

Die Regulierung rechtlicher Dienstleistungen bei Grundstücksgeschäften zwischen Wettbewerbs- und Verbraucherschutz

Christoph U. Schmid und Tobias Pinkel***

A. Einführung

Im Rahmen von Grundstücksgeschäften, namentlich bei Eigentumsübertragungen, sind verschiedene Dienstleistungen erforderlich. Sieht man von der Tätigkeit von Immobilienmaklern und technischen Sachverständigen ab, deren Einschaltung weitgehend fakultativ ist, handelt es sich dabei durchweg um juristische Dienstleistungen. Im Einzelnen geht es um die Beratung der Vertragsparteien sowie die Erstellung, Beurkundung und den Vollzug (Auflassung und Registereintragung sowie Zahlungstransfer) von Grundstückskaufverträgen.

Erstellung und Beurkundung von Kaufvertrag und Auflassung sind in Deutschland den Notaren gesetzlich vorbehalten.¹ Nicht nur sind öffentlichrechtlich nur sie zu ihrer Erbringung zugelassen (Exklusivrecht); privatrechtlich ist eine ohne sie durchgeführte Transaktion nicht wirksam (§ 311b BGB - Notarzwang). Außerdem unterliegen Notare in Deutschland objektiven Zulassungsbeschränkungen (*numerus clausus*) und restriktiven Berufsausübungsregeln (z.B. weitgehendes Werbeverbot) und die einzelnen Amtssitze werden örtlich zwingend festgelegt. Schließlich sind auch die Notargebühren bundesweit einheitlich - nach der Kostenordnung in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit - festgesetzt, dürfen also nicht von den Parteien ausgehandelt werden.

Diese regulativen Beschränkungen werden vor allem mit den Erfordernissen hoher Qualität von Grundstückskaufverträgen im Interesse des Verbraucher- und Allgemeinschutzes sowie einer flächendeckenden Versorgung mit notariellen Dienstleistungen begründet. In den letzten Jahren ist indes vermehrt die Frage diskutiert worden,² ob solche Beschränkungen zur Erreichung dieser - an sich zweifellos berechtigten und wichtigen - Ziele tatsächlich erforderlich sind oder unverhältnismäßige Wettbewerbsbeschränkungen zum Nachteil der

* Christoph U. Schmid, Dr. iur. habil., Ph.D., ist Professor für Europäisches Privat-, Wirtschafts- und Wirtschaftsverfassungsrecht an der Universität Bremen und Direktor des Zentrums für Europäische Rechtspolitik (ZERP). Dieser Artikel ist ein Arbeitsbericht zur Studie COMP/2006/D3/003 Conveyancing Services Market, die das ZERP derzeit im Auftrag der Europäischen Kommission, Generaldirektion Wettbewerb, koordiniert. Die hier referierten vorläufigen Ergebnisse wurden auf einem Workshop im Dezember 2006 in Brüssel vorgestellt (vgl. http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/professional_services/conferences/20061230/index.html).

Der Artikel ist als Einleitung in die Thematik sowie als Kurzübersicht gedacht und enthält deswegen eine größere Zahl von Vereinfachungen.

** Der Zweitautor, Tobias Pinkel, LL.B., ist Masterstudent an der Hanse Law School Bremen/Groningen/Oldenburg und studentischer Mitarbeiter am Zentrum für Europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen sowie studentischer Forschungsassistent an der Juristischen Fakultät der Universität Groningen.

¹ Makler sind in Deutschland grundsätzlich von der Erbringung juristischer Dienstleistungen ausgeschlossen. Ergänzend zu der Notardienstleistung kann auf die Beratung durch Anwälte zurückgegriffen werden. Da aber bereits der Notar beide Parteien unabhängig zu beraten und deren Interessen gleichermaßen zu wahren hat, ist es im privaten (anders als im gewerblichen) Bereich unüblich, Anwälte beim Kauf oder Verkauf von Grundstücken einzuschalten.

² Vgl. schon Deregulierungskommission (Hrsg.), Marktöffnung und Wettbewerb (Poeschel, Stuttgart, 1991) 113.

Verbraucher und der Volkswirtschaft darstellen. Unter diesen Gesichtspunkten erschiene auch ein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht denkbar.

Im Zuge ihrer Liberalisierungsagenda im Bereich der gesamten freien Berufe hat sich in den letzten Jahren auch die Europäische Kommission dieses Themas angenommen³ und mehrere juristisch-ökonomische Gutachten, zuletzt spezifisch zur Regulierung juristischer Dienstleistungen im Grundstücksverkehr (*conveyancing services regulation*) in Auftrag gegeben. Außerdem hat die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH⁴ unter anderem gegen Deutschland wegen des Staatsangehörigkeitsvorbehaltes⁵ für Notare angestrengt, der diesen Beruf bislang Inländern vorbehält.⁶ Zentral ist dabei die Frage, ob notarielle Dienstleistungen als Ausübung eines öffentlichen Amtes nach Art. 45 sowie 55 EG vom Anwendungsbereich der Grundfreiheiten des EG-Vertrags ausgenommen sind.

Vor diesem Hintergrund analysiert der vorliegende Beitrag in vergleichender Perspektive die Regulierungen von Dienstleistungen bei Grundstücksgeschäften einschließlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht. Eine Darstellung der deutschen Notariatsverfassung (B) und ein kurzer Überblick über andere europäische Systeme (C) bilden die Grundlage, auf der zu untersuchen sein wird, ob und inwieweit die derzeitigen Regelungen mit Gemeinschaftsrecht unvereinbar sein könnten (D).

