

*Herr Dr. Dauses:*

Schönen Dank. Als Mitarbeiter einer Gerichtsbarkeit kann ich mich selbstverständlich nur über die *lex lata*, nicht über die *lex ferenda* auslassen. Gesetzgebungsvorhaben und Vorbereitungen müssen daher bei meiner Darstellung außer Betracht bleiben. Aus langjähriger Erfahrung mit Prozessen vor dem Gerichtshof glaube ich, daß sich die Frage der Verein-

barkeit der Regeln des Notarrechtes mit den Freiheitsregeln des EWG-Vertrages unter zwei Gesichtspunkten vor dem Gerichtshof stellen wird, wenn es bei gegebener Gelegenheit zu Verfahren kommen wird.

Die beiden Fragen sind:

1. Ist die berufliche Tätigkeit des Notars eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der Art. 2 und 3 EWG-Vertrag und
2. ist sie Teilhabe an der Ausübung öffentlicher Gewalt?

Ganz kurz zu dem ersten Punkt; er ist am einfachsten zu beantworten. Die Tätigkeit des Notars hat sicherlich einen wirtschaftlichen Wert in der heutigen plutokratisch orientierten Gesellschaft. Sie erfolgt gegen Entgelt, ein Entgelt, das zudem vom Nutznießer der Tätigkeit zu zahlen ist. Somit handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes um einen typischen Fall einer wirtschaftlichen Tätigkeit. Der wirtschaftliche Charakter wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß diese Tätigkeit einen ideellen Wert hat, es sich also um eine ideelle Leistung handelt. Beispielsfall: das Urteil Casagrande gegen Landeshauptstadt München aus dem Jahre 1974. Der Gerichtshof sagte, der Umstand, daß eine geldwerte Leistung auch Auswirkungen auf die Kulturpolitik hat, schließt nicht den wirtschaftlichen Charakter der Tätigkeit aus; damit bleibt es beim Anwendungsbereich des EWG-Vertrages. Es ging hier um die Frage der Vergabe eines Stipendiums an den Sohn eines italienischen Gastarbeiters in München zum Besuch einer Mittelschule in dieser Stadt.

Zweites Argument für den wirtschaftlichen Charakter der Tätigkeit des Notars: Für die Rechtsanwälte ist dies ganz eindeutig durch eine kontinuierliche Rechtsprechung des EuGH geklärt. Ich würde sagen, aus der Sicht einer Gerichtsbarkeit ist die Tätigkeit des Notars der des Rechtsanwaltes zumindest, vorsichtig gesagt, nicht unähnlich.

Zweiter Punkt: Ist die Tätigkeit des Notars mit der Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 55 EWG-Vertrag verbunden? Gegebenenfalls in Verbindung mit dem Art. 66, der ja hinsichtlich der Dienstleistungsfreiheit die Grundregeln der Niederlassungsfreiheit für analog anwendbar erklärt. Diese Frage ist sicher delikater und schwieriger zu beantworten. Nach meiner Kenntnis nimmt Art. 55 in der Rechtsprechung bisher nur an einer einzigen Stelle, nämlich in dem Urteil Reyners, einen Platz ein. Bei dem Urteil Reyners, heute schon erwähnt, ging es darum, ob die Tätigkeit des Rechtsanwaltes Ausübung öffentlicher Gewalt ist. Der Rechtsanwalt kann ja wohl, nach belgischem Recht, wenn ich das richtig sehe, während der Sommerpause Vertreter des Amtsrichters sein und damit in dieser Funktion als *juge suppléant* hoheitliche Gewalt ausüben. Es stand zur Debatte, ob dieser Umstand die gesamte Tätigkeit des Rechtsanwaltes vom Anwendungsbereich des EWG-Vertrages nach Art. 55 ausschließt. Der Gerichtshof hat sich für die Abtrennbarkeit dieses sogenannten hoheitlichen Teiles ausgesprochen; er ist allerdings nicht auf die Frage eingegangen, was nun Ausübung öffentlicher Gewalt ist. Dies mußte er ja auch nicht, denn man konnte diesen Sektor eben abtrennen, also *séparable* machen.

