

Festschrift für Günter Brambring zum 70. Geburtstag

von
Rheinischen Notarkammer

1. Auflage

[Festschrift für Günter Brambring zum 70. Geburtstag – Rheinischen Notarkammer](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Festschriften](#)



Verlag C.H. Beck München 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de

ISBN 978 3 406 62956 3

dieser gedanklichen Annäherung an das Problem des Staatsangehörigkeitsvorbehalts nicht dogmatisches Neuland betreten und im Gegensatz zum Generalanwalt im Rahmen des Art. 51 AEUV nicht in eine Verhältnismäßigkeitsprüfung eintreten – das Ergebnis lag vielmehr aufgrund der vorgenommenen Weichenstellung auf der Hand: Die Anwendung von Art. 49 AEUV ist, so der EuGH, durch Art. 51 AEUV nicht gesperrt, der Staatsangehörigkeitsvorbehalt mithin gemeinschaftsrechtswidrig.

Mit dem Ergebnis, dass Art. 51 AEUV die Tätigkeit der Notare nicht erfasst, da diese nicht ohne Auftrag und gegen den Willen ihrer Klienten handeln können, hat der EuGH Gedanken der Generalanwaltschaft aus dem Jahr 1974 im Verfahren *Reyners* aufgegriffen. Danach musste eine öffentliche Gewalt ausübende Person die Möglichkeit haben, dem Bürger gegenüber von „Sonderrechten, Hoheitsprivilegien und Zwangsbefugnissen“ Gebrauch zu machen. Hieran fehle es, wenn der Notar nur mit dem Willen seiner Klienten, nicht aber gegen diese tätig werden könne.⁵² „Sonderrechte, Hoheitsprivilegien und Zwangsbefugnisse“ hat der EuGH allerdings in der Vergangenheit bereits dann bejaht, wenn sich ein Selbstständiger kraft entsprechender gesetzlicher Ermächtigung oder Beleihung gegenüber einem Bürger einer Handlungsform bedienen kann, die nicht für den Privatrechtsverkehr typisch ist.⁵³ Für den EuGH scheint nunmehr doch die Handlungsform als solche entscheidend zu sein und nicht die logisch nachrangige Frage, inwieweit das Handeln, welcher hoheitlichen Natur es auch immer sein mag, dauerhafte Rechtsfolgen zu begründen vermag.⁵⁴ Für die erhoffte Premiere haben die Notare somit nicht gesorgt: Da auch ihre Tätigkeit nicht als Ausübung öffentlicher Gewalt eingestuft worden ist, hat die Regelung des Art. 51 AEUV auch mehr als fünfzig Jahren nach Inkrafttreten der Vorgängerregelung des Art. 55 EGV weiterhin keinen gesicherten Anwendungsfall.⁵⁵

d) Resümee

Die in Luxemburg erzwungene Aufgabe des Staatsangehörigkeitsvorbehalts kann und wird das deutsche Notariat akzeptieren. Das eigentliche Anliegen der Auseinandersetzungen mit der Kommission war weniger der Erhalt des Staatsangehörigkeitserfordernisses als die Hoffnung auf Bestätigung, dass der Notar in jeder Hinsicht öffentliche Gewalt ausübt. Diese Hoffnungen haben sich zerschlagen. Dass sich die Bundesnotarkammer gleichwohl unverzüglich nach der Veröffentlichung des Urteils unter der Überschrift „Notariatsverfassungen gerechtfertigt – Staatsangehörigkeitserfordernis diskriminierend“ selbstbewusst zu Wort meldete,⁵⁶ ist bei näherer Betrachtung keineswegs das sprichwörtliche „Pfeifen im Walde“. Die

⁵² EuGH Rs. 2/74 = Slg. 1974, 631, 665 (Reyners).

⁵³ Henssler/Kilian (Fn. 25), S. 32.

⁵⁴ Henssler/Kilian (Fn. 25), S. 32.