B. Die Deutsche Notariatsverfassung⁷

Das deutsche Rechtssystem ist geprägt vom sog. lateinischen Notariat. Dieses entstammt der römischen Rechtstradition, hat sich nach der Rezeption des römischen Rechts im Mittelalter in allen kontinentaleuropäischen Ländern (mit Ausnahme Skandinaviens) durchgesetzt und durch ein berühmtes französische Revolutionsgesetz aus dem Jahr 1803 seine bis heute gültige Ausformung als ein in freiberuflicher Tätigkeit wahrgenommenes öffentliches Amt erfahren. In funktionaler Hinsicht ist der Notar ein Organ der sog. Freiwilligen Gerichtsbarkeit, also der vor- und fürsorgenden Rechtspflege. Er hat bedeutsame Funktionen in vielen Bereichen des Privatrechts, insbesondere im Familien- und Erbrecht, im Grundstücksrecht und im Gesellschaftsrecht. Für eine Reihe von zentralen Rechtsakten - z.B. Kaufvertrag und Auflassung, Gründungsverträge von Kapitalgesellschaften sowie Ehe- und Erbverträge - ist die notarielle Beurkundung, also die Abfassung des gesamten Rechtsakts durch den Notar im Gegensatz zur bloßen Beglaubigung von Unterschriften, zwingende Wirksamkeitsvoraussetzung. Als Inhaber eines öffentlichen Amtes, der seine Urkundsgewalt vom Staat ableitet, wird der Notar

³ Vgl. KOM (2004) 83 endg. und den Nachfolgebericht KOM (2005) 405 endg.

⁴ Schon am 12. Oktober 2006 hat die Kommission die zweite Stufe des Vertragsverletzungsverfahrens gemäß Art. 226 EG gegen Deutschland und 15 weitere EG Mitgliedsstaaten beschritten, in dem sie eine „Begründete Stellungnahme“ verschickt hat. Vor wenigen Monaten wurde nun Klage vor dem EuGH erhoben.

⁵ Für Deutschland vgl. § 5 BNotO, nachdem nur deutsche Staatsangehörige Notare werden können. Zu dieser Beschränkung im europarechtlichen Kontext auch *Hirsch*, Die Europäisierung der freien Berufe, DNotZ 2000, 729 (735 ff.).

⁶ Zu möglichen Folgen für den Notarsmarkt, falls das Notariat nicht als öffentliches Amt angesehen wird, vgl. z.B. *Preuß*, Europarechtliche Probleme der deutschen Notariatsverfassung, ZEuP 2005, 291 (296 ff.); Zu der Diskussion im Vorfeld des Vertragsverletzungsverfahrens vgl. auch *Schiller*, Freier Personenverkehr im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit?, EuR 2004, 27 ff.

⁷ Vgl. zu diesem Teil *Schippel/Bracker* (Hrsg.), Bundesnotarordnung – Kommentar, 8. Aufl. (Verlag Franz Vahlen, München, 2006).

gemäß § 1 Bundesnotarordnung (BNotO) vom Justizminister ernannt.⁸ Weiterhin sind die Notargebühren gesetzlich festgelegt⁹ und die Notarstellen, auch Ämter genannt, zahlenmäßig beschränkt (sog. *numerus clausus*) und örtlich zwingend festgelegt. Als Rechtfertigung hierfür wird die Gewährleistung der Unabhängigkeit des Notars durch seine finanzielle Absicherung angeführt. Organisiert wird der Berufsstand durch sog. Notarskammern, die auf Bundes- und Landesebene existieren; das sind Selbstverwaltungsgremien mit eigenen Regelungszuständigkeiten.

Aus historischen Gründen¹⁰ sind in Deutschland trotz Rechtsvereinheitlichung durch die 1965 erlassene BNotO drei verschiedene Notariatsformen erhalten geblieben: das selbständige hauptberufliche sog. Nur-Notariat, das Anwaltsnotariat sowie das beamtete Notariat.¹¹ Dabei stellt das beamtete Notariat im Geltungsbereich des lateinischen Notariats eine Ausnahme dar, die nur im Land Baden-Württemberg bekannt ist und auf die die meisten Regelungen der BNotO keine Anwendung finden.¹²

Obwohl die unterschiedlichen Formen zu einer starken Aufspaltung des notariellen Berufsstandes führen, die keinerlei Vorteile für sich in Anspruch nehmen kann, verstößt sie nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts weder gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz noch gegen das Recht auf Berufsfreiheit. Als Begründung hat das Gericht vor allem auf das freie Ermessen des Gesetzgebers bei Einrichtung und Ausgestaltung des Notariats als öffentlichen Amtes verwiesen.¹³

1. Das Nur-Notariat

Das selbständige hauptberufliche Notariat, auch Nur-Notariat genannt, ist in § 3 Abs. 1 BNotO geregelt. Es ist überwiegend in Süd- und West-Deutschland und den neuen Bundesländern zu finden.¹⁴ Nur-Notare üben die Notariatstätigkeit als einzige hauptberufliche Tätigkeit aus. Derzeit versorgen (nur) 1610 hauptberufliche Notare¹⁵ ca. 50 % der deutschen Bevölkerung mit Notardienstleistungen.

