgebende Grundsätze des öffentlichen Dienstes an,<sup>87</sup> insbesondere an Richter.<sup>88</sup> Demgemäss hat der Bewerber nachzuweisen, dass er mit der notariellen Berufspraxis hinreichend vertraut ist (§6 Abs. 2 S. 2 BNotO).

[Rz 45] Das BVerfG<sup>89</sup> hält die Auswahlmassstäbe in §6 BNotO für verfassungsgemäss, also auch für erforderlich und geeignet, und zwar im Grundsatz bis hin zu der Differenzierung zwischen Nur-Notariat und Anwaltsnotariat. Denn das Gesetz knüpft die Übertragung des Amtes an Eignung,

<sup>79</sup> Aus der «rechtswissenschaftlichen Sektion», dem funktionalen Vorläufer der heutigen Juristischen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, wurde nach der «Wende» kolportiert, bei Zweifeln der Auslegung von Normen des ZGB habe der, der Zutritt zu einem abgesperrten Raum mit alter «West-Literatur» hatte, ggf. still und heimlich die noch vorhandene Altauflage des «Staudinger» zu Rate gezogen und ggf. der Lösung zugrundegelegt.

<sup>80</sup> LÖRCHER, Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, §57 Rn. 14 ff.

<sup>81</sup> Unklar (§112a DRiG sei auf das «Notariatsreferendariat» zu erstrecken) SCHMID/PINKEL, NJW 2011, 2928, 2931.

<sup>82</sup> Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland vom 9. März 2000; BGBl. I S. 182.

<sup>83</sup> Zu (engen) Möglichkeiten der Anwaltskammern der Ablehnung entsprechender Anwälte (z.B. wegen offensichtlicher mangelnder Kenntnis der deutschen Rechts oder der deutschen Sprache) LÖRCHER, Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, §57 Rn. 27.

<sup>84</sup> SCHIPPEL/BRACKER/GÖRK, §6 BNotO Rn. 12.

<sup>85</sup> BVerfGE 17, 371, 375.

<sup>86</sup> BVerfGE 17, 371, 377.

<sup>87</sup> SCHIPPEL/BRACKER/GÖRK, §6 BNotO Rn. 1. Näher zum Anforderungsprofil MERK, MittBayNot 2004, 1 (i.e.L., aber nicht nur zu Bayern).

<sup>88</sup> Vgl. FEYOCK, DNotZ 1952, 244; RÖMER, Notariatsverfassung und Grundgesetz, 1963, S. 12 ff.; SCHIPPEL/BRACKER/GÖRK, §6 BNotO Rn. 6.

<sup>89</sup> BVerfGE 110, 304 = DNotZ 2004, 560 = NVwZ 2004, 1223.

Befähigung und fachliche Leitung. Auch beim Anwaltsnotariat rechtfertigen schon die Sicherstellung einer qualitätsvollen vorsorgenden Rechtspflege nach Massgabe des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit und die Chancengleichheit in Bezug auf das angestrebte öffentliche Amt Einschränkungen beim Berufszugang. Die Berücksichtigung insbesondere der fachlichen Eignung sei sogar zum Schutz eines wichtigen Gemeingutes in Gestalt der vorsorgenden Rechtspflege verfassungsrechtlich geboten.

[Rz 46] Nichts anderem dient auch die 2009 introduzierte notarielle Fachprüfung<sup>90</sup>, die der entsprechenden Rechtsprechung des BVerfG folgt<sup>91</sup> und der «Bestenauslese» (§7a Abs. 3 S. 1 BNotO) dient.

---

\* \* \*

## V. Ausblick

[Rz 47] Alles in Allem wird sich folglich nach der Entscheidung des EuGH die – zumal seit 2009 – im Anwaltsnotariat besonders akzentuierte, im Nur-Notariat seit langem weithin anerkannte besonders hohe Qualität des deutschen Notariatswesens nicht nur innerhalb der deutschen Rechts- und Verfassungsordnung, sondern auch im europäischen Normenumfeld durchsetzen lassen. Man mag – gewiss nicht nur aus deutscher Sicht – an der Negation der Ausübung öffentlicher Gewalt durch deutsche Notare, wie sie der EuGH aus europäischer Perspektive vertritt, dogmatisch zweifelnd gegenüberstehen. Doch so lange daraus allein der Wegfall des Erfordernisses der deutschen Staatsangehörigkeit folgt, ist dies auf Grund der hohen Hürden, die heute für jeden zu überwinden sind, der ein Notariat übernehmen will, auch rechtspolitisch tolerabel. Bei der vorrangigen Beurkundung freiwilliger Erklärungen kommt es wohl in der Tat nicht wesentlich auf die Einhaltung einer besonderen Treuepflicht gegenüber dem Staat an, sondern eher auf die Unparteilichkeit und Objektivität gegenüber den Parteien. Alle qualitativen Anforderungen im Kontext der Kernaufgaben «lateinischer» (und damit auch der deutschen) Notare sind durch die Entscheidung des EuGH demgegenüber nicht nur unangetastet geblieben, sondern über die dargestellten obiter dicta vielleicht sogar gestärkt worden.

---

Der Autor ist Ordinarius für Bürgerliches Recht, Medizinrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung sowie Geschäftsführender Leiter des Instituts für Notarrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Göttingen.

Beim vorliegenden Beitrag handelt es sich um eine aktualisierte und erweiterte Fassung des Aufsatzes von Prof. ANDREAS SPICKHOFF, «Das deutsche Notariat in Europa – Qualität versus Niederlassungsfreiheit?», JZ 2012, S. 333.

---

<sup>90</sup> BGBl. I S. 696 mit Änderungen BGBl. I S. 2249.

<sup>91</sup> DNotZ 2004, 560.