B. Binnenmarkt und Notariat

Trotz aller bisher erzielten Erfolge gibt es nach wie vor Lücken im europäischen Binnenmarkt. (Europäische Kommission)[26]*)*

Am Kernthema der EU, dem Aufbau und der Vollendung des Binnenmarkts, führt für alle Marktakteure, seien sie Unternehmer oder Konsumenten, Freiberufler oder Klienten, rechtsberatende Berufe oder Rechtsuchende, kein Weg vorbei. Dies ist verständlich, weil an der ökonomischen und sozialen Wohlfahrt letztlich das Schicksal der Verwirklichung aller anderen Unionsziele hängt. Die gegenwärtige Wirtschafts- und Finanzkrise hat genügend Belege dafür erbracht. Darüber dürfen aber Unionsziele wie Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Menschenrechte oder Gerechtigkeit nicht vergessen werden.

1. Ein komplexes Beziehungsgeflecht

Das Beziehungsschema „Binnenmarkt und Notariat" ist komplex. Das Thema Binnenmarkt führt zur Befassung mit unterschiedlichen ökonomischen Theoriemodellen, deren Evaluierung und Konfrontation mit empirischen Analysen. Aus heutiger Sicht bedeutet dies, sich in die Forschungsergebnisse der Institutionen- und Wohlfahrtsökonomik einzulassen. Binnenmarkt ist Thema der Wirtschaftspolitik in ihren vielfältigen Varianten. Und – hier schließt sich der Bogen zum Notariat – Binnenmarkt ist auch eine juristische Agenda. Notariat, das ist Rechtsvorsorge in reglementierten Bahnen, Rechtsstaatlichkeit, Bindung an das Gesetz, Zugang zum Recht, Rechtsberatung unter hohem Qualitätsanspruch, Orientierungs- und Realisierungssicherheit. Voraussetzung hierfür ist eine vertrauensvolle Beziehung zwischen Notar und Klienten. Das Profil des Notariats ist der Grund für die Reglementierung des Berufs, um seine ihm übertragenen öffentlichen Aufgaben unabhängig, objektiv und weisungsfrei erfüllen zu können, wie dies den Institutionen der staatlichen Rechtspflege in einem Rechtsstaat zukommt.

Die Reglementierung des Marktzugangs und des Marktverhaltens stellt nach Ansicht der Verfechter des idealtypisch liberalen Marktmodells ein Regulativ dar, das die freie Entfaltung der Marktkräfte hemmt, zum Schaden der dort auftretenden Akteure. Dies gilt nicht nur für das Notariat, sondern auch für andere unter besonderer berufsrechtlicher Bindung stehende freie Berufe, zu denen außer den Notaren in Österreich Apotheker, Architekten, Ärzte, In-

---

[26]) EK (2014-1) 12.

genieurkonsulenten, Patentanwälte, Rechtsanwälte, Tierärzte, Wirtschaftstreuhänder und Zahnärzte zählen.[27]) Die EU-Kommission steht grundsätzlich regulierenden Eingriffen in Mechanismen des Marktes ablehnend gegenüber. Sie definiert als „Hüterin der Verträge" den Binnenmarkt als „einen einheitlichen Markt, der durch den freien Verkehr von Waren, Dienstleistungen, Kapital und Personen gekennzeichnet ist und innerhalb dessen die europäischen Bürger sich ungehindert niederlassen und einer Arbeit, einer Ausbildung oder einer unternehmerischen Tätigkeit nachgehen können. „Die EU-Kommission verweist darauf, dass sich der Binnenmarkt seit seiner Schaffung im Jahr 1993 immer stärker für den Wettbewerb geöffnet habe. Er „hat neue Arbeitsplätze entstehen lassen, zur Festsetzung niedrigerer Verbraucherpreise geführt und es Unternehmen wie Bürgern ermöglicht, aus einem breiten Angebot von Produkten und Dienstleistungen zu wählen. Die Union arbeitet auf eine weitere Vereinfachung von nach wie vor bestehenden Regelungen hin, die Bürger und Unternehmen daran hindern, die Vorteile des Binnenmarktes in vollem Umfang zu nutzen."[28])

