SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS PEDRO CRUZ VILLALÓN vom 14. September 2010[1]

1. Die Europäische Kommission wirft der Portugiesischen Republik gemäß Art. 226 EG vor, dadurch gegen die Richtlinie 2005/36 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen[2] verstoßen zu haben, dass sie die Maßnahmen, die für deren Anwendung auf den Beruf des Notars in Portugal erforderlich sind, nicht erlassen hat.

2. Wie in den Rechtssachen C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 und C-61/08, die ebenfalls den Beruf des Notars zum Gegenstand haben, ist in der vorliegenden Rechtssache vorab zu prüfen, ob Art. 45 Abs. 1 EG anwendbar ist, der eine Ausnahme für Tätigkeiten vorsieht, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind[3]. Im Gegensatz zu den angeführten Rechtssachen rügt die Kommission jedoch keine Bedingung der Staatsangehörigkeit, da in Portugal eine solche Einschränkung grundsätzlich nicht besteht. Der Grund für die vorliegende Klage ist das Bestehen eines Zugangssystems zum Notarberuf in Portugal, das den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts und, konkret, der Richtlinie 2005/36 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen diametral widerspricht.

1 — Originalsprache: Spanisch.

2 — Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 (ABl. L 255, S. 2).

3 — Schon hier sei darauf hingewiesen, dass das von den vorliegenden Klagen betroffene Notariat lateinischer Prägung, obgleich in Europa nach wie vor das am weitesten verbreitete, in der Europäischen Union neben anderen Formen des Notariats besteht, deren Einbeziehung in den Anwendungsbereich des Art. 45 Abs. 1 EG in den vorliegenden Rechtssachen nicht in Frage steht, sei es, weil das Notariat vollständig in die öffentliche Verwaltung eingegliedert ist, sei es, weil seine Tätigkeit nicht die eigentliche Beurkundungsfunktion im hier zugrunde gelegten Sinne umfasst. Schließlich ist die Situation in Europa in den letzten Jahren dadurch noch uneinheitlicher geworden, dass manche Staaten, die am Notariat lateinischer Prägung festhalten, das Staatsangehörigkeitserfordernis aufgehoben haben (Italien, Spanien).

I — Rechtlicher Rahmen

A — *Gemeinschaftsrecht*

3. Die Richtlinie 89/48/EWG über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen [4], sah eine Umsetzungsfrist vor, die nach ihrem Art. 12 am 4. Januar 1991 ablief.

4. Art. 2 der Richtlinie bestimmte:

„Diese Richtlinie gilt für alle Angehörigen eines Mitgliedstaats, die als Selbständige oder abhängig Beschäftigte einen reglementierten Beruf in einem anderen Mitgliedstaat ausüben wollen.

Diese Richtlinie gilt nicht für die Berufe, die Gegenstand einer Einzelrichtlinie sind, mit der in den Mitgliedstaaten eine gegenseitige Anerkennung der Diplome eingeführt wird."

5. Der Notarberuf ist nicht durch einen der in Abs. 2 dieser Richtlinienbestimmung genannten Rechtsakte geregelt worden.

6. Die Richtlinie 89/48 wurde durch die Richtlinie 2005/36 aufgehoben und in eine Kodifizierung einbezogen. In der neuen Fassung ist der wesentliche Inhalt der Richtlinie 89/48 beibehalten worden, jedoch heißt es im 41. Erwägungsgrund der Richtlinie 2005/36 als Neuerung gegenüber ihrer Vorgängerin:

„Diese Richtlinie berührt nicht die Anwendung des Artikels 39 Absatz 4 und des Artikels 45 des Vertrags, insbesondere auf Notare."

B — *Nationales Recht*

7. In Portugal ist der Beruf des Notars in den gesetzesvertretenden Verordnungen Nrn. 26/2004 und 27/2004 des Justizministers vom 21. April 2004 geregelt. Mit Verordnung Nr. 398/2004, ebenfalls vom 21. April 2004, hat die Regierung die Verleihung der Berufsbezeichnung „Notar" geregelt. Diese Rechtsvorschriften haben insgesamt zu einer Liberalisierung des Notarberufs in Portugal geführt, dessen Funktion zuvor von Verwaltungsbeamten erfüllt wurde, die einer öffentlich-rechtlichen Regelung unterlagen.

8. Nach Art. 1 der gesetzesvertretenden Verordnung Nr. 26/2004 ist „[d]er Notar ... eine rechtskundige Person, deren in Ausübung ihrer Funktion errichteten Urkunden öffentlichen Glauben haben".

4 — Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1988 (ABl. L 19, S. 16).