⁸ Vgl. z.B. *Bracker* in *Schippel/Bracker* (Hrsg.), Bundesnotarordnung – Kommentar, 8. Aufl. (Verlag Franz Vahlen, München, 2006) § 1, Rn. 8 ff.; *Vaasen* in *Eylmann/Vaasen*, Bundesnotarordnung Beurkundungsgesetz – Kommentar 2. Aufl. (C. H. Beck, München, 2004), Einl., Rn. 4 ff.; *Reinmann*, Die deutsche Notariatsverfassung, 2 und 6 ff. (http://www.uni-regensburg.de/Fakultaeten/Jura/arnold/dsg/scripten/band_4_6); *Preuß*, Europarechtliche Probleme der deutschen Notariatsverfassung, ZEuP 2005, 291, 292.

⁹ In Deutschland sind die Notargebühren in dem Gesetz über die Kosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (KostO) festgelegt.

¹⁰ Vgl. *Vaasen* in *Eylmann/Vaasen*, Bundesnotarordnung Beurkundungsgesetz – Kommentar 2. Aufl. (C. H. Beck, München, 2004), Einl., Rn. 5 ff.; *Bracker* in *Schippel/Bracker* (Hrsg.), Bundesnotarordnung – Kommentar, 8. Aufl. (Verlag Franz Vahlen, München, 2006) Überblick, Rn. 1 f.

¹¹ Vgl. *Bracker* in *Schippel/Bracker* (Hrsg.), Bundesnotarordnung – Kommentar, 8. Aufl. (Verlag Franz Vahlen, München, 2006) § 3 Rn. 2 ff.

¹² Vgl. *Bracker* in *Schippel/Bracker* (Hrsg.), Bundesnotarordnung – Kommentar, 8. Aufl. (Verlag Franz Vahlen, München, 2006) § 3 Rn. 36 f.; *Reinmann*, Die deutsche Notariatsverfassung, 5 (http://www.uni-regensburg.de/Fakultaeten/Jura/arnold/dsg/scripten/band_4_6).

¹³ Vgl. BVerfGE 17, 371; *Bracker* in *Schippel/Bracker* (Hrsg.), Bundesnotarordnung – Kommentar, 8. Aufl. (Verlag Franz Vahlen, München, 2006) § 3 Rn. 12.; *Schmitz-Valckenberg* in *Eylmann/Vaasen*, Bundesnotarordnung Beurkundungsgesetz – Kommentar 2. Aufl. (C. H. Beck, München, 2004), § 3, Rn. 9.

¹⁴ So gibt es Nur-Notare in den Ländern Bayern, Brandenburg, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen sowie in Landesteilen von Nordrhein-Westfalen. Vgl. *Schmitz-Valckenberg* in *Eylmann/Vaasen*, Bundesnotarordnung Beurkundungsgesetz – Kommentar 2. Aufl. (C. H. Beck, München, 2004), § 3, Rn. 12 f.

¹⁵ Anzahl der zugelassenen hauptberuflichen Notare 2006. Quelle: <http://www.bnotk.de/Bundesnotarkammer/DNotZ/Mitteilungen/DNotZ.Mitt.2006.04.html>. Am 01.01.2004 waren

Die Nur-Notare gehören meist zu den besten 5% der Absolventen des zweiten Staatsexamens. Die Rekrutierung der Notare unter Spitzenjuristen gelingt auf Grund des hohen Sozialprestiges und der Aussicht auf ein sicheres und in den meisten Fällen auch hohes Einkommen, das durch die Zulassungsbeschränkungen und die gesetzlich geregelten Gebühren sichergestellt ist.

Die Zahl der zu bestellenden Nur-Notare bindet das Gesetz an das inhaltsoffene Kriterium der Erfordernisse einer geordneten Rechtspflege (§ 4 BNotO). Grundsätzlich erfolgt für jede Amtsstelle eine individuelle Bedürfnisprüfung,¹⁶ in deren Rahmen die Justizverwaltungen insbesondere sicherzustellen haben, dass die Notare durch ihre Tätigkeit ein angemessenes Einkommen erzielen können.

Ergänzend gibt es in einigen Regionen wie namentlich Bayern ein System der sog. Einkommensergänzung, das auf Quersubventionen innerhalb des Berufstandes beruht. Danach stockt die Notarskammer geringe Einkünfte bis zur Höhe eines Richtergehaltes auf. Neben der hohen Qualifikation der Nur-Notare leistet auch ihre Spezialisierung einen Beitrag dazu, dass bisweilen im Vergleich zu anderen Notarsformen ihre Arbeit als qualitativ besser angesehen wird. Allerdings sind hauptberufliche Notare vor allem in ländlichen Gebieten teilweise unterbeschäftigt und dürfte einige der berufenen Topabsolventen auch nicht in angemessener Weise fordern. Da - wie die Deregulierungskommission schon 1991 mit Recht festgestellt hat - hochqualifizierte Juristen in anderen Bereichen wie Ministerien, Hochschulen und Obergerichten dringender gebraucht werden, stellt sich die Frage, ob das Nur-Notariat in seiner derzeitigen Ausprägung volkswirtschaftlich und gesamtgesellschaftlich betrachtet eine sinnvolle Einrichtung darstellt.¹⁷

2. Das Anwaltsnotariat

Nach der gesetzlichen Definition des Anwaltsnotariats wird zugelassenen Anwälten die Ausübung des Notarberufs im Nebenberuf¹⁸ gestattet (§ 3 Abs. 2 BNotO). Der Anwaltsnotar stellt deshalb kein einheitliches Berufsbild dar; vielmehr wird dem Berufsträger lediglich die parallele Ausübung zweier Berufe gestattet.¹⁹ Dieser zweite Typus des Notariats entstammt der preußischen Tradition und ist überwiegend im norddeutschen Raum zu finden.²⁰ Insgesamt sind derzeit 7265 Anwaltsnotare zugelassen,²¹ die 35 % der deutschen Bevölkerung mit Notardienstleistungen versorgen. Da das Notariat

es 1627 zugelassene Notare. Quelle: *Schmitz-Valckenberg* in *Eylmann/Vaasen*, Bundesnotarordnung Beurkundungsgesetz – Kommentar 2. Aufl. (C. H. Beck, München, 2004), § 3, Rn. 22.