⁵⁵ Insofern ist Art. 51 AEUV nicht, wie bisweilen geunkt wurde, zu einer „lex notariorum“ (so der spöttisch verwendete Begriff von Basedou, RabelsZ 1991, 409, 425, zur Rechtsauffassung der BNotK) geworden.

⁵⁶ Pressemitteilung der Bundesnotarkammer vom 24. Mai 2011, http://bnotk.de/_downloads/Pressemitteilungen/2011/pm_bnotk_110524.pdf (zuletzt abgerufen am 27. Mai 2011).

zentrale, das deutsche Notariat versöhnlich stimmende Passage des EuGH-Judikats lautet:⁵⁷

„Dass mit den notariellen Tätigkeiten im Allgemeininteresse liegende Ziele verfolgt werden, die insbesondere dazu dienen, die Rechtmäßigkeit und die Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen zu gewährleisten, stellt allerdings einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses dar, der etwaige Beschränkungen von [Art. 49 AEUV] rechtfertigen kann, die sich aus den Besonderheiten der notariellen Tätigkeit ergeben, wie etwa den für die Notare aufgrund der Verfahren zu ihrer Bestellung geltenden Vorgaben, der Beschränkung ihrer Zahl und ihrer örtlichen Zuständigkeit oder auch der Regelung ihrer Bezüge, ihrer Unabhängigkeit, der Unvereinbarkeit von Ämtern und ihrer Unabsetzbarkeit, soweit diese Beschränkungen zur Erreichung der genannten Ziele geeignet und erforderlich sind.“

Kaum anders wäre die künftige europarechtliche Ausgangslage gewesen, hätte sich der EuGH der Sichtweise des Generalanwalts angeschlossen: Auch nach dem vom Generalanwalt vorgeschlagenen Ansatz hätte der Ausschluss von mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbundenen Tätigkeiten von der Niederlassungsfreiheit im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung gerechtfertigt werden müssen. Vergleichbare Erwägungen sind nun nicht im Rahmen des Art. 51 AEUV, sondern im Kontext des Art. 49 AEUV anzustellen. Der EuGH hat insofern betont, dass der Wegfall des Staatsangehörigkeitsvorbehalts nicht bedeute, dass objektive Leistungsanforderungen an die Person eines Bewerbers wie auch sonstige Zugangsvoraussetzungen des nationalen Rechts nicht aufrecht erhalten werden können. Nicht zuletzt deshalb wird auch der Kreis der ausländischen Bewerber sehr klein bleiben. Schließlich bleibt auch die Einordnung der Tätigkeit der Notare im nationalen Recht unberührt: Die Entscheidung des EuGH zur europarechtlichen Norm, die eine „unmittelbare und spezifische Ausübung öffentlicher Gewalt“ verlangt, hat keine unmittelbare Bedeutung für das deutsche Rechtsverständnis, dass Notare im Sinne des nationalen Rechts ein öffentliches Amt ausüben. Dieser Begriff ist deutlich weiter als das Tatbestandsmerkmal der europarechtlichen Norm des Art. 51 AEUV, über das der EuGH allein zu befinden hatte.

2. Sekundärrecht

Im Vertragsverletzungsverfahren rügte die Kommission auch einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht wegen der unterlassenen Umsetzung der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen.⁵⁸ Diese Richtlinie soll insbesondere die Hindernisse bei der Verwirklichung der Dienstleistungs- und Nie-

⁵⁷ EuGHRs. C-54/08 = BeckRS 2011, 80894 Ziff. 98.

⁵⁸ Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. L 255 vom 30.9.2005, S. 22–142. Geht es bei Berufszulassungsentscheidungen um das Verfahren der Anerkennung einer im Herkunftsland erworbenen Berufsqualifikation, trifft die Berufsanerkennungsrichtlinie abschließenden Regelungen, vgl. *Cornils*, in: Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Art. 9 R.n. 51; ferner *Kluth/Rieger*, GewArch 2006, 1, 6; *Lemor*, EuZW 2007, 135, 136 f.; *Stegewentz*, DStR 2007, 271 f.