9. Der Notar ist ein Beamter, der Rechtsakte beurkundet, und zugleich ein völlig unabhängiger und unparteiischer Freiberufler. Der erwähnte Art. 1 bestimmt ferner, dass der öffentlich-rechtliche und der privatrechtliche Charakter der Notarsfunktion nicht voneinander getrennt werden können.

10. Wie Portugal in seiner Klagebeantwortung anerkannt hat, ist die Haupttätigkeit des Notarberufs die Beurkundung. Sie ist als Akt staatlicher Delegierung an den Notar ausgestaltet, dem die Befugnis eingeräumt wird, Urkunden zu erstellen, die öffentlichen Glauben genießen. Nach Art. 21 der gesetzesvertretenden Verordnung Nr. 26/2004 ist das Symbol der notariellen Tätigkeit das Siegel bzw. eine entsprechende Nummer, das oder die dem Notar ausschließlich zugeordnet ist. Der Notar wird auf Ersuchen der Beteiligten tätig und gewährleistet die Rechtmäßigkeit, Registrierung und Aufbewahrung der jeweiligen Rechtsakte.

11. Nach Art. 371 des portugiesischen Código civil (Zivilgesetzbuch) sind notarielle Urkunden mit qualifizierter Beweiskraft ausgestattet, die nur mit außerordentlichen Rechtsbehelfen angefochten werden kann (Art. 372 Código civil). Art. 46 der Zivilprozessordnung bestimmt, dass notarielle Urkunden vollstreckbar sind.

12. Nach Art. 25 der gesetzesvertretenden Verordnung Nr. 26/2004 ist der Zugang zum Beruf des Notars an vier Voraussetzungen geknüpft: Der Bewerber darf nicht von der Wahrnehmung öffentlicher Ämter ausgeschlossen sein, er muss über einen nach portugiesischem Recht anerkannten Hochschulabschluss in Rechtswissenschaften verfügen, ein Praktikum absolvieren und die Zugangsprüfung des Conselho do Notariado (Notariatsrat) bestanden haben.

13. Obwohl das Notariat ein freier Beruf ist, unterliegt der Zugang zu ihm nach Art. 6 der gesetzesvertretenden Verordnung Nr. 26/2004 einem *numerus clausus*. Zudem wird der Notar in einem bestimmten Gebiet — dem Bezirk — und aufgrund der Erteilung einer Bewilligung zur Kanzleieröffnung tätig. Die Notargebühren werden anhand von Tabellen berechnet, die vom Justizministerium genehmigt werden und in denen Mindest- sowie Höchstbeträge festgelegt sind sowie zugleich hinsichtlich bestimmter notarieller Dienstleistungen eine freie Preisgestaltung ermöglicht wird.

II — Vorverfahren und Verfahren vor dem Gerichtshof

14. Am 21. Dezember 2001 richtete die Kommission ein Mahnschreiben an Portugal, in dem sie auf die Nichtumsetzung der Richtlinie 89/48/EWG hinsichtlich des Notarberufs hinwies. In seiner Antwort vom 17. Juni 2002 teilte Portugal mit, dass die Regierung hierzu eine Gesetzesänderung vorbereite.

15. Am 18. Oktober 2006 übermittelte die Kommission Portugal eine mit Gründen versehene Stellungnahme mit der Aufforderung,

die Vertragsverletzung binnen zwei Monaten abzustellen. In seinem Antwortschreiben vom 24. Januar 2007 führte Portugal dazu aus, die portugiesischen Notare nähmen unmittelbar und tatsächlich an der Ausübung öffentlicher Gewalt teil und unterlägen daher weder der Niederlassungsfreiheit noch dem diese Freiheit konturierenden Sekundärrecht.

16. Den einschlägigen nationalen rechtlichen Rahmen für dieses Vertragsverletzungsverfahren bildet daher die am 18. Dezember 2006 geltende Rechtslage, an dem die dem beklagten Staat von der Kommission in der mit Gründen versehenen Stellungnahme eingeräumte Frist ablief.

17. Am 12. Februar 2008 hat die Kommission beim Gerichtshof die Vertragsverletzungsklage gemäß Art. 226 EG eingereicht, der die Klagebeantwortung, die Erwiderung der Klägerin und die Gegenerwiderung des beklagten Mitgliedstaats gefolgt sind. Das Vereinigte Königreich ist dem Rechtsstreit auf Seiten der Kommission beigetreten, während die Tschechische Republik, Litauen, Slowenien und die Slowakei die Anträge Portugals unterstützen.