¹⁶ Hierzu auch *Schmitz-Valckenberg* in *Eylmann/Vaasen*, Bundesnotarordnung Beurkundungsgesetz – Kommentar 2. Aufl. (C. H. Beck, München, 2004), § 4, Rn. 7 ff.

¹⁷ Vgl. Deregulierungskommission (Hrsg.), Marktöffnung und Wettbewerb (Poeschel, Stuttgart, 1991) 113, Rz. 459.

¹⁸ Dabei ist es den Anwaltsnotaren nicht nur erlaubt, die Anwaltstätigkeit auszuüben, sondern ihnen steht es auch frei, bestimmte andere freie Berufe auszuüben. Dies schließt die Tätigkeit als Patentanwalt, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer mit ein (§ 8 Abs. 2 BNotO).

¹⁹ Vgl. BVerfGE 17, 371.

²⁰ In Berlin, Bremen, Hessen, Niedersachsen und Schleswig-Holstein gibt es landesweit nur das System der Anwaltsnotare, zudem gibt es in einigen Regionen Baden-Württembergs und Nordrhein-Westfalens Anwaltsnotare.

²¹ Stand 2006. Quelle: <http://www.bnotk.de/Bundesnotarkammer/DNotZ/Mitteilungen/DNotZ.Mitt.2006.04.html>. Für Stand bis 2004 vgl. auch *Schmitz-Valckenberg* in *Eylmann/Vaasen*, Bundesnotarordnung Beurkundungsgesetz – Kommentar 2. Aufl. (C. H. Beck, München, 2004), § 3, Rn. 22.

nicht die einzige Erwerbsquelle darstellt, wird die Bedürfnisprüfung für die Zulassung von Anwaltsnotaren weniger strikt durchgeführt, auch wenn sie inzwischen ausnahmslos vorausgesetzt wird.²² Entsprechend ist die Anzahl der Anwaltsnotare, verglichen mit den hauptberuflichen Notaren, viel größer, obwohl sie einen geringeren Teil der Bevölkerung versorgen. Die Zulassung als Anwaltsnotar setzt eine (mindestens) fünfjährige Anwaltstätigkeit voraus. Die Notariatstätigkeit endet automatisch mit dem Verlust der Anwaltszulassung.

Der Vorteil des Anwaltsnotars liegt darin, dass ihm seine forensische Praxis bei der Einschätzung der Folgen und Risiken von Vertragsgestaltungen helfen kann. Problematisch sind dagegen mögliche Interessenskonflikte zwischen der Notars- und Anwaltsfunktion. Obwohl § 14 BNotO dem Anwaltsnotar verbietet, in ein und derselben Angelegenheit sowohl als Notar als auch als Anwalt aufzutreten, ist in einigen Situationen ein Interessenskonflikt vorstellbar. Zu denken ist beispielsweise an den Geschäftsanwalt eines Selbständigen, der von diesem beim Verkauf eines Grundstückes auch als Notar eingeschaltet wird. Obwohl solche Interessenskonflikte bislang kaum zu konkreten Rechtsstreitigkeiten geführt haben, sind sowohl bei Juristen als auch bei Geschäftskunden entsprechende Vorbehalte zu vernehmen.²³ Auf Grund der selteneren Spezialisierung der Anwaltsnotare auf die Notartätigkeit und ihrer Rekrutierung auch unter weniger guten Examensabsolventen werden ihre Leistungen verglichen mit denen der Nur-Notare vor allem in komplexeren Fragen bisweilen als schlechter angesehen.²⁴

3. Das Amtsnotariat

Die letzte Form des Notariats in Deutschland, das so genannte Amtsnotariat, gibt es nur im Land Baden-Württemberg. Hier sind viele Notare Landesbeamte. Insgesamt sind im Land Baden-Württemberg, in dem 13% der deutschen Bevölkerung wohnen, 630 Notare angestellt. Neben den üblichen notariellen Funktionen erfüllt das Amtsnotariat weitere wichtige Funktionen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, insbesondere des Nachlassgerichtes, des Grundbuchamts und des Vormundschaftsgerichtes sowie die Durchführung der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.

Aus historischen Gründen ist das Amtsnotariat noch weiter zwischen Baden und Württemberg aufgespalten. Ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden Rechtsgebieten liegt darin, dass in Württemberg neben den Amtsnotaren auch Nur-Notare und Anwaltsnotare zugelassen sind.²⁵ In Baden sind dagegen keine anderen Notariatsformen zugelassen, was in der Praxis zu einer unzureichenden Versorgung der Bevölkerung mit Notardienstleistungen geführt hat, da die Amtsnotariate mit Mitarbeitern personell unterbesetzt sind. Insbesondere sind Amtsnotare häufig nicht zum Vollzug ihrer Urkunden fähig oder bereit. Diese kritikwürdige Situation eines Monopols, das nicht in der Lage ist,

²² Vgl. *Schmitz-Valckenberg* in *Eylmann/Vaasen*, Bundesnotarordnung Beurkundungsgesetz – Kommentar 2. Aufl. (C. H. Beck, München, 2004), § 4, Rn. 19. Diese Prüfung wurde erst 1991 für Anwaltsnotare eingeführt und löste eine Wartezeitregelung ab.

