

# Notare

Rechtsanwalt Dr. Matthias Kilian, Köln

1 So wie der Rechtsanwalt bei der Berufsausübung nicht nur die BRAO als Berufsgesetz zu beachten hat, so hat der Notar neben der BNotO auch der Dienstordnung Aufmerksamkeit zu schenken. Beide seit längerem existierenden Kommentierungen der DONot sind jüngst in Neuauflage erschienen: Das von *Christian Armbrüster, Nicola Preuß* und *Thomas Renner* herausgegebene Werk „*Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare*“ in 6. Auflage, der von *Helmut Weingärtner* und *Dominik Gassen* verantwortete Kommentar „*Dienstordnung für Notarinnen und Notare*“ sogar bereits in 12. Auflage. Dieses traditionsreiche, vor mehr als 30 Jahren erstmals erschienene Werk ist die



**Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare**  
Christian Armbrüster/Nicola Preuß/Thomas Renner (Hrsg.), Notarverlag, 6. Auflage, Bonn 2013, 924 S., ISBN 978-3-940645-37-1, 169 Euro.



**Dienstordnung für Notarinnen und Notare**  
Helmut Weingärtner/Dominik Gassen, Verlag Carl. Heymanns, 12. Auflage, Köln 2013, 624 S., ISBN 978-3-452-27899-9, 129 Euro.

einzigste reine DONot-Komentierung, weshalb sie auch die umfangreichste Erläuterung des Regelwerks für die Wahrnehmung der Amtsgeschäfte ist. Der Kommentar erschöpft sich freilich nicht in der Kommentierung der 34 Paragraphen der Dienstordnung, die praxisbezogen, kenntnis- und detailreich auf 450 Seiten erfolgt. Ein zweiter, knapp 60seitiger Teil behandelt sehr anschaulich den elektronischen Rechtsverkehr in der Praxis – und ist deshalb eine besonders spannende Lektüre für alle, die sich in den nächsten Jahren auf den ERV in der Anwaltschaft einzustellen haben. Wer die Vita von *Gassen* kennt, der weiß, dass es im Notariat einen kompetenteren Autor zu Fragen des ERV nicht gibt – das Thema hat *Gassen* durch alle Stationen seines wissenschaftlichen und beruflichen Wirkens begleitet. Die Heimat gewechselt hat die Kommentierung von *Armbrüster* et al.: Bis zur 5. Auflage im Jahr 2009 erschien sie im Verlag de Gruyter und war seit den 1970er Jahren als „*Höfer-Huhn-von Schuckmann*“ bekannt. Nun erscheint sie im Bonner Notarverlag. Die Erläuterung des Beurkundungsgesetzes macht mit rund 600

Seiten den Großteil der Kommentierung aus, die Dienstordnung wird auf etwas mehr als 200 Seiten behandelt. Mit dem Verlagswechsel ist es zu Umbrüchen im Bearbeiterkreis gekommen: Mit *Eickelberg, Kruse, Piegsa, Rezori* und *Seger* haben die drei Herausgeber tatkräftige Unterstützung von fünf durchgängig jüngeren Autoren erhalten, die alle aus dem Notariat stammen und hauptberuflich bei der Bundesnotarkammer, der Rheinischen Notarkammer oder beim DNotV tätig sind oder waren. Dieser umfassende Wechsel von Bearbeitern und Verlag hat dazu geführt, dass die Kommentierung in weiten Teilen grundlegend überarbeitet wurde. Durch die glückliche Wahl der zusätzlichen Bearbeiter sind nicht nur die Weichen für die langfristige Fortführung des Werks gestellt, sondern ist auch eine Kommentierung mit starker Rückbindung an die Berufs- und Aufsichtspraxis gewährleistet.

2 Man könnte meinen, dass nach den „Notarurteilen“ des EuGH vom Mai 2011, die für das Notariat in Deutschland eine Zeitenwende waren, zu Art. 51 AEUV alles gesagt sei. *Marie-Christine Fuchs* zeigt in ihrer Dissertation „*Die Bereichsausnahme in Art. 45 Abs. 4 AEUV und Art. 51 Abs. 1 AEUV*“ freilich auf, dass noch Gesprächsbedarf besteht. Die



**Die Bereichsausnahme in Art. 45 Abs. 4 AEUV und Art. 51 Abs. 1 AEUV: Eine Gesamtbetrachtung unter besonderer Berücksichtigung des Notariats und der freiwilligen Gerichtsbarkeit**  
Marie-Christine Fuchs, Nomos-Verlag, Baden-Baden 2013, 458 S., ISBN 978-3-8329-7904-1, 114 Euro.