III — Anträge der Parteien

18. Die Kommission beantragt,

— festzustellen, dass die Portugiesische Republik dadurch, dass sie die Richtlinie 2005/36/EG, insbesondere hinsichtlich des Zugangs zum Beruf des Notars, nicht umgesetzt hat, gegen ihre Verpflichtungen aus dieser Richtlinie verstoßen hat;

— der Portugiesischen Republik die Kosten aufzuerlegen.

19. Die Portugiesische Republik beantragt, die Klage als unbegründet abzuweisen und der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

IV — Zulässigkeit der Klage

20. Die slowenische Regierung als Streithelferin erhebt wegen der von der Kommission angeführten Bestimmungen eine Unzulässigkeitseinrede. Die Kommission habe Portugal im vorgerichtlichen Stadium des vorliegenden Vertragsverletzungsverfahrens einen Verstoß gegen die Richtlinie 89/48 angelastet, während sie Portugal nun, im gerichtlichen Verfahren, einen Verstoß gegen die Richtlinie 2005/36 vorwerfe, die an die Stelle der erstgenannten Richtlinie getreten sei.

21. Diese Einrede kann nicht durchgreifen.

22. Nach ständiger Rechtsprechung stellt der ordnungsgemäße Ablauf des vorprozessualen Verfahrens eine vom Vertrag vorgeschriebene wesentliche Garantie nicht nur für den Schutz der Rechte des betroffenen Staates, sondern auch dafür dar, dass sichergestellt ist, dass das eventuelle streitige Verfahren einen eindeutig festgelegten Streitgegenstand hat. Nur auf der Grundlage eines ordnungsgemäßen vorprozessualen Verfahrens kann der Gerichtshof im kontradiktorischen Verfahren entscheiden, ob der Mitgliedstaat tatsächlich gegen die genau bezeichneten Verpflichtungen verstoßen hat, deren Verletzung von der Kommission geltend gemacht wird [5].

23. Zwar dürfen die in der Klageschrift gestellten Anträge, wie der Gerichtshof wiederholt entschieden hat, grundsätzlich nicht über die im Tenor der mit Gründen versehenen Stellungnahme und im Mahnschreiben gerügten Verstöße hinausgehen, „doch darf die Kommission gleichwohl im Falle einer Änderung des Gemeinschaftsrechts während des Vorverfahrens einen Verstoß gegen Verpflichtungen feststellen, die sich aus der ursprünglichen Fassung einer später geänderten oder aufgehobenen Richtlinie ergeben und durch neue Vorschriften aufrechterhalten wurden“ [6].

5 — Beschluss vom 11. Juli 1995, Kommission/Spanien (C-266/94, Slg. 1995, I-1975, Randnrn. 17 f.).

6 — Vgl. u. a. die Urteile vom 9. November 1999, Kommission/Italien (C-365/97, Slg. 1999, I-7773, Randnr. 36), und vom 5. Juni 2003, Kommission/Italien (C-145/01, Slg. 2003, I-5581, Randnr. 17).

24. Jedoch zeigt, wie von der Kommission vorgetragen, ein Vergleich der genannten Vorschriften, dass mit dem Erlass der Richtlinie 2005/36 die Vorschriften der Richtlinie 89/48 lediglich verstärkt und kodifiziert wurden. Daher bestehen die Verpflichtungen, die den Mitgliedstaaten durch die Richtlinie 89/48 auferlegt wurden, nach der Richtlinie 2005/36 überwiegend fort.

25. Daraus folgt, dass die Einrede der Unzulässigkeit zurückzuweisen ist, weil sie sich auf Verpflichtungen aus der Richtlinie 2005/36 bezieht, die schon kraft der aufgehobenen Richtlinie bestanden.

V — Zur gerügten Vertragsverletzung

26. Im vorliegenden Vertragsverletzungsverfahren wirft die Kommission der Portugiesischen Republik vor, sie habe die Richtlinie 2005/36/EG in Bezug auf den Beruf des Notars nicht umgesetzt. Portugal hält dem entgegen, dass für diesen Beruf Art. 45 Abs. 1 EG gelte, so dass diese Richtlinie auf die Tätigkeit des Notars nicht anzuwenden sei.

27. Es erscheint nicht zweckdienlich, die in meinen heutigen Schlussanträgen in den Rechtssachen C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 und C-61/08 bereits im Einzelnen dargelegten Argumente hier im

vollen Umfang zu wiederholen. Ich werde mich daher darauf beschränken, die dort herausgearbeiteten wesentlichen Argumentationslinien darzustellen, um sie sodann auf den Fall Portugals anzuwenden.