²³ Auch die führenden Kommentare zum Notarrecht verweisen auf diesen Konflikt, Vgl. z.B. *Schippel/Bracker* (Hrsg.), Bundesnotarordnung – Kommentar, 8. Aufl. (Verlag Franz Vahlen, München, 2006).

²⁴ Dies scheint auch dadurch bestätigt zu werden, dass Geschäftskunden in Norddeutschland angeben, die in Hamburg ansässigen Nur-Notare gegenüber den Anwaltsnotaren in den Nachbarregionen zu bevorzugen.

²⁵ Am 01.01.2006 waren in Württemberg insgesamt 100 nicht verbeamtete Notare zugelassen. Diese teilen sich in 24 hauptberufliche Notare und 76 Anwaltsnotare auf. Vgl. <http://www.bnotk.de/Bundesnotarkammer/DNotZ/Mitteilungen/DNotZ.Mitt.2006.04.html>.

die Marktnachfrage zu befriedigen, führte im Jahr 2005 zu gesetzgeberischen Maßnahmen. So wurde § 115 BNotO dahingehend geändert, dass zukünftig auch Nur-Notare in Baden zugelassen werden können.²⁶ Obwohl bereits im Jahr 2005 fünfundzwanzig Stellen ausgeschrieben und am 1. Juni 2006 eine Auswahl der Bewerber getroffen wurde, konnte bislang noch keine Stelle besetzt werden, da erst kürzlich der BGH über eine Beschwerde einiger Amtsnotare gegen die erstmalige Zulassung von Nur-Notaren entschieden hat sowie Konkurrentenklagen anhängig sind.²⁷

Ein weiteres Problem des Amtsnotariats besteht in der Vereinnahmung der Notargebühren zu Gunsten des allgemeinen Staatshaushalts. Damit kann dieses System zu einer versteckten indirekten Besteuerung führen, da die Gebühren wert- und nicht arbeitsbezogen ermittelt werden. Diese Situation hat der EuGH 2002²⁸ im Bereich des Gesellschaftsrechts als gemeinschaftsrechtswidrig gewertet.²⁹

Da Amtsnotare eine Vielzahl von Aufgaben wahrnehmen und personell unzureichend ausgestattet sind, unterliegt die Qualität ihrer Arbeit im Vergleich vor allem zu Nur-Notaren größeren Zweifeln. Vor diesem Hintergrund hatte die Deregulierungskommission bereits 1991 die Abschaffung des Amtsnotariats empfohlen.³⁰

C. Juristische Dienstleistungen beim Grundstückskauf in anderen europäischen Ländern

Für eine Bewertung des deutschen Systems ist es hilfreich, dieses mit anderen europäischen Systemen zu kontrastieren. Die Zuständigkeiten für juristische Dienstleistungen beim Grundstückskauf sind in Europa indes sehr uneinheitlich geregelt.

1. Schritte beim Grundstückskauf

Um die Beteiligung der verschiedenen juristischen Berufsgruppen in Europa vergleichen zu können, ist eine kurze Darstellung der Arbeitsschritte, die im Rahmen eines Grundstückskaufes anfallen, notwendig. Diese Arbeitsschritte lassen sich vereinfacht wie folgt darstellen:

Schritte beim Grundstückskauf
Vermittlungstätigkeit (Makler): Zusammenführung der Vertragsparteien
Technische Dienstleistungen: Schätzung des Grundstückswertes, Überprüfung der Energieeffizienz (in vielen Fällen auf Grund der Richtlinie 2002/91/EG verpflichtend)
Juristische Dienstleistungen:
Vorvertrag (in vielen Ländern üblich)

²⁶ Viertes Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung v. 22.7.2005 (BGBl. I, 2188).

²⁷ Vgl. BGH, Beschluss vom 23. 7. 2007 - NotZ 42/ 07; (Lexetius.com/2007,2040).

²⁸ Vgl. EuGH C-264/00 (*Gründerzentrum*).

²⁹ Vgl. Richtlinie 69/335/EWG, zuletzt geändert durch Richtlinie 85/303/EWG.

³⁰ Vgl. Deregulierungskommission (Hrsg.), Marktöffnung und Wettbewerb (Poeschel, Stuttgart, 1991) 113 ff.

Rechtliche Vorprüfungen (Grundbuch, verwaltungsrechtliche Fragen wie z.B. Lasten und Baugenehmigungen)
Rechtliche Beratung zur beabsichtigten Gestaltung
Entwurf des Kaufvertrages oder/und der Übertragungsurkunde (in einigen Ländern Formvorschriften wie notarielle Beurkundung)
Beglaubigung der Unterschriften (teilweise auch durch Anwälte oder Gerichte möglich)
Vollzug des Vertrages (Auflassung, Zahlung des Kaufpreises sowie Eintragung der geänderten Eigentumsverhältnisse im Grundbuch)
Errechnung und Entrichtung der Grunderwerbssteuer

Mit geringfügigen Abweichungen laufen Grundstückskäufe in allen Ländern der EU wie folgt ab: Nachdem (1) die Vertragsparteien, oftmals mit Hilfe eines Maklers, zusammengekommen sind, findet in vielen Ländern (2) eine Bewertung des Grundstückes durch technische Experten statt. Diese Bewertung schließt insbesondere die auf Grund der EU-Richtlinie 2002/91/EG verpflichtende Überprüfung der Energieeffizienz und eine Schätzung des Gesamtwertes des Grundstückes sowie der darauf gelegenen Gebäude ein.