Die Basis für die Politik der EU-Kommission sind die „Verträge" über die EU und deren Arbeitsweise. Für das Notariat bedeutet dies, sich mit den einschlägigen Unionszielen auseinanderzusetzen: mit der Schaffung eines europäischen Rechtsraums („Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen") und mit der Schaffung eines Binnenmarkts. Diese Ziele sind in Art 3 Abs 2 und 3 EUV vorgegeben und verweisen ua auf den freien Personenverkehr, Wettbewerbsfähigkeit, soziale Gerechtigkeit und das kulturelle Erbe Europas.[29]) Bedeutsam ist ferner die Charta der Grundrechte der EU und der derzeit verhandelte Beitritt der EU zur Europäischen Konvention zum

---

[27]) Zu freien Berufen Näheres im Kapitel III B.

[28]) http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/index_de.htm; vgl auch *Juncker,* Ein neuer Start für Europa: Meine Agenda für Jobs, Wachstum, Fairness und demokratischen Wandel, http://ec.europa.eu/priorities/docs/pg_de.pdf (Zugriffe 14. 10. 2014) und EU-Kommission, Commission Work Programme 2015 (2014) http://ec.europa.eu/priorities/work-programme/index_en.htm (Zugriff 22. 12. 2014).

[29]) Art 3 Abs 2 EUV: Die Union bietet ihren Bürgerinnen und Bürgern einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen, in dem – in Verbindung mit geeigneten Maßnahmen in Bezug auf die Kontrollen an den Außengrenzen, das Asyl, die Einwanderung sowie die Verhütung und Bekämpfung der Kriminalität – der freie Personenverkehr gewährleistet ist.

Art 3 Abs 3 EUV: Die Union errichtet einen Binnenmarkt. Sie wirkt auf die nachhaltige Entwicklung Europas auf der Grundlage eines ausgewogenen Wirtschaftswachstums und von Preisstabilität, eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt, sowie ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität hin. Sie fördert den wissenschaftlichen und technischen Fortschritt.

Sie bekämpft soziale Ausgrenzung und Diskriminierungen und fördert soziale Gerechtigkeit und sozialen Schutz, die Gleichstellung von Frauen und Männern, die Solidarität zwischen den Generationen und den Schutz der Rechte des Kindes.

Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gem Art 6 Abs 2 u 3 EUV.[30]) Art 15 Abs 2 der Charta sieht vor, dass alle Unionsbürgerinnen und Unionsbürger die Freiheit haben, in jedem Mitgliedstaat Arbeit zu suchen, zu arbeiten, sich niederzulassen oder Dienstleistungen zu erbringen. Für das Notariat ist ua Art 38 der Charta von Bedeutung, in dem es heißt, „die Politik der Union stellt ein hohes Verbraucherschutzniveau sicher".

2. Niederlassung und Dienstleistung

Zwischen der EU-Kommission und der überwiegenden Zahl der Mitgliedstaaten mit Notariat lateinischer Prägung war die Frage der uneingeschränkten Niederlassungsfreiheit für Notare lange Zeit umstritten. Kernpunkt der Auseinandersetzung war Art 51 AEUV, wonach nach der Rechtsauffassung der Mehrzahl der Mitgliedstaaten das Kapitel über die Niederlassungsfreiheit des AEUV für das Notariat keine Anwendung finden könne. Das sollte bedeuten, dass für den Zugang zum Notarenberuf die Staatsangehörigkeit des jeweiligen Mitgliedstaates erforderlich sein sollte. Fast alle nationalen Berufsgesetze für das Notariat sahen dementsprechende Bestimmungen vor.

Über Anrufung der EU-Kommission hat sich der EuGH im Jahr 2011 mit einer Reihe von Entscheidungen zu dieser Frage geäußert und für Recht erkannt, dass die Aufstellung einer Staatsangehörigkeitsvoraussetzung für den Zugang zum Beruf des Notars einen Verstoß gegen Art 43 EG (nunmehr Art 49 AEUV) darstelle.[31])

Der EuGH hat aber auch 1995 unter Berufung auf ein Urteil aus 1977 entschieden, dass die Aufnahme und Ausübung einiger selbständiger Tätigkeiten von der Beachtung bestimmter durch das Allgemeininteresse gerechtfertigter Rechts- und Verwaltungsvorschriften, wie der Vorschriften über Organisation, Qualifikation, Standespflichten, Kontrolle und Haftung, abhängig gemacht werden könnten. Diese Vorschriften könnten insbesondere vorsehen, dass die Ausübung einer spezifischen Tätigkeit je nach Lage des Falls den Inhabern eines Diploms, Prüfungszeugnisses oder sonstigen Befähigungsnach-

---

Sie fördert den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt und die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten.