A — *Zu den mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbundenen Tätigkeiten im Sinne von Art. 43 EG und Art. 45 Abs. 1 EG*

28. Da sich Portugal zur Rechtfertigung der Nichtumsetzung der Richtlinie 2005/36 auf Art. 45 Abs. 1 EG beruft, ist zunächst auf diese Bestimmung einzugehen.

29. Tatsächlich bilden die Art. 43 EG und 45 Abs. 1 EG eine normative Einheit mittels einer Regel (Niederlassungsfreiheit) und einer Ausnahme (mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbundene Tätigkeiten), die so ihren Anwendungsbereich definieren. Aus der Verbindung der beiden Vorschriften ergibt sich die im vorliegenden Fall entscheidungserhebliche Regelung. Wir haben es daher nicht mit einer Regel (Art. 43 EG) zu tun, von deren Anwendung lediglich eine *Ausnahme* (Art. 45 Abs. 1 EG) gemacht wird, sondern mit einer anderen Regel: der Regel, die den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit für die Ausübung von Tätigkeiten festlegt, die *nicht* mit der Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Dies ist der Anwendungsbereich der konkreten Freiheit, die der Vertrag gewährleistet, und so ist das Vorgehen der Kommission bei ihrer Annahme eines Verstoßes gegen die Art. 43 EG und 45 EG zu verstehen.

30. Gelangt man im Wege der Auslegung zu dem Ergebnis, dass eine Tätigkeit tatsächlich mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist, ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen. Im Kontext dieser Vorschriften erfolgt die Verhältnismäßigkeitsprüfung gegebenenfalls in ähnlicher Weise wie die Prüfung, die der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung vornimmt [7], und in ihrem Rahmen sind (1) die Schwere der erlassenen Maßnahme und (2) das Ausmaß, in dem die streitige Tätigkeit an der Ausübung öffentlicher Gewalt teilnimmt, gegeneinander abzuwägen. Je direkter oder unmittelbarer diese Teilnahme, desto breiter das Spektrum der durch Art. 45 Abs. 1 EG gedeckten Maßnahmen. Je weniger direkt, desto weniger Maßnahmen sind nach dieser Vorschrift gerechtfertigt, sowohl der Zahl als auch der Intensität nach.

31. Die größte Schwierigkeit bei der Auslegung von Art. 43 EG und Art. 45 Abs. 1 EG besteht offensichtlich in der genauen Definition des Begriffs „öffentliche Gewalt".

7 — Vgl. in der jüngeren Rechtsprechung u. a. Urteile vom 12. September 2006, Cadbury Schweppes und Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, Slg. 2006, I-7995, Randnrn. 61 ff.), und vom 3. Oktober 2006, Fidium Finanz (C-452/04, Slg. 2006, I-9521, Randnr. 46). Zu dem Grundsatz und seiner Rolle als Abwägungsregel im Rahmen der Freiheiten vgl. auch Tridimas, T., *The General Principles of EU Law*, 2. Aufl., Oxford 2006, S. 193, und Galetta, D.-U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Mailand 1998, S. 103.

32. Wie ich bereits in meinen Schlussanträgen in den Rechtssachen C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 und C-61/08 dargelegt habe, können der Rechtsprechung derzeit nur wenige Gesichtspunkte zur näheren Bestimmung des Wesens oder der Beschaffenheit der „öffentlichen Gewalt" im Sinne der hier in Rede stehenden Vorschrift entnommen werden [8].

33. Für die Definition dessen, was die öffentliche Gewalt im Sinne des Art. 45 Abs. 1 EG ist [9], lässt es sich nicht vermeiden, von einem bestimmten *Vorverständnis* der Idee der öffentlichen Gewalt als allgemeiner Kategorie der Staatstheorie auszugehen, in das sich die Union als eine Staatengemeinschaft notwendig begrifflich einfügt [10].

34. In diesem Sinne ist „öffentliche Gewalt" vor allem „Gewalt", d. h. die Fähigkeit zur Erzwingung einer einem unwiderstehlichen Willen entsprechenden Verhaltensweise. Im Sinne einer friedfertigen Akzeptanz und in ihrem höchsten Ausdruck kommt diese Fähigkeit ausschließlich dem Staat zu, d. h. der Einrichtung, in der sich die Rechtsordnung als Instrument der Verwaltung und Anordnung legitimer Gewalt verkörpert [11]. Öffentliche Gewalt ist somit die Gewalt des Souveräns *qui superiorem non recognoscens in regno suo*.

35. Dies bedeutet, dass es im Staat nicht mehr legitime Zwangsgewalt gibt als die, welche die öffentliche Gewalt ausübt, sei es im Interesse der Existenz des Staates und der Verwirklichung seiner Ziele (allgemeines Interesse), sei es im Dienste der berechtigten Erwartungen der Privatpersonen hinsichtlich ihres Verhaltens untereinander (privates Interesse). Im letztgenannten Fall geschieht dies stets unter Wahrung der zuvor festgelegten Bedingungen [12].