Im Anschluss werden in vielen Ländern (3) Vorverträge geschlossen, die nicht immer unter Beteiligung juristischer Experten erstellt werden. Gleichzeitig werden rechtliche Vorprüfungen wie namentlich die Überprüfung des Grundbuches ausgeführt.

Danach werden die (5) Kauf- oder/und Auflassungsverträge auf Basis der zuvor durchgeführten rechtlichen Beratung erstellt. Diese Verträge müssen oftmals, um Gültigkeit zu erlangen, in Form einer notariell oder anderweitig beglaubigten Urkunde abgefasst sein.

Der (6) Vollzug des Vertrags beinhaltet die Einholung der notwendigen Verwaltungsgenehmigungen, die Übergabe und Sicherung der Kaufpreiszahlung sowie die Auflassung und deren Eintragung in den zuständigen Registern. Letztlich muss der (7) Grunderwerbsteuerverpflicht nachgekommen werden, wobei die Steuer zunächst festzusetzen und sodann zu entrichten ist.

In Deutschland ist der Notar der zentrale juristische Dienstleister, dessen Beteiligung bei Kauf und Auflassung zwingend ist. Der Notarszwang besteht in vielen anderen europäischen Ländern nicht oder nicht in diesem Umfang. Entsprechend kommt anderen Berufsgruppen eine unterschiedlich starke Rolle zu.

2. Beteiligte Berufsgruppen an der Erbringung juristischer Dienstleistungen

Tabellarisch lässt sich die unterschiedliche Beteiligung der verschiedenen juristischen Berufsgruppen in den verschiedenen europäischen Ländern in aller Kürze und der gebotenen Vereinfachung wie folgt zusammenfassen:³¹

³¹ Für ausführliche Informationen zu den in der nachfolgenden Tabelle aufgelisteten Ländern vgl. *Frank/Wachter* (Hrsg.), *Handbuch Immobilienrecht in Europa – Zivil- und steuerrechtliche Aspekte des Erwerbs, der Veräußerung und der Vererbung von Immobilien* (C. F. Müller, München, 2004).

Land	Beteiligte Berufsgruppen an der Erbringung juristischer Dienstleistungen
Österreich	Zwingend nur Unterschriftsbeglaubigung durch Notare oder Gerichte. Erstellung der Verträge durch Notare oder Anwälte üblich
Belgien	Notarzwang für Antrag auf Registereintragung, dadurch faktisch auch für Vertragsschluss
Tschechien	Zwingend nur Unterschriftsbeglaubigung durch Notar, Anwalt oder Registerbehörde. Verträge meist von Anwälten erstellt
Dänemark	Kein Beteiligungszwang; üblicherweise ist beim Vertragsschluss der Verkäufer durch den Makler, der Käufer durch einen Anwalt vertreten
England	Kein Beteiligungszwang; üblicherweise wird jede Seite durch einen Anwalt (solicitor) vertreten, seltener alternativ durch sog. licensed conveyancer
Finnland	Zwingend nur notarielle Unterschriftsbeglaubigung; beim Vertragsschluss hilft üblicherweise der Makler
Frankreich	Notarzwang für Antrag auf Registereintragung, dadurch faktisch auch für Vertragsschluss; Notare dürfen auch als Makler tätig sein
Deutschland	Notarzwang bei Kaufvertrag und Auflassung (Eigentumsübertragung)
Griechenland	Notarzwang bei Kaufvertrag; ab einem Verkaufswert von mehr als 29.347,03 € zusätzlicher Anwaltszwang für beide Parteien
Ungarn	Alternativer Anwalts- oder Notarzwang; Kaufverträge werden fast ausschließlich von Anwälten erstellt; Hypothekenbestellungen dagegen vom Notar
Irland	Kein Beteiligungszwang; üblicherweise wird jede Seite durch einen Anwalt (solicitor) vertreten.
Italien	Notarzwang für Antrag auf Registereintragung, dadurch faktisch auch für Vertragsschluss
Niederlande	Notarzwang für Auflassung und Eintragung, nicht aber für Vertragsschluss; in manchen Gegenden aber üblich
Polen	Notarzwang bei Vertragserstellung und Unterschriftsbeglaubigung
Portugal	Notarzwang für Antrag auf Registereintragung, dadurch faktisch auch für Vertragsschluss; Käufer üblicherweise zusätzlich durch eigenen Anwalt vertreten
Schottland	Kein Beteiligungszwang; üblicherweise wird jede Seite durch einen Anwalt (solicitor) vertreten, sehr selten alternativ durch licensed conveyancer
Slowakei	Notarzwang nur bei Unterschriftsbeglaubigung; Erstellung des Vertrags häufig durch Anwälte
Slowenien	Notarzwang nur bei Unterschriftsbeglaubigung; Erstellung des Vertrags meist durch Parteien, gelegentlich durch Anwälte
Spanien	Notarzwang für Unterschriftsbeglaubigung und Auflassung; den