Sie wahrt den Reichtum ihrer kulturellen und sprachlichen Vielfalt und sorgt für den Schutz und die Entwicklung des kulturellen Erbes Europas.

[30]) Art 6 Satz 1 EUV: Die Union erkennt die Rechte, Freiheiten und Grundsätze an, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg angepassten Fassung niedergelegt sind; die Charta der Grundrechte und die Verträge sind rechtlich gleichrangig.

Der EuGH hat in seinem von der EU-Kommission eingeholten Gutachten 2/13 vom 18. 12. 2014 festgestellt, dass die Entwürfe vom 5. 4. 2014 über eine Übereinkunft über den Beitritt der EU zur EMRK mit Art 6 Abs 2 EUV und dem Protokoll (Nr 8) zu Art 6 Abs 2 EUV über den Beitritt der Union zur EMRK nicht vereinbar sind.

[31]) Siehe zB EuGH C-53/08, *Kommission/Österreich,* Urteilstenor.

weises, den Angehörigen eines bestimmten Berufsstands oder den Personen, die einer bestimmten Ordnung oder Kontrolle unterliegen, vorbehalten sei. Sie könnten auch die Voraussetzungen für die Verwendung von Berufsbezeichnungen wie des „avvocato" vorschreiben.[32])

In seinen Urteilen vom 24. 5. 2011 hat der EuGH festgestellt, dass mit notariellen Tätigkeiten im Allgemeininteresse liegende Ziele verfolgt würden und dies einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstelle, der etwaige Beschränkungen von Art 43 EG rechtfertigen könne, die sich aus den Besonderheiten der notariellen Tätigkeit ergeben würden. Der Gerichtshof verweist ua auf das Verfahren zur Bestellung der Notare, die Beschränkung ihrer Zahl und ihrer örtlichen Zuständigkeit.[33]) Damit eröffnet sich die Möglichkeit der vertragskonformen Beschränkung der Niederlassungsfreiheit für Notare, zB durch Prüfungen oder Praxiszeiten, wenn die Beschränkungen zur Zielerreichung geeignet und erforderlich sind. Diese Feststellungen haben auch Auswirkungen auf die Frage der Dienstleistungsfreiheit und auf die Wettbewerbsregeln der Union. Der Gerichtshof hat nämlich gleichzeitig auf die Rechtfertigungsgründe der Beschränkung der Unvereinbarkeit von Ämtern und der „Regelung ihrer Bezüge" hingewiesen.

Ob Notare Dienstleistungsfreiheit im Binnenmarkt genießen sollen, wurde in der Dienstleistungsrichtlinie damit beantwortet, dass Notare von der Anwendung der Richtlinie ausgenommen sind.[34]) Von der Anwendung der Berufsqualifikationsrichtlinie, die ebenfalls Bestimmungen über Dienstleistungen im Binnenmarkt enthält, sind „durch Hoheitsakt bestellte Notare" ebenfalls ausgenommen.[35]) Andere Rechtsberufe sind von der Richtlinie nur insoweit betroffen, als die sektoralen Richtlinien 77/249/EWG[36]) und 98/5/EG[37]) nicht anwendbar sind. Der Ausnahme der Notare von der Anwendung der

---

[32]) EuGH Rs 71/76, *Thieffry* Rz 12, EuGH RS C-55/94, *Gebhard* Rz 35.

[33]) Siehe zB EuGH C-53/08 *Kommission/Österreich* Rz 96. Gleichlautende Entscheidungen ergingen gegen Belgien (EuGH C-47/08), Frankreich (EuGH C-50/08), Luxemburg (EuGH C-51/08), Deutschland (EuGH C-54/08), Griechenland (EuGH C-61/08), Portugal (EuGH C-52/08) und die Niederlande (EuGH C-157/09).