derlassungsfreiheit beseitigen, die sich auf die Qualifikation des Dienstleisters, also auf den Marktzugang, beziehen.⁵⁹ Die Richtlinie erreicht dies, indem sie ein einheitliches Verfahren zur gegenseitigen Anerkennung von in anderen Mitgliedstaaten erworbenen Berufsqualifikationen bestimmt.⁶⁰ Anwendbar ist die Berufsqualifikationsrichtlinie auf alle reglementierten Berufe, wobei sie solche als Tätigkeiten definiert, deren Aufnahme oder Ausübung direkt oder indirekt durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften an den Besitz bestimmter Berufsqualifikationen gebunden ist. Als die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit ausgestaltender Sekundärrechtsakt folgt ihre Anwendbarkeit nach überkommenem Verständnis der Zuordnung einer Tätigkeit in den positiven bzw. negativen Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit auf der Ebene des Primärrechts. Soweit die notarielle Tätigkeit nach Auffassung des EuGH dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit zuzuordnen ist, könnten Notare durch die Richtlinie 2005/36/EG grundsätzlich erfasst sein. Allerdings war es den Notaren im Zuge der Beratungen über die Richtlinie gelungen, das Parlament zu einer Aussage über die Anwendbarkeit der Richtlinie auf Notare zu bewegen.⁶¹ 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“ (gemeint ist der EGV, nicht der AEUV).

Die hieraus bislang abgeleitete Gewissheit über die Unanwendbarkeit der Richtlinie auf Notare ist aufgrund des Urteils des EuGH geschwunden.⁶² Der EuGH musste diese Frage nicht materiell entscheiden, da er die fehlende Verpflichtung der Mitgliedsstaaten zur Umsetzung der Richtlinie auf Besonderheiten des Normsetzungsverfahrens stützte. Der Generalanwalt hatte in seinen Schlussanträgen freilich zu recht erkennen lassen, dass auch bei einer materiellen Würdigung erhebliche Zweifel an der Anwendbarkeit der Richtlinie 2005/36/EG auf den Notar bestehen.⁶³ Solche ergeben sich aus der Natur der Sache: Während die Aufgabe des Staatsangehörigkeitsvorbehalts keine Bedeutung für das Qualifikationsniveau hat, würde eine Anwendbarkeit der Richtlinie 2005/36/EG zur Anerkennung auslän-

⁵⁹ Die entsprechenden Aktivitäten der Kommission mit Blick auf die Notare begannen schon unter Geltung der Vorgängerrichtlinie 89/48/EG des Rates vom 21. Dezember 1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen, ABl. L 19 vom 24. 1. 1989. Die Richtlinie wurde am 20. Oktober 2007 außer Kraft gesetzt und durch die Richtlinie 2005/36/EG ersetzt. Die Bedeutung der Richtlinie 89/48/EG für Notare wurde in Deutschland schon früh diskutiert, vgl. etwa *Fischer*, DNotZ 1989, 467 ff.

⁶⁰ Die Richtlinie tritt hierbei an die Stelle bereits existierender Regelungen zur Anerkennung beruflicher Qualifikationen und dient im Wesentlichen der Konsolidierung und Vereinfachung des geltenden Rechts. Die Berufsanerkenntnisrichtlinie fasst bis auf wenige Ausnahmen alle berufsspezifischen, sektoriellen Richtlinien und die drei horizontalen Anerkennungsrichtlinien 89/48/EG, 92/51/EG und 1999/42/EG zusammen, vgl. *Frenz*, GewArch 2007, 10, 14.

⁶¹ Die BNotK hatte im Gesetzgebungsverfahren unterschiedliche Formulierungsvorschläge zur Klarstellung des hoheitlichen Charakters der notariellen Tätigkeit unterstützt, vgl. DNotZ 2005, 575.

⁶² Auch die Teilhabe an spezifischer öffentlicher Gewalt nach dem Verständnis des Generalanwalts hätte im Übrigen nicht notwendig impliziert, dass die Mitgliedstaaten ihre Verpflichtungen aus dem AEUV nicht erfüllen müssten, vgl. Schlussanträge GA *Cruz Villalón*, Rs. C-54/08, Ziff. 148.