	Vollzug notarieller Urkunden übernimmt regelmäßig ein sog. gestor administrativo ohne verpflichtende juristische Ausbildung
Schweden	Kein Beteiligungszwang; üblicherweise beide Seiten durch (gleichen) Makler vertreten

Fasst man diese Informationen zusammen, kann man drei große Regelungssysteme unterscheiden: (1.) das lateinische Notariat, (2.) das Anwaltssystem und (3.) das Maklersystem, bei dem speziell ausgebildete Grundstücksmakler auch die juristischen Dienstleistungen bei Grundstücksgeschäften erbringen.

a) Das lateinische Notariat

Das lateinische Notariat ist die wichtigste Berufsgruppe, die in Europa bei Grundstücksgeschäften eingeschaltet wird und mit Ausnahme der britischen Inseln und Skandinaviens in allen westeuropäischen Staaten von Portugal bis Deutschland und in den meisten osteuropäischen Staaten, namentlich Polen, Tschechien, Slowakei, Slowenien, führend ist. Diese Notare sind mit der Ausnahme der genannten deutschen Bundesländer und einiger Schweizer Kantone durchweg Nur-Notare,³² die als unabhängige Amtsträger für beide Parteien gleichzeitig handeln. Eine nebenberufliche Form des Notariats, die lediglich Beurkundungsaufgaben hat und nicht der Familie des lateinischen Notars entstammt, ist in Finnland zu finden. Obwohl in England und Wales Notare als öffentliche Amtsträger existieren, kommt ihnen keine Funktion bei der Übertragung unbeweglichen Eigentums zu.

In den meisten Ländern des lateinischen Notariats ist die Beteiligung von Notaren zwingend (sog. Notarzwang).³³ Der Notarzwang gilt immer für die Beglaubigung der Unterschriften beim Vertrag, erstreckt sich in mehreren Ländern auch auf das Grundbuchverfahren (Italien, Frankreich, Portugal, Luxemburg), die Auflassung (Spanien, Niederlande) und nur in einer Minderheit auch auf die Erstellung des Kaufvertrags (Deutschland, Polen, Griechenland). Entsprechend ist die Beteiligung anderer Berufsgruppen faktisch und/oder rechtlich mehr oder weniger stark eingeschränkt.

In Portugal ist es üblich, dass der Käufer trotz bestehenden Notarzwangs während des gesamten Kaufprozesses durch einen Anwalt unterstützt wird. Dieser erstellt häufig einen Vorvertrag und unterstützt seinen Klienten bei der Auflassung des Grundstückes und Eintragung in das Grundbuch. Der Verkäufer wird jedoch in der Regel nicht durch einen Anwalt vertreten, so dass seine Interessen ausschließlich durch die Beteiligung des Notars und somit dessen Aufklärungs- und Beratungspflichten geschützt werden.

Neben den Notarzwang treten im lateinischen Notariat gesetzliche Zugangsbeschränkungen (*numerus clausus* der Amtsträger) und gesetzlich festgelegte Notargebühren.³⁴

Eine bemerkenswerte Ausnahme in dieser Hinsicht bilden die Niederlande, die seit 1999 ihre Notariatsverfassung liberalisiert haben. Dabei wurden insbesondere der *numerus clausus* der Amtsträger und die festen Gebühren abgeschafft; vor der Zulassung muss der Bewerber neben den subjektiven Voraussetzungen (Universitätsabschluss und Vorbereitungsdienst) lediglich einen Geschäftsplan präsentieren, der von einer

³² Hierzu bereits B. 2.

³³ So z.B. in Belgien, Frankreich, Deutschland, Italien, den Niederlanden, Polen, Portugal, Spanien, Slowakei, Slowenien und Ungarn.

³⁴ Eine Ausnahme stellen die Niederlande dar, in denen der Beruf des Notars kürzlich liberalisiert wurde.

unabhängigen Kommission gebilligt werden muss. Die Folgen der Reform waren für Verbraucher und gesamtwirtschaftlich in der Summe positiv: Die Zahl der Amtsträger stieg leicht an (womit auch weitere Arbeitsplätze u.a. von Büroangestellten geschaffen wurden); die Gebühren für Grundstückstransaktionen fielen um bis zu 30-40%, wohingegen die - offenbar vorher quersubventionierten - Gebühren im Bereich des Familien- und Erbrechts stark anstiegen, aber betragsmäßig immer noch verhältnismäßig gering sind. Nur in seltenen Fällen finden sich Klagen, dass Notare besonders bei kleinen Gebührenwerten weniger sorgfältig arbeiten würden und sich weniger Zeit nähmen.

Eine weitere Ausnahme stellt seit 2006 Italien dar. Dort wurde die Gebührenordnung abgeschafft, die Zulassungsbeschränkung (*numerus clausus*) aber beibehalten. Dadurch besteht freilich die Gefahr, dass die nach wie vor beschränkte Anzahl von Notaren zu einem oligopolistischen Markt führt und sich somit das Preisniveau anders als in den Niederlanden für den Verbraucher negativ entwickeln könnte. Weitere Abweichungen finden sich in Österreich. Während auch dort ein *numerus clausus* für Notare gilt, dürfen auch Anwälte Grundstückskaufverträge entwerfen, wobei die Beglaubigung der Unterschriften allerdings wiederum Notaren oder Gerichten vorbehalten ist. Bei den Gebühren ist nur ein – relativ hohes Maximum – gesetzlich festgeschrieben; niedrigere Gebühren können vereinbart werden. In der Praxis liegen die üblichen Notargebühren allerdings deutlich über den – gesetzlich festgeschriebenen – deutschen Gebühren. Eine letzte Ausnahme stellt Portugal dar, wo feste Gebührensätze ab Anfang 2008 aufgehoben werden.