Arbeit legt ausweislich ihres Untertitels Wert auf eine besondere „Berücksichtigung des Notariats und der freiwilligen Gerichtsbarkeit“. Naturgemäß arbeitet eine solche Untersuchung zunächst umfassend Grundlagen auf: Ausführliche Kapitel befassen sich mit dem Wesen und den Organen der freiwilligen Gerichtsbarkeit einerseits und den Personenfreizügigkeitsregelungen im AEUV und ihren Beschränkungen durch Art. 51 AEUV andererseits. Sehr anschaulich werden Tatbestandsmerkmale der Norm und die ergangene Kasuistik aufbereitet und die teilweise Untauglichkeit der EuGH-Kriterien aufgezeigt. Für den Praktiker hat der EuGH die Würfel freilich bereits fallen lassen, so dass sein besonderes Interesse die – nach einer Skizze der Notarurteile folgende – Bewertung ihrer indirekten Folgen für die deutsche Notariatsverfassung findet. Diese werden von *Fuchs* auf rund 80 Seiten untersucht. Sie hält im Lichte des Primärrechts jegliche Residenzpflichten und Berufsverbindungsverbote für nicht zu rechtfertigen, sieht aber die tragenden Säulen der Notariatsverfassung wie den numerus clausus, das Amtsbezirksprinzip und die Gebührenregelungen mit Blick auf die Gewährleistung einer geordneten, flächendeckenden und bezahlbaren Rechtspflege für gerechtfertigt. Knapper fallen die nachfolgenden Betrachtungen zum Dienstleistungsrecht aus, hier ist die Verfasserin wie viele Kommentatoren etwas ratlos. Nach einer Skizze der aus ihrer Sicht fatalen Folgen einer uneingeschränkten Inanspruchnahme der Dienstleistungsfreiheit durch „Wandernotare“ plädiert sie auf der Grundlage einer instruktiven Diskussion u.a. zur Kollisionslage von Dienstleistungsfreiheit und Territorialitätsprinzip

dafür, ein sektorales Sekundärrecht zu schaffen. Es soll de lege ferenda eine Freizügigkeit notarieller Urkunden herstellen, nicht aber eine Freizügigkeit der Notare. Weitere Hauptteile der Studie befassen sich sodann mit abhängig Beschäftigten in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, für die Art. 45 Abs. 4 AEUV maßgeblich ist. *Fuchs* arbeitet heraus, dass die Sichtweise, dass die freiwillige Gerichtsbarkeit nicht unter Art. 45 Abs. 4 AEUV falle, weil dort kein streitentscheidender Richter tätig sei, angesichts zahlreicher kontradiktorischer Verfahren und verbindlicher Feststellungen über Rechte unhaltbar ist. Für Registersachen streiten nach *Fuchs* hingegen Argumente für eine Herausnahme aus Art. 45 Abs. 4 AEUV. Sie plädiert allerdings dafür, eine Lösung über die Zuordnung zu Art. 2 des 26. ZP zum Vertrag von Lissabon zu suchen und gerichtliche Tätigkeiten in der freiwilligen Gerichtsbarkeit als nicht-wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse einzustufen. Die wirtschaftsbezogenen Regelungen im AEUV wären dann unanwendbar.

**3** An Dynamik gewinnen Überlegungen, die Wahrnehmung von Justizaufgaben neu zu ordnen. *Julian Zado* untersucht vor diesem Hintergrund in seiner Dissertation die „Privatisierung der Justiz“. Die Arbeit gliedert sich in vier



Privatisierung der Justiz: Zur Bedeutung und verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Privatisierungen in Rechtsprechung, Strafvollzug, Zwangsvollstreckung und Handelsregister

Julian Zado, Duncker & Humblot, Berlin 2013, 452 S., ISBN 978-3-4281-3966-8, 99,90 Euro.