⁶³ Schlussanträge GA *Cruz Villalón*, Rs. C-54/08, Ziff. 148.

discher Berufsqualifikationen als hinreichende Zugangsvoraussetzung zum Notariat zwingen. Zwar rechtfertigen solche ausländischen Berufsqualifikationen nicht, den Zugang zu Rechtsdienstleistungsberufen schlechthin zu sperren, so dass etwa der Zugang zum Anwaltsberuf (nach Maßgabe des EuRAG) möglich ist.⁶⁴ Für Notare, die ihre Berufstätigkeit anders als Rechtsanwälte mit Blick auf Fachgebiete, Mandate und Mandanten nicht frei ausgestalten können, ist das Erfordernis einer inländischen Berufsqualifikation aber sicherlich mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu vereinbaren.

Eindeutiger liegen die Dinge mit Blick auf die Richtlinie 2006/123/EG.⁶⁵ Für diese ist in Art. 2 Abs. 2 lit. 1 bestimmt, dass sie auf Tätigkeiten von Notaren (und Gerichtsvollziehern), die durch staatliche Stellen bestellt werden, keine Anwendung findet. Auf die Frage, ob die Tätigkeiten mit der spezifischen Ausübung öffentlicher Gewalt einhergehen, kommt es nicht an, da das gesamte notarielle Tätigkeitsfeld aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie herausgenommen ist. Zweck der Regelung ist es, die Tätigkeit von Notaren wegen der engen, unlösbaren Verbindung von hoheitlicher und nicht-hoheitlicher Tätigkeit insgesamt vom Anwendungsbereich der Richtlinie auszuklammern.⁶⁶ Eine Aufspaltung des Berufsbilds soll auf diese Weise verhindert werden. Unabhängig davon, ob es sich bei einer Tätigkeit um eine öffentliche Beurkundung und damit um die Ausübung öffentlicher Gewalt handelt, ist das (regulierte) berufliche Wirken des Notars schlechthin dem Anwendungsbereich der Richtlinie entzogen.

Insgesamt lässt sich feststellen, dass die jüngsten Entwicklungen zwar gewisse Unsicherheiten hinsichtlich ihrer Auswirkungen im Sekundärrecht mit sich bringen. Die Sekundärrechtsakte, welche die Freizügigkeit der reglementierten Berufe zentral erfassen, dürften jedoch auch künftig keine Bedeutung für das Notariat entfalten.

3. Exkurs: Der ÖbVI – „europarechtlicher Leidensgenosse“ der Notare

Nur wenig wurde in der Diskussion um das deutsche Notariat bislang beachtet, dass mit dem Öffentlich bestellten Vermessungsingenieur (ÖbVI) ein Amtsträger existiert,⁶⁷ der sich, gleichsam als technischer Notar, in einer vergleichbaren europarechtlichen Ausgangslage wie der Notar befindet, und der bereits zu identischen

⁶⁴ Hierzu *Löcher*, in: Henssler/Prütting, BRAO, 3. Aufl., 2010, vor §§ 16–24 EuRAG, Rn. 1 ff.

⁶⁵ Dienstleistungsrichtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. 12. 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. 2006, Nr. L 376 v. 27. 12. 2006, S. 36 ff. Zu dieser etwa *Waschkau*, EU-Dienstleistungsrichtlinie und Berufsankennungsrichtlinie, 2008; *Lemor*, EuZW 2007, 135 ff.

⁶⁶ Die Ausnahmeregelung des Art. 2 Abs. 2 lit. 1) RiLi 2006/123/EG wurde erst spät im Normsetzungsverfahren vom Europäischen Parlament im Rahmen der ersten Lesung als ausdrücklicher Fall einer Tätigkeit, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt i. S. d. Art. 51 AEUV verbunden ist, gefordert. Die Kommission lehnte eine entsprechende Ergänzung zunächst ab; erst durch den gemeinsamen Standpunkt des Rates wurde die Ausnahme endgültig in den Text der Richtlinie eingefügt, vgl. *Henssler/Kilian* (Fn. 25), S. 39.