Damit sind wir bereits bei der Frage, die heute schon angeschnitten wurde: Wie steht es mit der Beratungstätigkeit des Notars? Ich bin persönlich etwas anderer Auffassung als hier vielleicht der eine oder andere der Vortragenden. Meines Erachtens ist diese Tätigkeit deshalb abtrennbar, weil die Beratungstätigkeit, die potentiell zur Beurkundung

eines Vorganges führen kann, gegebenenfalls auch von einem anderen Rechtsbeistand, Rechtsanwalt oder Rechtsberater ausgeübt werden kann. Ich glaube, damit muß man sagen, es besteht die Möglichkeit sich von einem anderen beraten zu lassen. Dies schließt nicht aus, daß ich zum Notar gehe; es muß aber auch die Freiheit belassen bleiben, daß der Kunde sich Rechtsbeistand von einem ihm bekannten und vertrauten Rechtsanwalt holt im Hinblick auf die Vorbereitung eines Beurkundungsaktes, der dann unter den Anwendungsbereich öffentlicher Gewalt fällt.

Wir haben hier eine ausführliche Rechtsprechung zu Art. 48 EWGV beginnend mit den Urteilen „Kommission gegen Belgien“ 1980. Die beziehen sich allerdings auf die Bereichsausnahme der öffentlichen Verwaltung nach Art. 48 Abs. 4 und zwar im Zusammenhang mit der Freizügigkeit. Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer ist bekanntlich nicht parallel geregelt zum Niederlassungsrecht und zur Dienstleistungsfreiheit der Selbständigen. Deshalb bin ich der Auffassung, daß man nicht bedenkenlos oder zumindest nicht undifferenziert auf diese Rechtsprechung Bezug nehmen kann.

Art. 48 Abs. 4 gestattet also bei funktioneller Betrachtungsweise der Verwaltung, Arbeitnehmer aus der öffentlichen Verwaltung auszuschließen, wenn es sich um die Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse handelt (erster Fall) und (zweiter Anwendungsfall) wenn es um die Mitwirkung an der Wahrnehmung der allgemeinen Belange des Staates geht. Das letztere ist im Rahmen des Art. 55 erkennbar nicht angesprochen. Fest stehen dürfte meines Erachtens, wenn man die Tendenz des EuGH zur autonomen Auslegung gemeinschaftsrechtlicher Begriffe in Betracht zieht, daß der Begriff „Ausübung öffentlicher Gewalt“ gemeinschaftseinheitlich zu verstehen ist, daß es somit nicht auf die verwendeten Termini in den einzelnen Mitgliedstaaten in der nationalen Rechtsordnung ankommt. Es kommt vielmehr immer auf die zugrundeliegenden tatsächlichen Verhältnisse an. Hier nimmt sich der Gerichtshof also ständig die Freiheit, sozusagen der Sache auf den Grund zu gehen. Der Begriff der öffentlichen Gewalt ist meines Erachtens nicht wesensgleich mit hoheitlichem Handeln im Sinne der auch im Völkerrecht anerkannten Unterscheidung zwischen *acta iure imperii* und *acta iure gestionis*. Wahrscheinlich dürfte der Begriff der öffentlichen Gewalt in einem weiteren Sinne als hoheitliches Handeln zu verstehen sein. Auf keinen Fall kann der Begriff der „öffentlichen“ Gewalt im Sinne von Art. 55 gleichgesetzt werden mit „öffentlich-rechtlichem Rechtsverhältnis“ und zwar schon deshalb nicht weil — wir haben ja bedauerlicherweise heute hier keinen Vertreter des common law Systems — die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht in den Rechtsordnungen des common law unbekannt ist.

Ja gut, damit habe ich, können Sie jetzt sagen, den Begriff der Ausübung öffentlicher Gewalt negativ abgegrenzt. Ich habe aber keine positive Definition gegeben. Das können wir natürlich jetzt auch nicht, denn sie liefe auf eine Zukunftsprognose der EuGH-Rechtsprechung hinaus, und eine solche bitte ich mir zu ersparen.

Lassen Sie mich gleichwohl eine Bemerkung anschließen, die Sie vielleicht etwas trösten wird, nämlich die Bemerkung, daß, was immer man gemeinschaftseinheitlich unter öffentlicher Gewalt verstehen kann, das Berufsbild der freien Berufe von den Mitgliedstaaten nach eigenem Ermessen und in eigener Verantwortung gestaltet werden kann, zu

mindest de lege lata, solange nämlich keine Harmonisierungs- oder Anerkennungsrichtlinien in diesem Bereich etwas anderes erfordern.

Der Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers unterliegt meines Erachtens hier keiner Kontrolle durch die europäische Gerichtsbarkeit, d.h. ich kann die öffentliche Gewalt und deren Ausübung in der Weise regeln, daß ich im Rahmen der institutionellen Administration Rechtsprechung und Gerichtsbarkeit ansiedle. Ich kann es aber auch tun in der Weise, daß ich sie delegiere, daß ich sie quasi ausgliedere und damit funktionell teilweise den freien Berufen anvertraue.