große Hauptteile. Ein erster kürzerer Abschnitt widmet sich dem für die Untersuchung zentralen Begriff der Privatisierung. Der Verfasser unterscheidet für den weiteren Gang der Studie zwischen der Aufgabenprivatisierung als einer Form der materiellen Privatisierung, der Organisationsprivatisierung als formeller Privatisierung und der funktionalen Privatisierung als teilweiser Aufgabenübertragung auf Private. Bei einer formellen Privatisierung verändert sich nicht die Staatlichkeit der Aufgabe, da bei ihr lediglich eine organisationsprivatisierte Verwaltungseinheit geschaffen wird, derer sich der Staat bedient. Bei der funktionalen Privatisierung wird hingegen eine staatliche Aufgabe auf einen Privaten durch Beleihung oder Verwaltungshilfe übertragen. Bei der materiellen Privatisierung schließlich wird eine Aufgabe auf ein Privatrechtssubjekt übertragen, so dass der Staat nicht mehr Träger der Aufgabe ist und ihre Durchführung durch das Zivilrecht bestimmt wird. Nach der Skizze dieser Privatisierungskonzepte wendet sich der Verfasser vier Teilbereichen der Justiz zu, die für eine Privatisierung in den verschiedenen Privatisierungsformen in Betracht kommen: Der Rechtsprechung, dem Strafvollzug, der Zwangsvollstreckung und dem Handelsregister. Für alle vier Teilbereiche skizziert er zunächst die ihnen zugewiesenen Aufgaben innerhalb der Justiz, die organisatorische Ausgestaltung der Aufgabenwahrnehmung und zum Teil auch die in der Praxis deutlich gewordenen Herausforderungen für ihre Funktionsfähigkeit. Auf dieser Grundlage stellt er sodann jeweils das Privatisierungspotenzial dar, etwa im Bereich der Rechtsprechung durch die Mediation oder beim Strafvollzug durch pri-

vat betriebene Justizvollzugsanstalten. Der sich anschließende Hauptteil ist sodann den dogmatischen Grundlagen des Themas gewidmet, *Zado* setzt sich mit Grundbegriffen wie dem Gewaltmonopol des Staats, dem Staat als Herrschaftsverhältnis, dem Demokratieprinzip, den Staatsaufgaben und der Funktion des Rechts ausführlich auseinander, um auf diese Weise das Spannungsverhältnis zu verdeutlichen, von dem eine jede Privatisierung im Justizbereich geprägt ist. Die sehr gehaltvollen Betrachtungen des Verfassers können hier noch nicht einmal angedeutet werden, sie legen aber ein eindrucksvolles Fundament für die sich anschließende Analyse, welche verfassungsrechtlichen Schranken eine Privatisierung der Justiz beachten muss. *Zado* untersucht zu diesem Zweck die Grenzen, die aus den zuvor abstrakt beschriebenen allgemeinen Staatsprinzipien abzuleiten sind. Mit Blick auf die Privatisierung von Rechtsprechung analysiert er ergänzend auch die Bedeutung des Art. 92 GG und des Justizgewährleistungsanspruchs, mit Blick auf den Strafvollzug Art. 12 Abs. 3 GG. Einige seiner Ergebnisse: Zulässig sei die obligatorische gerichtsexterne Mediation, wenn der Staat hierfür Kostenhilfe entsprechend der PKH bereit halte. Für die fakultative gerichtsexterne Mediation ziehe Art. 92 GG eine Grenze dahingehend, dass kein Druck auf Rechtsuchende ausgeübt werden dürfe. Obligatorische gerichtsinterne Mediation sei nur zulässig, wenn sie nicht zu einer Verweisung auf einen anderen als den gesetzlichen Richter führe. Die Schiedsgerichtsbarkeit sei zulässig, wenn eine Kontrolle der Verfahrensstandards vor staatlichen Gerichten möglich ist. Eine materielle Privatisierung des Strafvollzugs hält *Zado* für verfassungswidrig, während Hilfsfunktionen, die auf die Bereitstellung von Infrastruktur und Versorgung zielen, privatisierungsfähig seien. Bei der Zwangsvollstreckung stehen zur Überzeugung des Verfassers alle von ihm diskutierten Privatisierungsgrenzen einer materiellen Privatisierung entgegen. Der u.U. notwendige Einsatz von Gewalt erlaube auch keine Organisationsprivatisierung. Zulässig sei allein die Privatisierung von unterstützenden Tätigkeiten, wobei einem Verwaltungshelfer aber keine Entscheidungsspielräume zukommen dürften. Eine Übertragung von Befugnissen in der Zwangsvollstreckung auf Beliehene sieht *Zado* kritisch, da die in der entsprechenden Reformdiskussion vorgeschlagene Aufsicht nicht intensiv genug sei und Art. 33 Abs. 4 GG entgegenstehe. Wenn Art. 33 Abs. 4 GG geändert würde, sieht *Zado* freilich den Justizgewährleistungsanspruch als unüberwindliches Hindernis, weil eine Steigerung der Kosten von Vollstreckungen unvermeidlich sei und viele Forderungen nicht mehr wirtschaftlich begetrieben werden könnten. Einer Privatisierung des Handelsregisters stehen hingegen nach *Zado* keine verfassungsrechtlichen Hindernisse entgegen.



**Dr. Matthias Kilian, Köln**

Der Autor ist Rechtsanwalt und Direktor des Soldan Instituts.

Leserreaktionen an [anwaltsblatt@anwaltverein.de](mailto:anwaltsblatt@anwaltverein.de).