⁶⁷ Zum ÖbVI im deutschen Recht *Keddo*, Der Öffentlich bestellte Vermessungsingenieur, 2008.

Fragen die europarechtlichen Klingen mit der Kommission gekreuzt hat. Die Öffentlich bestellten Vermessungsingenieure sahen sich in den Jahren 2001 bis 2005 mit einem drohenden Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226 EGV bzw. Art. 258 AEUV konfrontiert. Die Generaldirektion Binnenmarkt bezweifelte die Europarechtskonformität von landesrechtlichen Regelungen in den Berufsgesetzen der Öffentlich bestellten Vermessungsingenieure.⁶⁸ Die Meinungsverschiedenheiten beruhten im Kern auf unterschiedlichen Auffassungen über die aus Sicht des Notariats allzu vertraut klingende Frage, ob die Tätigkeiten, welche die Öffentlich bestellten Vermessungsingenieure im deutschen Vermessungswesen erbringen, von Art. 51 AEUV erfasst sind. Die Kommission stellte dies in Abrede. Deutschland wurde daher mit Blick auf landesrechtliche Regelungen im Vermessungswesen von Rheinland-Pfalz und Nordrhein-Westfalen am 19. Dezember 2002 von der Kommission die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens angedroht. Im Landesrecht noch existierende Staatsangehörigkeitsvorbehalte, die in den meisten anderen Bundesländern bereits abgeschafft worden waren, wurden daraufhin aufgegeben, weil sie perspektivisch als nicht haltbar erschienen – eine mit Blick auf das Jahre später gegen die Notare geführte EuGH-Verfahren bemerkenswert weitsichtige und richtige Einschätzung.

Ob Öffentlich bestellte Vermessungsingenieure überhaupt öffentliche Gewalt ausüben, war damit freilich nicht geklärt. Die Berufsorganisation der Öffentlich bestellten Vermessungsingenieure argumentierte gegenüber der Kommission, dass dem Öffentlich bestellten Vermessungsingenieur durch seine Befugnis zum Erlass von Verwaltungsakten und zur Errichtung von öffentlichen Urkunden in einem Umfang „Zwangsbefugnisse, Sonderrechte oder sonstigen Hoheitsprivilegien“ eingeräumt seien, wie sie in keiner der einschlägigen EuGH-Entscheidungen zu Art. 51 AEUV anzutreffen waren.⁶⁹ Der Öffentlich bestellte Vermessungsingenieur sei mithin prädestiniert, der erste Anwendungsfall des Art. 51 AEUV in der Rechtsprechung des EuGH zu werden. Argumentiert wurde im Weiteren, dass die Tätigkeit des Öffentlich bestellten Vermessungsingenieurs aufgrund der Bestandskraft der von ihm erlassenen Verwaltungsakte und des öffentlichen Glaubens der von ihm erstellten Urkunden Verbindlichkeit für Bürger, staatliche Stellen oder Gerichte besitze; der Öffentlich bestellte Vermessungsingenieur erzeuge somit besondere Rechtsverbindlichkeit im Sinne der EuGH-Rechtsprechung.⁷⁰ Die charakteristische Tätigkeit des Öffentlich bestellten Vermessungsingenieurs, mit der die Ausübung öffentlicher Gewalt begründet werde, erfolge zudem nicht nur ganz gelegentlich, sondern sei Kernbestandteil seiner beruflichen Aufgaben. Darüber hinaus sprächen weitere charakteristische Tätigkeitsmerkmale für die Ausübung öffentlicher Gewalt, wie der Kontrahierungszwang, die Bindung an Gebühren sowie die öffentlich-rechtliche Natur des Auftrags.⁷¹ Ebenso wie die Notare argumentier-

⁶⁸ Das Vermessungswesen und damit auch das Berufsrecht des Öffentlich bestellten Vermessungsingenieure wird auf der Ebene der Länder reguliert, zu Details *Keddo* (Fn. 67), S. 31 ff.