[34]) Art 2 Abs 2 lit l der RL 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt.

[35]) Art 2 Abs 4 RL 2013/55/EU zur Änderung der RL 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen [...]. Das hier eingeführte Erfordernis der Bestellung der Notare durch Hoheitsakt stellt eine bemerkenswerte Differenzierung in der Bewertung von notariellen Berufsbildern durch den Unionsgesetzgeber dar, weil es in einzelnen Mitgliedstaaten Berufe mit der Bezeichnung Notar gibt, denen die hoheitliche Bestellung ermangelt.

[36]) RL 77/249/EWG zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte.

[37]) RL 98/5/EG zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde.

Berufsqualifikationsrichtlinie ging eine intensive Debatte in Parlament und Rat voraus, die von den gegensätzlichen Positionen der EU-Kommission einerseits und der Vertreter der Notariate lateinischer Prägung andererseits maßgeblich bestimmt war. Der Vorschlag der EU-Kommission[38]) sah nämlich diese Ausnahme nicht vor.

3. Öffentliche Aufgaben – öffentliche Gewalt

Die Gesetzgebungen der EU-Mitgliedstaaten sehen – in unterschiedlicher Regelungsdichte – Beschränkungen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit für Notare vor, die ihre Begründung in den öffentlichen Aufgaben der Notare im Rahmen staatlicher Rechtspflege finden.

Österreich forderte bis zum Jahr 2011 für den Zugang zum Notarberuf die österreichische Staatsbürgerschaft. Fast alle anderen EU-Mitgliedstaaten mit Notariat lateinischer Prägung bestanden ebenfalls auf ihrer Staatsbürgerschaft für Notare. Aufgrund des zitierten Urteils des EuGH vom 24. 5. 2011 wurde in Österreich diese Bedingung für die Berufszulassung erweitert auf Bürger der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Gleichzeitig besagt nunmehr die Notariatsordnung, dass Notarinnen und Notare in Ausübung öffentlich-rechtlicher Tätigkeiten öffentliche Aufgaben besorgen.[39]) Der bedauerliche Fehlgriff des Gesetzgebers, von seiner bisherigen Feststellung abzugehen, nämlich dass Notare in Ausübung öffentlicher Gewalt handeln, wird in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage lapidar – ohne weitere Begründung – damit erklärt, dies könne „im Lichte der Urteilsbegründung des EuGH nicht mehr aufrecht erhalten werden". Dies ist unverständlich, weil der EuGH im zitierten Urteil nur feststellt, dass die Beurkundungstätigkeit der Notare „*im Sinne von Art. 45 Abs. 1 EG*" mit einer unmittelbaren und spezifischen Ausübung öffentlicher Gewalt nicht verbunden sei.[40]) Die wörtlich gleichlautende Feststellung trifft der EuGH auch in den anderen in FN 33 genannten Urteilen zum Staatsbürgerschaftsvorbehalt für Notare. Dennoch rüttelte zB der deutsche Gesetz-

---

[38]) KOM (2011) 883 endg 19. 12. 2011.

[39]) § 6 Abs 1 NO: Voraussetzungen für die Ernennung zum Notar sind: 1. die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. […]; § 1 Abs 3 NO: Unbeschadet des Art. 51 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union besorgen Notarinnen und Notare, die auf Grund gesetzlicher Bestimmungen öffentlich-rechtliche Tätigkeiten ausüben, öffentliche Aufgaben. (Änderung durch BGBl I 2011/104).