8 — Vgl. u. a. die Urteile vom 21. Juni 1974, Reyners (2/74, Slg. 1974, 631), vom 5. Dezember 1989, Kommission/Italien (C-3/88, Slg. 1989, 4035), vom 29. Oktober 1998, Kommission/Spanien (C-114/97, Slg. 1998, I-6717), vom 9. März 2000, Kommission/Belgien (C-355/98, Slg. 2000, I-1221), vom 31. Mai 2001, Kommission/Italien (C-283/99, Slg. 2001, I-4363), vom 13. Dezember 2007, Kommission/Italien (C-465/05, Slg. 2007, I-11091), und vom 22. Oktober 2009, Kommission/Portugal (C-438/08, Slg. 2009, I-10219).

9 — Überdies werden in dessen verschiedenen Sprachfassungen unterschiedslos zwei Begriffe verwendet, die in theoretischer Hinsicht gewisse Nuancen aufweisen können, nämlich der Begriff der „autoridad", „autorité" oder „authority" einerseits und der der „öffentlichen Gewalt" andererseits. Der erstgenannte Begriff wird etwa in der französischen Fassung („l'exercice de l'autorité publique"), der englischen Fassung („the exercise of official authority"), der portugiesischen Fassung („exercício da autoridade pública"), der rumänischen Fassung („exercitării autorității publice") und der maltesischen Fassung („l eżerċizzju ta' l-awtorità pubblika") verwendet, während der Ausdruck „öffentliche Gewalt" in der spanischen Fassung („ejercicio del poder público"), der deutschen Fassung („Ausübung öffentlicher Gewalt"), der italienischen Fassung („esercizio dei pubblici poteri") und der schwedischen Fassung („utövandet av offentlig makt") bevorzugt wird.

10 — Auch wenn das letzte Wort bei der Ausformung dieses Begriffs in Einklang mit dem Unionsrecht in dem richtigen Sinne stehen muss, in dem der Gerichtshof als höchste Instanz der Auslegung dieses Rechts dieses im Einzelnen konturiert, wobei er als Ausgangspunkt stets die verschiedenen nationalen Herangehensweisen an den fraglichen Begriff wählt, vgl. statt aller Schlag, M., Art. 45, *EU-Kommentar* (hrsg. v. J. Schwarze), 2. Aufl., Baden-Baden 2009.

11 — Vgl. statt aller in einem unübersehbaren Schrifttum Passerin d'Entreves, A., *La dottrina dello Stato*, Turin 1962.

12 — Dabei bleibt offenkundig der Fall des Gewaltmonopols eines anderen Staates außer Betracht, der mit dem ersten Staat unter Wahrung der durch das Völkerrecht abgegrenzten jeweiligen Souveränitätssphäre koexistiert.

36. Gewiss bildet der Zweck, dem die vom Staat monopolisierte und verwaltete Gewalt dient, ein erstes Kriterium für die Grenzziehung zwischen öffentlicher Gewalt und Privatpersonen.

37. In diesem Sinne ist das traditionell üblichste Kriterium zur Identifizierung der öffentlichen Gewalt das der Fähigkeit öffentlicher Gewalt zur einseitigen Durchsetzung ihres Willens, d. h., ohne dass es der Zustimmung des Verpflichteten bedarf. Hingegen kann der Einzelne seinen Willen gegenüber einem anderen Einzelnen nur mit dessen Zustimmung realisieren.

38. Verfolgt man diese Überlegungen weiter, so ist die Qualität des modernen Staates als eine wesentlich elaboriertere Form der Trägerschaft von Macht als die früher bekannten zu berücksichtigen. Letztere blieben reduziert auf die Verwaltung des physischen Zwangs mittels überaus vereinfachter Verfahren zur Festlegung der Voraussetzungen für die Zwangsausübung. Um dem Phänomen der öffentlichen Gewalt in seiner ganzen Komplexität gerecht zu werden, ist es darum heute praktisch unumgänglich, sich eines Begriffs der öffentlichen Gewalt zu bedienen, der von der Logik der Rechtsordnung her konzipiert ist, in der diese Gewalt ausgeübt wird.