⁶⁹ Die Argumentation stützte sich auf ein Rechtsgutachten der Verfasser dieses Beitrags, es ist veröffentlicht in *Henssler/Kilian* (Fn. 25), S. 155 ff.

⁷⁰ *Henssler/Kilian* (Fn. 25), S. 184 f.

⁷¹ *Henssler/Kilian* (Fn. 25), S. 186.

ten auch die Vermessungsingenieure, dass ihre Amtstätigkeit mangels Trennbarkeit in hoheitliche und nicht-hoheitliche Aufgabenwahrnehmung insgesamt unter die Bereichsausnahme des Art. 51 AEUV falle. Ein Vertragsverletzungsverfahren blieb den Öffentlich bestellten Vermessungsingenieuren in der Folge erspart – die Kommission zierte sich zwar, den geschilderten Standpunkt ausdrücklich zu billigen, entschied aber im Dezember 2005, das Vertragsverletzungsverfahren nicht weiter zu verfolgen.

Die Notar-Entscheidung des EuGH zwingt nach richtigem Verständnis nicht zu einer Neubewertung dieser Rechtsposition: Die Öffentlich bestellten Vermessungsingenieure unterscheiden sich in mehreren Punkten von Notaren, die es dem EuGH ungleich schwerer machen würden, die Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 51 AEUV zu verneinen. Kaum vorstellbar ist zudem, dass der EuGH eine dogmatisch überzeugende Erklärung dafür finden könnte, dass die staatlichen bzw. kommunalen Vermessungsämter und die Öffentlich bestellten Vermessungsingenieure in den Bundesländern gegenüber dem Bürger identische Aufgaben im Vermessungswesen wahrnehmen und übereinstimmende Kompetenzen zur Aufgabenerfüllung besitzen. Den Öffentlich bestellten Vermessungsingenieuren unter dieser Prämisse abzusprechen, öffentliche Gewalt auszuüben, sie aber den funktionsgleich tätigen kommunalen Vermessungsämtern weiterhin zuzusprechen, wäre kaum begründbar.

III. Das Notariat und die Deregulierungsaktivitäten der Kommission

1. Europäische Wettbewerbsregeln und Notariat

Das zweite die Diskussion über die Stellung des Notars im Europarecht beherrschende Thema der letzten Jahre war die Erstreckung der Deregulierungsagenda der europäischen Kommission auf die sog. reglementierten Berufe im Dienstleistungssektor. Sie hat ihren Ausgangspunkt in Bemerkungen des seinerzeit für Wettbewerbsfragen zuständigen EU-Kommissars *Monti* auf einer Konferenz der schwedischen Kartellbehörde im Herbst 2000, die an die im März 2000 vom Europäischen Rat verabschiedete Lissabon-Strategie anknüpften.⁷² *Monti* merkte auf dieser Konferenz beiläufig an: „Our experience shows that cartel behaviour is not limited to [...] traditional industries. Recent investigations concerning price fixing in the banking sector and the liberal professions demonstrate that we should certainly not lose sight of other sectors.”⁷³ Der oberste Brüsseler Wettbewerbshüter begann in der Folge, im Rahmen der Binnenmarktstrategie für den Dienstleistungssektor die Strukturen der reglementierten Berufe in der EU im Rahmen einer von ihm so

⁷² Vgl. Punkt 17 der Lissabon-Strategie, mit dem u. a. die Kommission aufgefordert wurde, im Rahmen ihrer Befugnisse bis Ende des Jahres 2000 eine Strategie für die Beseitigung der Hemmnisse im Dienstleistungsbereich festzulegen, http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_de.htm.

