

Die europäische Dimension

Rechtsanwalt Dr. Matthias Kilian, Köln

I. Rechtsanwälte und Dienstleistungsrichtlinie

1 Mit den Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie auf das anwaltliche Berufsrecht befasst sich *Boris Ober* in seiner bei *Mäsch* in Münster entstandenen Dissertation „Anwaltsberufsrecht zwischen Markt und Regulierung“. Die Arbeit ist zweigeteilt: Auf den ersten rund 250 Seiten untersucht der Verfasser die schon häufiger analysierte Problematik der kartellrechtlichen Grenzen der Satzungsautonomie. Zu diesem Thema leitet er durch eine recht ausführliche Darstellung des untergesetzlichen Satzungsrechts der Anwaltschaft hin. *Ober* kommt zu dem Ergebnis, dass §§ 30 und 33 Abs. 2 BORA kartellrechtswidrig sind. Bei § 27 BORA hat er Zweifel, ob die Vorschrift das mildeste Mittel



Anwaltsberufsrecht zwischen Markt und Regulierung: Eine Untersuchung der Deregulierung des deutschen Anwaltsberufsrechts unter besonderer Berücksichtigung des Kartellrechts der Union und der Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt

Boris Ober,
Verlag Dr. Kovac,
Hamburg 2011, 463 S.,
ISBN 978-3-8300-5615-7,
118 Euro.

zur Erreichung der wirtschaftlichen Unabhängigkeit des Anwalts ist. Keine Bedenken äußert er etwa gegenüber §§ 3 Abs. 3, 12, 18, 22 und 23 BORA. Bedenken gegenüber der Erforderlichkeit der werberechtlichen Vorschriften der §§ 6–10 BORA überwindet *Ober* mit der Überlegung, dass diese bei einer verfassungskonformen Auslegung keinerlei eigenständigen Regelungsgehalt mehr aufweisen und damit kartellrechtlich irrelevant seien. Der zweite Teil der Studie untersucht sodann die Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG auf das deutsche Anwaltsberufsrecht. Dankenswerterweise beschränkt sich der Verfasser einleitend darauf, nur die für den Untersuchungsgegenstand maßgeblichen Inhalte der Richtlinie aufzuzeigen. Er führt sodann das von der Richtlinie geforderte Normenscreening durch. Für europarechtlich nicht zu rechtfertigen hält er im Ergebnis unter anderem das Gebührenunterschreitungsverbot in § 49b Abs. 1 BRAO, die Kappungsgrenze des § 22 Abs. 2 RVG und die Regelung des Erfolgsszuschlags in § 4a Abs. 1 S. 2 RVG. Für das Fremdbeteiligungsverbot in §§ 59a und 59e BRAO anerkennt er zwingende Gründe des Allgemeininteresses und die Verhältnismäßigkeit der Regelung. Das Werberecht sieht *Ober* als weitgehend mit den Vorgaben der Richtlinie 2006/123/EG über die kommerzielle Kommunikation (Art. 24 Abs. 2) konform. Die enge Begrenzung der Sozietätsfähigkeit hält er für nicht zu rechtfertigen, ebenso das Erfordernis, dass innerhalb einer Rechtsanwaltsgesellschaft die Mehrheit der Gesellschaftsanteile und Stimmrechte Rechtsanwälten zustehen muss. Vor allem weil das Norms-

creening in Deutschland bislang noch nicht zu nennenswerten Neuregelungen im Berufsrecht geführt hat, wird die Arbeit interessierte Leser finden.

2 Die von *Hannes Blum* in Eichstätt vorgelegte Arbeit „Die Dienstleistungsfreiheit der Berufsangehörigen der Professional Service Firms“ ist insofern bemerkenswert, als sie als wirtschaftswissenschaftliche Dissertation entstanden ist. Ein einleitendes Kapitel erläutert wohl auch deshalb zunächst einmal recht breit Grundbegriffe der Dienstleistungsfreiheit, bevor in vier Abschnitten für den Steuerberater, den Rechtsanwalt, den Wirtschaftsprüfer und den Unternehmensberater als typische Angehörige von Professional Service Firms die Ausgestaltung der Dienstleistungsfreiheit vor Inkrafttreten der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG skizziert wird. Die Möglichkeit eines uneingeschränkten Tätigwerdens im Ausland qualifizierter Anwälte im deutschen Recht ohne Anpassungsinstrument, wie es durch die Nieder-



Die Dienstleistungsfreiheit der Berufsangehörigen der Professional Service Firms

Hannes Blum,
Verlag Dr. Kovac,
Hamburg 2011, 246 S.,
ISBN 978-3-8300-5660-7,
78 Euro.