[40]) EuGH C-53/08, *Kommission/Österreich* Rz 91.

geber nicht an der Eigenschaft des Notars als Träger eines öffentlichen Amtes.[41]) Diese Haltung wurde vom deutschen Bundesverfassungsgericht bestätigt.[42])

Immerhin stellen auch Ökonomen fest, dass der Notar lateinischer Prägung als Träger eines öffentlichen Amtes mit öffentlichen Aufgaben betraut sei, insbesondere mit der Errichtung öffentlicher Urkunden, „die in der Regel einen vollen Beweis der beurkundeten Erklärungen oder sonstigen Vorgänge" begründen und „in besonderen Fällen [...] notarielle Urkunden darüber hinaus vollstreckbar wie rechtskräftige Urteile" sind.[43])

Für das Notariat erweist sich dieser Dualismus zwischen Unionsrecht und mitgliedstaatlichem Recht in Theorie und Praxis als bedeutende Herausforderung. Für die der Rechtsetzungskompetenz der EU zuzuordnenden Rechtsakte und deren unionsrechtlicher Auslegung ist der Notar nicht Träger öffentlicher Gewalt „*im Sinne von Art 45 Abs 1 EG*".[44]) Die Formulierung „*im Sinne von Art 45 Abs 1 EG*" wurde offenkundig vom EuGH sehr vorsichtig gewählt, ist ihm doch ein Eingriff in das Organisationsrecht der Mitgliedstaaten verwehrt. Diesen bleibt es vorbehalten, die Tätigkeit der Notare lateinischer Prägung als Ausübung öffentlicher Gewalt zu definieren bzw als Besorgung öffentlicher Aufgaben in Ausübung öffentlich-rechtlicher Tätigkeiten (was nichts anderes ist als eine euphemistische Umschreibung der Ausübung innerstaatlicher öffentlicher Gewalt, wie sich aus gesetzlichen Kompetenzen des Notars, zB des österreichischen zwingend ergibt). *Wagener/Eger/Fritz* beschreiben ein Dilemma, für das der Dualismus unionsrechtlicher und mitgliedstaatlicher Reglementierung eines von vielen Beispielen ist: „Für eine Wirtschaftsgemeinschaft, die rechtlich konstituiert ist, spielt der rechtliche Kontext eine zentrale Rolle." Davon seien Primär- und Sekundärrecht und zahlreiche Entscheidungen des EuGH umfasst. So erschließe sich die Vielzahl handfester Konflikte, die bei der Integration der nationalen Volkswirtschaften entstünden. Die Gemeinschaft hätte in den letzten fünfzig Jahren ständig schwierige Abwägungen treffen müssen zwischen der Öffnung der nationalen

---

[41]) § 1 dBNotO: Als unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes werden für die Beurkundung von Rechtsvorgängen und andere Aufgaben auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege in den Ländern Notare bestellt.

[42]) Das dBVerfG hat in einer Entscheidung vom 19. 6. 2012 (G 1 BvR 3017/09 insbes Rz 44–46, 49) – für den deutschen Rechtsbereich – klar gemacht, dass die Verneinung von Art 51 AEUV durch den EuGH nichts an der nationalen Einordnung der notariellen Tätigkeit als hoheitliche Amtstätigkeit ändere, der EuGH hätte an der Einordnung auch nichts ändern wollen.

[43]) *Berrer et al* (2010) 16.

[44]) Nunmehr Art 51 Abs 1 AEUV; siehe zB EuGH C-53/08, *Kommission – Österreich* Rz 119; EuGH C-54/08, *Kommission/Deutschland* Rz 116.

Märkte und der Autonomie der Mitgliedstaaten, eine eigenständige Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik zu führen. Der EuGH konkretisiere den gemeinsamen Markt und die Union.[45])

4. Dienstleistung und Wettbewerb

Die Tätigkeiten der Notare wurden also sekundärrechtlich aus dem Regime der Berufsqualifikationsrichtlinie[46]) und der Dienstleistungsrichtlinie[47]) ausgenommen. Eine gesonderte Richtlinie für notarielle Dienstleistungen, vergleichbar den beiden Richtlinien für den Beruf des Rechtsanwalts, besteht nicht. Die erwähnten EuGH-Urteile vom 24. 5. 2011 haben nur das Erfordernis der Staatsangehörigkeit für den Berufszugang abgeschafft. Damit sind für das Notariat nicht alle Fragen der Reglementierung des Berufs gelöst. Die EU-Kommission hat angekündigt, dass die Dienstleistungsrichtlinie überarbeitet werden solle. Ziel dieser Richtlinie ist es, „die rechtlichen und administrativen Hindernisse für den Handel im Dienstleistungssektor zu beseitigen, damit das ungenutzte Wachstumspotenzial der Dienstleistungsmärkte in Europa freigesetzt wird. Die in der Richtlinie vorgesehenen Vereinfachungsmaßnahmen sollten erheblich das Leben erleichtern, indem sie für KMU und Verbraucher für Transparenz im Binnenmarkt sorgen, wenn sie Dienstleistungen erbringen oder in Anspruch nehmen.“[48]) Die EU-Kommission könnte die Revision der Dienstleistungsrichtlinie zum Anlass nehmen, die Ausnahmebestimmung für Notare in Frage zu stellen.