⁷³ Vgl. *Monti*, Why Should We Be Concerned With Cartels And Collusive Behaviour?, in: Konkurrenzverket (Hrsg.), Fighting Cartels: Why and How?, 2001, S. 14, 15.

bezeichneten „stocktaking exercise“ systematisch und kritisch zu überprüfen.⁷⁴ Auch die Notare gerieten als einer der „reglementierten Berufe“⁷⁵ in das Visier der EU-Kommission, sind diese Berufe doch durch zahlreiche Berufszugangs- und Berufsausübungsregeln charakterisiert, denen aus Sicht der EU-Kommission das Odium der Wettbewerbsfeindlichkeit anhaftet.⁷⁶

Eine rechtliche Dimension erhält diese politische Agenda aufgrund des Kartellverbots des Art. 101 AEUV und des Verbots der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV). Diese zentralen Normen des EU-Wettbewerbsrechts stehen in einem Spannungsverhältnis zu Art. 106 Abs. 2 AEUV, der Ausnahmen von den Wettbewerbsregeln des Vertrages vorsieht, soweit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betroffen sind. Ausgangsfrage ist hierbei die grundsätzliche Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln auf Notare.⁷⁷ Ob das Argument, dass Notare als – nach nationalem Rechtsverständnis – Träger eines öffentlichen Amtes keine für die Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln vorausgesetzte Unternehmereigenschaft besitzen, die Notarkammern mithin auch nicht Unternehmensvereinigungen im Sinne des EU-Wettbewerbsrechts sind,⁷⁸ im Streitfall vor dem EuGH verfangen würde, ist durchaus nicht sicher. Es lässt sich jedenfalls nicht auf die Feststellung, dass die eine Tätigkeit unter Art. 51 AEUV zu subsumieren ist (oben II. 1. c)), stützen: Eine Tätigkeit, die in den Anwendungsbereich des Art. 51 AEUV fällt, wäre nicht notwendigerweise gegen die Wettbewerbsregeln der Art. 101 AEUV und Art. 102 AEUV abgesichert.⁷⁹ Die Entscheidung des EuGH vom 24. Mai 2011 hat daher in dieser Frage keine neuen Vorzeichen gesetzt: Selbst wenn eine Tätigkeit als mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden einzuordnen ist, bleiben nämlich „andere Bestimmungen des Vertrags auf diese Tätigkeit weiterhin anwendbar“.⁸⁰ Dies gilt insbesondere für Art. 106 AEUV, dem zufolge die Mitgliedstaaten über die Einhaltung der Wettbewerbsregeln in Bereichen wachen müssen, in denen öffentliche Dienstleistungs-

⁷⁴ Vgl. seinen Bericht auf der Europäischen Konferenz der BRAK „Die Auswirkungen der Kartellrechtsprechung des EuGH auf das nationale Berufsrecht“ am 21. 3. 2003 in Berlin, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2003_070_en.pdf; hierzu *Dombek*, BRAK-Mitt. 2003, 245; ferner *Weil*, BRAK-Mitt. 2003, 246 ff.

⁷⁵ Die Kommission knüpft im Rahmen ihrer Deregulierungsagenda nicht an die Begrifflichkeit des „freien Berufs“ an, sondern spricht von „reglementierten Berufen“ (*regulated professions*). Die Frage, inwieweit die auf europäischer Ebene häufig vorgenommene Zuordnung der Notare zu den freien Berufen auf einem Fehlverständnis ihrer Amtsstellung beruht, stellt sich daher in diesem Kontext nicht.

⁷⁶ Das – in dieser Frage allerdings etwas wankelmütige – Europäische Parlament stieß im Januar 2004 in das selbe Horn und verabschiedete eine Resolution, in der es den Vorwurf erhob, „in manchen Mitgliedstaaten (würden) Berufskörperschaften allzu häufig ihre Selbstregelungsbefugnis mehr zur Förderung der Interessen ihrer eigenen Mitglieder als zur Förderung derjenigen der Verbraucher nutzen“, Europäisches Parlament, Resolution On Competition Policy, P5_TA-PROV(2004)0053, p. 83, para 15.

⁷⁷ Zur Anwendbarkeit auf Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer *Kilian*, WRP 2002, 802 ff.

⁷⁸ In diesem Sinne etwa *Fleischhauer*, DNotZ 2002, 325, 337.

⁷⁹ Schlussanträge GA *Cruz Villalón*, Rs. C-54/08, Ziff. 134.