lassungsrichtlinie 98/5/EG für Rechtsanwälte realisiert worden ist, sieht *Blum* durchaus kritisch. Im zweiten Hauptteil der Arbeit liegt der Schwerpunkt sodann auf der Erörterung der Dienstleistungsrichtlinie, deren Struktur und Inhalte *Blum* auf 40 Seiten relativ ausführlich skizziert. Auf weiteren 50 Seiten untersucht er sodann die durch die Dienstleistungsrichtlinie bewirkten Änderungen für die untersuchten vier Berufsgruppen und zeigt den aus seiner Sicht bestehenden Änderungs- und Harmonisierungsbedarf auf. Das Fazit ist vergleichsweise ernüchternd: Der Verfasser kommt zu dem Ergebnis, dass die Dienstleistungsrichtlinie den eigenen, hoch gesteckten Zielen nicht gerecht wird. Die Intention, Erleichterungen für die reglementierten Berufsgruppen zu schaffen, spiegle die Richtlinie nicht wider.

II. Notare und Grundfreiheiten

1 *Christian Doll* fächert in seiner bei *Ruthig* in Mainz entstandenen Arbeit „Das lateinische Notariat in Deutschland und die gemeinschaftsrechtliche Liberalisierung von



Das lateinische Notariat in Deutschland und die gemeinschaftsrechtliche Liberalisierung von Dienstleistungen

Christian Doll,
Verlag Dr. Kovac,
Hamburg 2011, 258 S.,
ISBN 978-3-8300-5558-7,
88 Euro.

Dienstleistungen“ zunächst auf 100 Seiten sehr detailreich die dogmatischen Grundlagen des Art. 51 AEUV auf. Dargestellt werden die Kasuistik zu dieser Bereichsausnahme, die für sie geltenden Auslegungsgrundsätze und die Recht-

sprechung zu dem für Arbeitnehmer geltenden, vergleichbaren Funktionsvorbehalt des Art. 45 Abs. 4 AEUV. Nachdem auf diese Weise die Grundlagen für eine Analyse der Relevanz des Art. 51 AEUV auf die notarielle Tätigkeit gelegt worden sind, untersucht der Verfasser, inwieweit notarielle Tätigkeiten die Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Gemeinschaftsrechts darstellen. *Doll* leitet aus der Rechtsprechung des EuGH ab, dass es einen äußeren Bereich und einen Kernbereich öffentlicher Gewalt gebe und nur im Kernbereich der Ausschluss von Bewerbern anderer Mitgliedstaaten vom Zugang zu diesen Tätigkeiten zulässig sein kann. Im Zentrum seiner nachfolgenden Überlegungen steht sodann die Frage, inwieweit die Beurkundungstätigkeiten des Notars zur Annahme der Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AEUV führen können, so dass diese Tätigkeit von den Grundfreiheiten nicht erfasst ist. Der Verfasser lehnt dies mit ausführlicher Begründung ab. Er begründet, warum auch andere notariellen Tätigkeiten nicht mit einer Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sein sollen. Er stellt maßgeblich darauf ab, dass – mit Ausnahme der Erteilung qualifizierter Vollstreckungsklauseln – keine nach seiner Auffassung nach dem Gemeinschaftsrecht erforderliche vertikale Bindungswirkung eintritt. Auch wenn *Doll* die Vollstreckbarerklärung einer notariellen Urkunde als eine dem Notar übertragene richterliche Tätigkeit einstuft, so sieht er den Notar „gegenüber der Machtfülle des Richters durch seine Machtlosigkeit geprägt [an]“, da er zu keiner Zeit den Willen der Parteien beugen oder gegen ihre Vertrags- oder Wertungsautonomie entscheiden kann. Der Verfasser kommt damit zu einem Ergebnis, das zwar nicht in allen Punkten der Herleitung, so aber doch in der Quintessenz der nach Abschluss der Untersuchung verkündeten Entscheidung des EuGH vom 24. Mai 2011 entspricht – ein für eine Doktorarbeit gewiss erfreulicher nachfolgender Gang der Dinge. Es gilt dann folgerichtig zu entscheiden, inwieweit die deutsche Notariatsverfassung mit Blick auf die Dienst- und Niederlassungsfreiheit gemeinschaftsrechtskonform ist. Diese Frage ist durch die Entscheidung des EuGH nicht präjudiziert. Ob damit tatsächlich, wie *Doll* meint, ohne weiteres zu folgern ist, dass die Grundfreiheiten vollumfänglich anwendbar sind, ist meines Erachtens nicht ganz zweifelsfrei. Von der Frage der Ausübung hoheitlicher Gewalt durch Notare gedanklich zu trennen ist, ob das Notariat nicht Teil der Rechtspflegeverfassung eines Mitgliedstaats ist, so dass in einem ersten Schritt zunächst einmal kompetenzielle Fragen zu klären wären. Im Rahmen einer 40-seitigen Grundfreiheitenprüfung kommt der Verfasser recht zügig zu dem Ergebnis, dass nicht nur der Staatsangehörigkeitsvorbehalt, sondern auch Wohnsitzerfordernis, Qualifikationsanforderungen, die Vorgaben zum Amtsbereich und -bezirk, der Bedarfsvorbehalt, die Landeskinderklausel, die Sozietätsverbote und die Werbeverbote nicht zu rechtfertigende Beschränkungen der Grundfreiheiten darstellen. Der Verfasser verlangt nicht die ersatzlose Streichung der entsprechenden Regelungen des Notarrechts, sondern – wo möglich – ihre Ersetzung durch mildere Mittel. Hier wird man an manchem Punkt durchaus anderer Meinung sein können und müssen, insgesamt bietet die Arbeit aber, auch wenn mittlerweile die Ausgangsfragen vom EuGH entschieden sind, eine interessante Diskussionsgrundlage.