Bleibt noch ein Punkt, zu dem ich abschließend etwas sagen will, weil er immer wieder auftaucht. Wir wissen, die Niederlassungsfreiheit nach Art.52 EWGV wird im wesentlichen als Grundsatz des Diskriminierungsverbotes aufgefaßt, nicht darüberhinausgehend, jedenfalls soweit keine sekundäre Gemeinschaftsgesetzgebung da ist. Der Art.55 beinhaltet dagegen nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes über die Diskriminierung hinaus auch das Verbot sämtlicher Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit, selbst wenn diese Beschränkungen unterschiedslos auf eigene und andere Staatsangehörige aus den EG-Mitgliedstaaten erstreckt werden. Nun stellt sich in diesem Zusammenhang das Problem der umgekehrten Diskriminierung; auch über sie wurde schon etwas gesagt. Umgekehrte Diskriminierung in diesem Sinn ist meines Erachtens ein Fehlbegriff. Es ist keine discrimination à rebours, es handelt sich überhaupt um keine Diskrimination; der unter diesem Begriff erfaßte Sachverhalt ist gemeinschaftsrechtlich nicht angreifbar. Warum nicht? Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes bedeutet der gemeinschaftsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, der im wesentlichen in Analogie zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes entwickelt wurde, daß vergleichbare Sachverhalte gleich zu behandeln sind, es sei denn, daß die unterschiedliche Behandlung objektiv gerechtfertigt wäre. Dieser Satz ist nur anwendbar, wenn die beiden Vergleichssachverhalte in den Anwendungsbereich des Vertrages fallen. Hinsichtlich der Berufsregeln für die eigenen Staatsangehörigen und deren Ausübung im Inland ergibt sich aber kein Anwendungsbereich des Vertrages. Es handelt sich insoweit um einen rein internen, nicht grenzüberschreitend bedingten Sachverhalt ohne grenzüberschreitenden Anknüpfungspunkt. Damit ist also gemeinschaftsrechtlich die umgekehrte Diskriminierung nicht angreifbar und, soweit ich sehe, auch nicht aus der Sicht des deutschen Verfassungsrechtes. Ich habe mir einen Beschluß des Bundesverfassungsgerichtes und zwar der 2. Kammer des 1. Senates, vom Juni 1989 geholt. Es ging um die Frage des Lokalisierungsgebotes für Rechtsanwälte, das in der Zwischenzeit durch die Rechtsprechung des Gerichtshofes für grenzüberschreitende Sachverhalte beseitigt ist. Das Bundesverfassungsgericht hat gesagt, daß insoweit keine Diskriminierung nach Art.3 GG vorliegt, da in dem einen Fall der Anwendungsbereich des EWGV gegeben ist, im anderen Fall nur der Anwendungsbereich des nationalen Rechtes und daß damit keine Gleichwertigkeit oder Vergleichbarkeit der Sachverhalte besteht. Vielen Dank.

## Diskussion

*Herr Dr. Dausen*

Ja, ich kann dazu vielleicht ganz kurz etwas sagen aus rechtlicher Sicht. Sie haben völlig recht. Gerade in dem Versicherungsurteil vom 4. 12. 1986 hat der EuGH diese Unterscheidung nach der Schutzbedürftigkeit des Kunden getroffen, wobei er sagte, das Schutzinteresse sei eben, vereinfacht gesagt, nach dem Kopf des Mandanten zu beurteilen. Wirtschaftliche Unternehmen, größere Unternehmen, die sich eine eigene Rechtsabteilung halten, bedürfen — es ging ja hier um die Versicherungsaufsicht — des Schutzes nicht in gleicher Weise wie der kleine Mann, der möglicherweise im Wege des Haustürgeschäftes mit einem schwindelnden Versicherungsunternehmen konfrontiert wird. Meines Erachtens könnten ähnliche Strukturprinzipien und ähnliche topoi im Rahmen der Schutzbedürftigkeit des Interessenten bei Rechtsgeschäften und der Form von Rechtsgeschäften gelten. Ich gehe sogar fest davon aus, denn der approach des Gerichtshofes ist immer ein genereller, universalistischer. Er folgt also keiner sektoriellen Aufteilung, sondern betreibt die Anwendung allgemeiner Argumentationsmodelle auf konkrete Fälle im Rahmen des gemeinsamen Marktes, gleich, ob es sich um Dienstleistungsfreiheit, um freien Warenverkehr oder um freien Personenverkehr handelt.