39. Aus dieser Perspektive stellt die Rechtsordnung ein Verfahren zur Gestaltung der Ausübung legitimer Gewalt dar, das gegebenenfalls zu deren Anwendung in einer konkreten Situation führen kann. Verhält es sich so, ist nichts einzuwenden gegen die Auffassung, dass die Handlungen, die die Rechtsordnung letztlich setzt (nämlich dort, wo das Verfahren der legitimen Gewalt mit einer Handlung endet, die dieses Verfahren abschließt und zu einem endgültigen Stand führt), als ihr vollkommenster Ausdruck erscheinen [13].

40. Nach diesem Gedankengang ist das entscheidende Kriterium für die Einstufung einer Handlung als von der öffentlichen Gewalt abgeleitet somit das der Art ihres Verhältnisses zur Staatsordnung. Konkret wäre die Qualität einer Tätigkeit nach dem Kriterium ihrer Einbettung in diese Rechtsordnung (ihrer *Zugehörigkeit* zu dieser) als eine Teilhabe an der Ausübung öffentlicher Gewalt zum Ausdruck bringend zu werten. Das Kriterium wäre somit nicht das ihrer bloßen Übereinstimmung mit dieser Rechtsordnung, sondern das ihrer Eingliederung als Handlung der Rechtsordnung [14].

13 — Vgl. zum Verständnis der Rechtsordnung als eine Folge von Ableitungen, die auf eine positive Grundnorm zurückgeführt werden können, in der paradigmatisch die souveräne Gewalt Ausdruck findet, Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien 1960.

14 — Deshalb bedarf es für die Feststellung, ob eine bestimmte Tätigkeit an der Ausübung öffentlicher Gewalt teilhat oder nicht, keiner Bemühungen um ihre Zuordnung zu einer der drei staatlichen Gewalten und/oder Funktionen, d. h. der Legislative, Exekutive oder Judikative, insbesondere Letzterer, wie sie sich in dem kontradiktorischen Vorbringen im vorliegenden Verfahren beobachten ließen.

41. Unter diesem Blickwinkel kann die Judikative als der charakteristischste Ausdruck der öffentlichen Gewalt angesehen werden. Mit ihren Entscheidungen nämlich spricht sie endgültig Recht, und in diesem Sinne verschmilzt die Rechtsordnung mit diesen [15]. Aus dem gleichen Grund lässt sich aber auch sagen, dass Handlungen, die diese Bedingung erfüllen können, öffentliche Gewalt sind, ohne dass es der *iurisdictio* bedarf. Zunächst ist das Gesetz *per se* vollstreckbar, und ebenfalls gilt dies für Verwaltungsvorschriften oder hoheitliche Anordnungen. Es handelt sich stets um Handlungen oder Vorschriften, die der gerichtlichen Überprüfung unterliegen, aber in keinem Fall einer *Ermächtigung* bedürfen, um unmittelbar ihre Wirkungen zu entfalten.

42. Nach dem Vorstehenden ist klar, dass kein Privater zu Rechtshandlungen in der Lage ist, die gegenüber einem Dritten durchgesetzt werden können, es sei denn, mittels des Tätigwerdens der öffentlichen Gewalt. Ist die Zwangsausübung durch Private einmal ausgeschlossen, erfordert die Durchsetzung des eigenen Rechts stets eine öffentliche Ermächtigung. Die öffentliche Gewalt ist in diesen Fällen nicht darauf beschränkt, eine Handlung zu *überprüfen*, die aus sich selbst heraus eine einen Dritten bindende Wirkung hervorbringen kann, wie es bei Handlungen der Verwaltung, Regierung oder gesetzgebenden Gewalt der Fall ist. Vielmehr wird die öffentliche Gewalt in diesen Fällen stets als diejenige Autorität tätig, durch die die Verpflichtung, die ein Privater gegenüber einem Dritten geltend macht, *konstituiert* wird. Es handelt sich hier um Verpflichtungen, die aus einer Willensübereinstimmung (Vertrag/Dispositionsgrundsatz) hervorgegangen sein können, aber ihre Erfüllung einzufordern steht dem Einzelnen nicht zu Gebote, es sei denn vermittelt durch staatliches Handeln.

43. Aus allem Vorstehenden ist daher, stets mit dem im vorliegenden Fall gebotenen Abstraktionsgrad, der Schluss zu ziehen, dass unter den Merkmalen, die für die öffentliche Gewalt in den verschiedenen nationalen Traditionen kennzeichnend sind, auf dasjenige abzustellen ist, das seinen Ausdruck in ihrer Fähigkeit findet, eine Handlung, Vorschrift oder Verhaltensweise mittels der Rechtsordnung dem formalisierten Staatswillen zuzuordnen. Denn dies ist ein kleinster gemeinsamer Nenner, in dem alle diese Traditionen übereinstimmen, die in der Möglichkeit, einen Einzelwillen dem allgemeinen Staatswillen zuzuordnen, das entscheidende Kriterium sehen, um die Grenzlinie zu ziehen, die den Bereich des Öffentlichen von dem der Privatpersonen trennt.