Die Vollendung des Binnenmarkts ist das Kernstück der wirtschaftlichen Integration der EU-Mitgliedstaaten und der Vertragsstaaten des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum. *Wagener/Eger/Fritz* weisen auf die zentrale Bedeutung der Wettbewerbspolitik für den Binnenmarkt hin. Wettbewerb sei unerlässlich für das Funktionieren des Gemeinsamen Markts. Das Ergebnis des Marktprozesses werde nur dann als einigermaßen fair akzeptiert, wenn dadurch einzelne Marktteilnehmer nicht besonders begünstigt würden. Das setze voraus, dass auf dem Markt möglichst vollständiger Wettbewerb herrsche. Es gebe aber mehrere Gründe dafür, dass Freihandel keine ausreichende Garantie für Wettbewerb sei. Es gebe eben Beschränkungen, Verzerrungen, Begünstigungen und Behinderungen des Wettbewerbs. Wettbewerbspolitik müsse für den gesamten Markt gleiche Bedingungen herstellen.[49]) Gleiche Bedingungen schaffen, das darf nicht nur Regulierung durch Gebote und Verbote heißen. Regulierung heißt auch, Verzerrungen und unfaire Begünstigungen durch gerechtfertigte Ausnahmen und Beschränkungen zu korri-

---

[45]) *Wagener/Eger/Fritz* VII.

[46]) RL 2013/55/EU.

[47]) Art 2 Abs 2 lit l der RL 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt.

[48]) Quelle: http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/index_de.htm (Zugriff 26. 11. 2013)

[49]) *Wagener/Eger/Fritz* 322 ff.

gieren. Dementsprechend haben – entlang der Bruchlinie zwischen Markteffizienz und Marktversagen – die für Regulierungsmaßnahmen geltenden Voraussetzungen der Eignung und Erforderlichkeit in gleicher Weise für deregulierende und „re-regulierende" Markteingriffe zu gelten. Nur damit können unsachliche und unterschiedslose Nivellierung und damit verbundene Wohlfahrtsverluste vermieden werden. Die Urteile des EuGH vom 24. 5. 2011 sind wohl auch unter diesem ökonomischen, im Allgemeininteresse liegenden Aspekt zu lesen.[50])

5. Der Notar – ein Unternehmer?

Das Notariat ist mit der EU-Wettbewerbspolitik konfrontiert, die EU-Kommission stützt sich diesbezüglich auf die primärrechtlichen Bestimmungen der Art 101 und 102 AEUV. Der Rat hat dazu eine Verordnung erlassen.[51]) Das führt zur Frage, ob Notare, die in Österreich zu den unter besonderer berufsrechtlicher Bindung stehenden freien Berufen zählen, Unternehmer im Sinne des EU-Wettbewerbsrechts sind. Dies könnte zweifelhaft sein, weil die Besonderheit des Notarberufs darin liegt, aufgrund der Ausübung öffentlich-rechtlicher Tätigkeiten mit der Besorgung öffentlicher Aufgaben betraut zu sein. Diese Teilhabe an hoheitlicher (öffentlicher) Gewalt, nichts anderes besagt die wegen der EuGH-Urteile vom 24. 5. 2011 kreierte euphemistische Umschreibung des österreichischen Gesetzes, könnte – neben der besonderen berufsrechtlichen Gebundenheit – zu Unsicherheit über die Qualifikation des Notars als Unternehmer führen, obwohl der Notar seinen Beruf technisch und wirtschaftlich nach Art eines freien Berufs[52]) ausübt. Für den österreichischen nationalen Bereich schafft allerdings das UGB[53]) Klarheit. Dort heißt es: Unternehmer ist, wer ein Unternehmen betreibt; ein Unternehmen ist jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.[54]) Daher kann

---

[50]) Siehe zB EuGH C-53/08, *Kommission/Österreich* Rz 96.