⁸⁰ Schlussanträge GA *Cruz Villalón*, Rs. C-54/08, Ziff. 134.

pflichten bestehen.⁸¹ Bei unterstellter Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln folgt hieraus die Fragestellung, ob die Notarkammern bei Erlass ihrer aufgrund der Richtlinienempfehlungen der BNotK nach § 67 BNotO verabschiedeten Richtlinien als Unternehmensvereinigung im Sinne des Wettbewerbsrechts oder als Organ der öffentlichen Gewalt handeln.⁸² Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in den Verfahren *Wouters*⁸³ und *Arduino*⁸⁴ hängt dies davon ab, ob der Mitgliedstaat bei der Einräumung solcher Rechtsetzungsbefugnisse die vom Normgeber zu berücksichtigenden Kriterien des Allgemeininteresses festgelegt und sich eine Letztentscheidungsbefugnis über die Wirksamkeit der Norm vorbehalten hat. Ist dies der Fall, können Berufsregeln nicht als Unternehmensbeschlüsse im Sinne des EU-Wettbewerbsrechts behandelt und damit nicht wettbewerbsrechtlich geprüft werden.⁸⁵ Eine entsprechende Diskussion ist im Bereich des anwaltlichen Berufsrechts intensiv geführt worden.⁸⁶ Eine ähnlich lebhafte Diskussion für das Notarrecht hat es nicht gegeben.⁸⁷ Die vorgezogene Verteidigungslinie stützt sich auf das Argument, Notaren komme als Träger eines öffentlichen Amtes von vorneherein keine Unternehmenseigenschaft zu.

Soweit damit die Eignung der Notare bzw. Notarkammern als Adressaten der Wettbewerbsregeln begründeten Zweifeln unterliegt, können sich die Deregulierungsbestrebungen auf einen anderen Ansatz stützen: Zwar betreffen die Wettbewerbsregeln grundsätzlich nur das Verhalten von Unternehmen. Die Mitgliedstaaten dürfen nach der Rechtsprechung des EuGH allerdings auch keine Maßnahmen treffen, die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben (*effet utile*).⁸⁸ Mit anderen Worten: Die Mitgliedstaaten selbst dürfen im Rahmen ihrer Normsetzung kartellrechtswidrige Vereinbarungen nicht vorschreiben, erleichtern oder verstärken.⁸⁹ Durch die Verschränkung von *effet utile* und Wettbewerbsregeln besteht damit eine mittelbare Eingriffsmöglichkeit in Rechtsmaterien, die grundsätzlich den nationalen Gesetzgebern vorbehalten sind.

⁸¹ Schlussanträge GA Cruz Villalón, Rs. C-54/08, Ziff. 134.

⁸² Zum vergleichbaren Problem der delegierten Normsetzung durch die Satzungsversammlung der Anwaltschaft Kilian, WRP 2002, 802 ff.

⁸³ EuGH Rs. C-309/99 = EuZW 2002, 172 ff.

⁸⁴ EuGH Rs. C-35/99 = EuZW 2002, 179 ff.

⁸⁵ Ausführlich Kilian, WRP 2002, 802 ff.

⁸⁶ Eichele, EuZW 2002, 182 ff.; Lörcher, NJW 2002, 1092 ff.; Hartung, EWS 2002, 133 ff.; Römermann/Wellige, BB 2002, 633 ff.

⁸⁷ Vgl. aber Fleischhauer, DNotZ 2002, 325, 336 ff.

⁸⁸ EuGH Rs. 13/77 = Slg. 1977, 2115, Rn. 29–31 (GB-Inno-BM); EuGH Rs. 311/95 = Slg. 1987, 3801, Rn. 22–24 (Vlaamse Reisebureaus); EuGH Rs. 267/86 = Slg. 1988, 4769, Rn. 16 (Van Eycke); EuGH Rs. C-35/96 = Slg. 1998, 3851, Rn. 53, 54 (Kommission/Italien).

⁸⁹ EuGH Rs. 267/86 = Slg. 1988, 4769, 4791 (Van Eycke); EuGH Rs. C-185/91 = Slg. I 1993, 5801 (Reiff).