44. Die vorstehenden Überlegungen erlauben es, die durch die notarielle Tätigkeit aufgeworfene zentrale Frage mit etwas größerer Sicherheit anzugehen.

45. Im Licht der vorstehenden Ausführungen ist einzuräumen, dass das portugiesische

15 — Merkl, A., *Die Lehre von der Rechtskraft*, Leipzig, 1923.

Notariat mit der Beurkundung unmittelbar und spezifisch eine Tätigkeit mit öffentlichem Charakter in dem Sinne ausübt, dass es damit Privatpersonen vorwegnehmend eine Ermächtigung erteilt, ihr eigenes Recht auszuüben, das sie andernfalls von Fall zu Fall einfordern müssten. Das notarielle Tätigwerden entbindet von der Notwendigkeit, eine andere öffentliche Stelle darum zu ersuchen, tätig zu werden, wenn der vom Notar beurkundete Vorgang geltend gemacht werden soll, und verleiht dadurch der Urkunde einen erhöhten, nämlich öffentlichen rechtlichen Wert, der nur vor Gericht in Frage gestellt werden kann (wie dies im Übrigen für jeden Akt der öffentlichen Gewalt gilt). Offenkundig ist nicht die Immunität gegenüber gerichtlicher Kontrolle, die es in einem Rechtsstaat nicht geben kann, die entscheidende Eigenschaft öffentlicher Gewalt, sondern die für ihre eigenen Handlungen geltende erhöhte Rechtmäßigkeitsvermutung und infolgedessen ein gewisses Anforderungsniveau, was die Voraussetzungen für deren Überprüfung angeht.

46. Es ist offensichtlich, dass der Notar weder Zwang ausübt noch einseitig Verpflichtungen auferlegt. Aber wie wir gesehen haben, ist dies nicht das einzige maßgebliche Kriterium für die Einordnung als öffentliche Gewalt. Die Beurkundung verleiht den Handlungen Privater öffentlichen Charakter in dem Sinne, dass sie ihnen vorwegnehmend einen rechtlichen Wert verleiht, für dessen Erlangung sich die Privaten ohne seine Mitwirkung notwendig an einen (anderen) Träger öffentlicher Gewalt hätten wenden müssen, um diese Handlungen rechtlich wirksam werden zu lassen. Es handelt sich, wenn man so will, um eine öffentliche Gewalt, die auf dem den Privatpersonen am nächsten gelegenen Terrain tätig wird, dem — anders benannt — der Privatautonomie. Seine öffentliche Dimension ist jedoch unbestreitbar, bedenkt man seine Eignung, das bloß Private in Öffentliches zu verwandeln und ihm so die öffentlicher Gewalt innewohnende Durchsetzungskraft zu verleihen.

47. Eine andere Frage ist es, dass die notarielle Tätigkeit infolge ihrer, wenn man so will, nur schwächeren Verbindung mit der Ausübung öffentlicher Gewalt im strikten Sinne (durch Verknüpfung mit den Befugnissen der souveränen Gewalt) weniger strengen Voraussetzungen unterliegen kann als die Tätigkeit von Hoheitsträgern, die in höherem Maße daran teilnehmen, der Souveränität Ausdruck zu geben.

48. Infolgedessen bin ich, soweit die Beurkundung dieser Funktion entspricht, der Auffassung, dass es sich um eine Tätigkeit handelt, die unmittelbar und spezifisch an der Ausübung öffentlicher Gewalt teilnimmt, indem sie Handlungen, Verfügungen und Verhaltensweisen, die sonst nicht mehr rechtlichen Wert hätten als die Äußerung eines privaten Willens, eine eigene Qualität verleiht.

49. Da die Beurkundung in der Portugiesischen Republik den unabtrennbaren Kern der notariellen Tätigkeit darstellt, ist festzustellen, dass der Notarberuf allgemein und als Ganzes unmittelbar und spezifisch an der Ausübung öffentlicher Gewalt teilnimmt [16].

B — *Die Anwendbarkeit der Richtlinie 2005/36 auf den Beruf des Notars*

50. Laut dem 41. Erwägungsgrund der Richtlinie 2005/36 „berührt [diese] nicht die Anwendung des Art. 39 Abs. 4 und des Art. 45 des Vertrags, insbesondere auf Notare". Trotz der Unklarheit dieser Formulierung will der Gesetzgeber damit offenbar implizit zu verstehen geben, dass die Antwort auf die Frage, ob der Notarberuf unter den Art. 45 Abs. 1 EG fällt, die Antwort auf die Frage *nach sich zieht*, ob die Richtlinie auf diesen Beruf anwendbar ist.