[51]) VO (EG) 1/2003 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, zuletzt geändert mit VO (EG) 1419/2006.

[52]) Den freien Berufen werden jene Berufe zugerechnet, deren dauernde auf Erwerb gerichtete Tätigkeiten nach der weithin maßgeblichen Verkehrsanschauung überwiegend wissenschaftlichen, künstlerischen, religiösen, sozialen, lehrenden, heilenden oder rechtswahrenden Charakter haben und die daher nicht zu den Gewerben gezählt werden [*Straube/Rauter,* in *Straube* (Hrsg), 21. Lfg, § 4 Rz 10 samt Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur]. Innerhalb der freien Berufe werden die unter besonderer berufsrechtlicher Bindung stehenden freien Berufe als jene Gruppe bezeichnet, deren Mitglieder in öffentlich-rechtlichen Kammern mit Selbstverwaltung zusammengefasst sind. Entscheidend für die Zuordnung wird die Höchstpersönlichkeit der Tätigkeit gehalten (*Straube/Rauter,* aaO § 4 Rz 9 bis 14). Über die Unterscheidung der Gruppen freier Berufe und über Tätigkeiten, die nach Art eines freien Berufs erbracht werden, siehe Kapitel III B.

[53]) HaRÄG.

[54]) § 1 Abs 1 und 2 UGB.

nicht zweifelhaft sein, dass der österreichische Notar als Unternehmer zu qualifizieren ist. Den österreichischen Freiberuflern wurde allerdings vom Gesetzgeber im ersten Abschnitt des Ersten Buches des UGB zugestanden, dass sie von der Anwendung der weiteren Abschnitte des Ersten Buches[55]) und des Dritten Buches[56]) ausgenommen sind, was aber an ihrer Unternehmereigenschaft nichts ändert. Freiberufler können sich aber durch Eintragung in das Firmenbuch freiwillig dem Ersten Buch unterstellen, sofern dem keine berufsrechtlichen Sonderbestimmungen entgegenstehen.[57]) Für Notare als Mitglieder eines unter besonderer berufsrechtlicher Bindung stehenden freien Berufs finden sich diesbezügliche berufsrechtliche Bestimmungen in der Notariatsordnung.[58]) Mit den teilweisen Ausnahmen von der Anwendung von Bestimmungen des UGB auf die freien Berufe hat der Gesetzgeber eine gewisse Sonderstellung anerkannt, die sich bei den unter besonderer berufsrechtlicher Bindung stehenden freien Berufen insbesondere in der Bindung an berufstypische Regeln für die Berufsausübung und an disziplinarrechtliche Beschränkungen unter disziplinargerichtlicher Sanktion manifestiert. Diese Gebundenheit gründet sich auf den Schutz des unabdingbaren Vertrauensverhältnisses zum Auftraggeber und auf die Gemeinwohlverpflichtung, die sich aus den Berufsgesetzen ergibt.[59])

Nach mitgliedstaatlichem Recht ist also der Notar in Österreich „Unternehmer". Aber auch nach Unionsrecht? Die GD Binnenmarkt und Dienstleistungen definiert die Tätigkeit freier Berufe als solche, die besondere Ausbildung erfordern, wie zB Rechtsanwälte, Notare, Ingenieure, Architekten, Ärzte und Wirtschaftsprüfer. Diese Berufe würden einen integralen Teil der Wirtschaft der EU bilden. Deren Dienstleistungen seien essentiell für Unternehmen und Konsumenten, was Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit anderer Sektoren habe. Einige dieser Berufe seien von nationalen Regierungen und Berufsorganisationen durch Beschränkungen von Berufszugang, Tarifgestaltung, Dienstleistungsstruktur, Vorbehaltsrechten der Berufsangehörigen und Wettbewerb streng reguliert. Da die Berufspraktiker als Unternehmen („under-

---

[55]) Es handelt sich um Bestimmungen über Firmenbuch und Firma (falls von Freiberuflern von der Option der Firmenbucheintragung Gebrauch gemacht wird), Unternehmensübergang und Bevollmächtigung im Handelsverkehr.