2 Zur Nichtanwendbarkeit des Art. 51 AEUV auf notarielle Tätigkeiten gelangt auch *Klaus Lerch* in seiner bei

Jost in Bielefeld entstandenen Dissertationsschrift „Der Notar als unabhängiger Träger eines staatlich gebundenen Amtes in Geschichte und Gegenwart“, die ebenfalls vor der Entscheidung des EuGH abgeschlossen wurde. Die Schwerpunkte der Studie sind aber anders gesetzt als bei *Doll*: *Lerch* untersucht zunächst die, so seine Hypothese, Antimonie zwischen der Zuweisung eines unabhängig wahrzunehmenden öffentlichen Amtes an den Notar und seine gleichzeitige Unterwerfung unter eine staatliche Aufsicht nach §§ 92, 93



Der Notar als unabhängiger Träger eines staatlich gebundenen Amtes in Geschichte und Gegenwart unter besonderer Berücksichtigung der europäischen Rechtsentwicklung

Klaus Lerch,
Deutscher Notarverlag,
Bonn 2011, 208 S.,
ISBN 978-3-9406-4531-9,
48,50 Euro.

BNotO aus dem Blickwinkel der Verfassungskonformität der Dienstordnung für Notare. Im Ergebnis sieht er in der DNotO eine gerade noch ausreichende Rechtsgrundlage für die Statuierung von Verhaltenspflichten, da, so seine Argumentation, in ihr mittlerweile nur noch formelles und damit reines Verfahrensrecht geregelt werde. Sodann untersucht der Verfasser, ob es innerhalb der verschiedenen Notariatsverfassungen Unterschiede bei der Dienstaufsicht gibt und ob das Notaramt Charakteristika aufweist, die die Ausprägung der Dienstaufsicht rechtfertigen. Es schließen sich längere Betrachtungen zu den einzelnen Notariatsformen in Deutschland sowie ein Kapitel zur geschichtlichen Entwicklung des Notarates an, bevor der Verfasser auf die europarechtliche Ebene überleitet. Relativ knapp behandelt er die Frage der Ausübung öffentlicher Gewalt durch Notare im Sinne von Art. 51 AEUV, die er im Ergebnis verneint. Es schließt sich sodann ein Rechtsvergleich an, in dessen Rahmen Aufgaben der Notare und die Aufsicht über sie in 20 europäischen Rechtsordnungen und in China jeweils skizziert werden. Auch wenn die entsprechenden Betrachtungen eher knapp gehalten sind, sind sie doch ein hilfreicher Ausgangspunkt für die künftig notwendig werdende Beurteilung, inwieweit auch ausländische Notariate nicht von der Bereichsausnahme des Art. 51 AEUV erfasst sind, erstreckten sich die vom EuGH im Mai 2011 gesammelt entschiedenen Vertragsverletzungsverfahren doch bei weitem nicht auf alle von *Lerch* behandelten Rechtsordnungen. Ein abschließendes Hauptkapitel der Arbeit betrachtet sodann das Problem der notariellen Unabhängigkeit, das der Verfasser mit Blick auf die Staatsaufsicht für unbefriedigend geregelt und ungelöst hält. Er plädiert im Ergebnis dafür, die Grundsätze des Richteramtsrechts auf den Notar zu übertragen.



Dr. Matthias Kilian, Köln

Der Autor ist Rechtsanwalt und Direktor des Soldan Instituts (Essen).

Sie erreichen den Autor unter der E-Mail-Adresse
autor@anwaltsblatt.de.