51. Die Kommission führt in ihrer Klageschrift zutreffend aus, dass der 41. Erwägungsgrund der Richtlinie 2005/36 nicht als Anhaltspunkt für die Auslegung von Art. 45 Abs. 1 EG herangezogen werden könne. Die Ausführungen der Richtlinie hierzu seien nämlich für die Frage, ob die notarielle Tätigkeit als öffentliche Gewalt einzustufen sei, nicht ausschlaggebend. Die Kommission räumt jedoch ein, dass nach diesem Erwägungsgrund Art. 43 EG und Art. 45 Abs. 1 EG anzuwenden seien, wenn eine Tätigkeit mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sei. Laut der Klageschrift der Kommission sind daher die Bestimmungen der Richtlinie 2005/36 nicht anzuwenden, wenn eine Tätigkeit wie die des Notars — nicht abstrakt, sondern im Licht der konkreten Umstände des Falles betrachtet — mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist.

52. Aus den in den Nrn. 45 bis 48 der vorliegenden Schlussanträge dargestellten Gründen bin ich der Ansicht, dass das portugiesische Notariat, wie es am 18. Dezember 2006 ausgestaltet war, unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden war. Ich stimme der Kommission daher zu; im Ergebnis ist die Richtlinie 2005/36 als auf die notarielle Tätigkeit in Portugal zum genannten Zeitpunkt nicht anwendbar anzusehen.

53. Die Portugiesische Republik hat insbesondere in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht, der Notarberuf sei mehrfach reformiert worden, um den Wettbewerb in diesem Sektor zu stärken. Die Bevollmächtigte der Portugiesischen Republik hat dem Gerichtshof dazu mitgeteilt, der portugiesische Gesetzgeber habe die Notwendigkeit der Einschaltung eines Notars für einen sehr

16 — Vgl. Urteil Reyners, oben in Fn. 8 angeführt.

erheblichen Teil der Rechtsakte, für die zuvor das Tätigwerden eines Notars erforderlich gewesen sei, beseitigt, und diese könnten nunmehr auch vor anderen Fachleuten vorgenommen werden. All dies könnte ausreichen, um möglicherweise zu einer anderen Beurteilung der notariellen Tätigkeit als in den vorliegenden Schlussanträgen zu gelangen. Im vorliegenden Verfahren sind diese Änderungen jedoch nicht zu berücksichtigen, da der maßgebliche Beurteilungszeitpunkt durch die Frist bestimmt wird, die die Kommission dem beklagten Staat zur Abstellung der in der mit Gründen versehenen Stellungnahme genannten Vertragsverletzungen eingeräumt hat. Wie bereits oben erwähnt, ist dieser Zeitpunkt der 18. Dezember 2006.

54. Ferner bedeutet der Umstand, dass nach den vorliegenden Schlussanträgen das portugiesische Notariat mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist, nicht, dass damit die Diskussion über die Auswirkungen von Art. 43 EG und Art. 45 Abs. 1 EG auf die notarielle Tätigkeit in Portugal bereinigt wäre. Wie ich in meinen Schlussanträgen in den Rechtssachen C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 und C-61/08 vertreten habe, bringt die Feststellung, dass eine Tätigkeit mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist, mit sich, dass eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im Licht von Art. 43 EG und Art. 45 Abs. 1 EG vorzunehmen ist. Im vorliegenden Verfahren hat die Kommission jedoch nur einen die Richtlinie 2005/36 betreffenden Klagegrund geltend gemacht, so dass eine Prüfung der vorliegenden Rechtssache unter dem erwähnten Gesichtspunkt ausgeschlossen ist.

55. Die Klage ist daher abzuweisen.

VI — Kosten

56. Nach Art. 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Kommission mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, sind ihr entsprechend dem Antrag der Portugiesischen Republik die Kosten aufzuerlegen.

57. Nach § 4 Abs. 1 dieses Artikels tragen die Tschechische Republik, die Republik Litauen, die Republik Slowenien, das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland sowie die Slowakische Republik, die dem Rechtsstreit als Streithelferinnen beigetreten sind, ihre eigenen Kosten.

VII — Ergebnis

58. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor,

1. die Klage abzuweisen;

2. der Europäischen Kommission die Kosten aufzuerlegen;

3. auszusprechen, dass die Tschechische Republik, die Republik Litauen, die Republik Slowenien, das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland sowie die Slowakische Republik ihre eigenen Kosten tragen.