[56]) Es handelt sich um Bestimmungen über die Rechnungslegung. Die Ausnahme der Freiberufler von der Anwendung dieser Bestimmungen gilt jedoch nicht, wenn die Einkünfte aus Kapitalgesellschaften und unternehmerisch tätigen Personengesellschaften, bei denen kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, stammen.

[57]) § 4 Abs 2 UGB. Die Bücher 2, 4 und 5 des UGB finden auf freie Berufe Anwendung, es handelt sich um Bestimmungen über Handelsgesellschaften, Rechnungslegung und unternehmensbezogene Geschäfte.

[58]) §§ 22 bis 29 NO.

[59]) Dazu ua *Woschnak* (2011) 369 ff.

takings") zu qualifizieren seien, fänden auf sie die EU-Wettbewerbsregeln Anwendung.[60]) Auf primär- und sekundärrechtliche Bestimmungen wird kein Hinweis gegeben.

In EUV und AEUV finden sich keine Definitionen des Unternehmers oder Unternehmens. Der EuGH hat sich der Sache angenommen. In ständiger Rechtsprechung definiert er ein „Unternehmen" (nunmehr iSd Art 101 und 102 AEUV) als „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung".[61]) Wesentlich ist dabei, dass das Unternehmen am Wirtschaftsleben teilnimmt, in dem Güter oder Dienstleistungen auf einem Markt angeboten werden. Ausschließlich private Tätigkeiten und hoheitliches Handeln sind von den diesbezüglichen Bestimmungen des AEUV auszunehmen.[62]) Mit den Urteilen C-53/08 ua vom 24. 5. 2011 hat der EuGH aber klargestellt, dass er auf unionsrechtlicher Ebene keine der notariellen Tätigkeiten als mit öffentlicher (hoheitlicher) Gewalt verbunden ansieht. Daraus muss man wohl folgern, dass Notare so wie alle Freiberufler auf Ebene des Unionsrechts Unternehmer iSd Art 101 f sind.

Allerdings ist zu beachten, dass gem Art 106 Abs 2 AEUV für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, die Wettbewerbsregeln nur insoweit gelten, als sie nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindern. Um diese (eingeschränkte) Ausnahme von den Wettbewerbsregeln für das Notariat geltend zu machen, bedarf es der Prüfung, ob es sich bei notariellen Dienstleistungen um solche von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse handelt. Folgt man der Auffassung, dass notarielle Dienstleistung die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt fördert, was von einschlägigen ökonomischen Studien belegt wird,[63]) wird man das allgemeine wirtschaftliche Interesse an notariellen Dienstleistungen nicht leugnen können. Damit ist mit Art 106 Abs 2 AEUV eine Rechtfertigungsgrundlage für wettbewerbsbeschränkende Reglementierungen gegeben. Diese nicht unschlüssige Auffassung stimmt überein mit der vom EuGH vorgezeichneten Linie, dass mit notariellen Tätigkeiten im Allgemeininteresse liegende Ziele verfolgt würden.[64]) Dies müsste eine entsprechende Auslegung des Art 106 Abs 2 AEUV durch den EuGH nahelegen. Denn gegenüber der Wendung eines „allgemeine wirtschaftlichen Interesses" umfasst der weitere Begriff „Allgemeininteresse" nicht nur wirtschaftliches, sondern auch rechtliches Allgemeininteresse. Diese Analyse legt es nahe, dass vom mitgliedstaatlichen Gesetzgeber oder von den Notariatskammern dem Wettbewerbsverhalten Grenzen gesetzt werden können. Dies ist nach dem EuGH-

---

[60]) Quelle: http://ec.europa.eu/competition/sectors/professional_services/overview_en.html (Zugriff 28. 11. 2013).

[61]) Vgl EuGH C-41/90, 23. 4. 1991, *Höfner und Elser,* Slg 1991, I-1979.

[62]) Vgl *Wollmann* in *Mayer/Stöger,* Art 101 AEUV, Rz 29.

[63]) Vgl zB *Berrer et al* (2010), *Berrer et al* (2008), *Knieper.*

[64]) EuGH C-53/08, Rz 96 ua.