b) Anwaltssysteme

Besonders im Vereinigten Königreich, Irland und Tschechien dominieren Rechtsanwälte die juristischen Dienstleistungen beim Grundstückserwerb, sie spielen wie gerade erwähnt aber auch in Österreich eine wichtige Rolle. Im angelsächsischen Bereich hat jede Partei durchweg ihren eigenen Anwalt, während in den kontinentaleuropäischen Ländern nach dem notariellen Leitbild häufig auch ein Anwalt für beide Seiten handeln kann. In Tschechien, wo Anwälte ebenfalls Grundstücksgeschäfte dominieren (obwohl die Einschaltung eines Anwalts oder Notars überhaupt nicht vorgeschrieben ist), sind sogar beide Lösungen zulässig. Die Präsenz zweier Anwälte führt zu höheren Kosten, erhöht aber auch den rechtlichen Schutz jeder Partei.³⁵

In England und Schottland gibt es neben Anwälten auch sog. *licensed conveyancers*, die anders als Anwälte lediglich Rechtsdienstleistungen bei Grundstücksgeschäften erbringen dürfen. Diese Berufsgruppe wurde von der Thatcher-Regierung in den 1980er Jahren als Teil ihrer neoliberalen Reformen eingeführt, um die Anwälte unter Wettbewerbsdruck zu setzen. Die praktische Bedeutung der *licensed conveyancers* ist jedoch gering geblieben, da sie nur bei weniger als 5% der Grundstücksübertragungen beteiligt sind. Dennoch wurde

³⁵ Die Einschaltung von zwei Anwälten in England, Irland und Schottland ist mangels dinglicher Sicherung der Vertragspflichten üblich, auch wenn z.B. in England keine Pflicht dazu besteht. Hierzu vgl. z.B. *Kopp/Waldner*, England, in: *Frank/Wachter* (Hrsg.), Handbuch Immobilienrecht in Europa – Zivil- und steuerrechtliche Aspekte des Erwerbs, der Veräußerung und der Vererbung von Immobilien, (C. F. Müller, München, 2004) 167 (189 f.); für Irland vgl. *Grehan*, Irland, in: *Frank/Wachter* (Hrsg.), Handbuch Immobilienrecht in Europa – Zivil- und steuerrechtliche Aspekte des Erwerbs, der Veräußerung und der Vererbung von Immobilien, (C. F. Müller, München, 2004), 445 (455 f.).

das Ziel der Senkung von Anwaltsgebühren weitgehend erreicht, da der Markt durch die neue potentielle Konkurrenz tatsächlich spürbar unter Druck gesetzt wurde.³⁶

Im Vergleich zu „klassischen“ lateinischen Notaren ist die Berufsgruppe der Anwälte deutlich weniger reguliert. Dies macht es in der Regel möglich, verschiedene Dienstleistungspakete anzubieten, so dass sowohl ein Preis- als auch in Produktwettbewerb entsteht.

c) Exkurs: Hybride Modelle

In einigen Ländern ist es üblich, dass Rechtsanwälte und Notare gleichzeitig bei der Übertragung von Grundstücken eingeschaltet werden. Dies ist bei Grundstückstransaktionen im geschäftlichen Bereich in fast allen Ländern, in denen Notarzwang besteht, der Fall; hier arbeiten typischerweise Firmenanwälte den Vertragsentwurf aus, den sich die Notare dann häufig zu eigen machen.

Im Bereich privater Transaktionen ist die parallele Beteiligung von Anwälten und Notaren die Ausnahme, da hierdurch zusätzliche Kosten entstehen. Eine solche Konstellation findet sich indes in Griechenland und Ungarn, wiewohl deren Notarverfassungen dem lateinischen Notariat zuzurechnen sind.

In Griechenland besteht neben dem Notarzwang für die Erstellung des Kaufvertrages und die Auflassung auch ein Anwaltszwang, sofern der Kaufpreis des Grundstückes 29.347,03€ übersteigt. Dabei ist vorgeschrieben, dass beide Vertragsparteien bei der Unterzeichnung des Kaufvertrages durch einen Anwalt unterstützt werden. Zudem überprüft meist der Anwalt des Käufers, nicht der Notar, die Grundbucheintragen. Obwohl durch dieses Verfahren erhebliche zusätzliche Kosten entstehen, ist es in Griechenland durchaus üblich, auch bei Kaufverträgen, die den Wert von 29.347,03 € nicht überschreiten, freiwillig neben dem Notar auch Anwälte einzuschalten.

Eine andere Form des Mischsystems findet sich in Ungarn. Dort besteht für Grundstückübertragungen alternativ Anwalts- oder Notarzwang. Faktisch spielen die Notare jedoch kaum eine Rolle; sie sind nur in ca. 1% der Fälle beteiligt.³⁷ Indes ist bei der Hypothekenbestellung die Einschaltung eines Notars üblich. Dies geht auf den Einfluss der Banken zurück, die vom Kreditnehmer eine direkt vollstreckbare Urkunde fordern, wie sie nur ein Notar anfertigen darf.

Nicht zuletzt wegen der Einschaltung zweier verschiedener Berufsträger gehören Griechenland und Ungarn zu den teuersten Ländern für juristische Dienstleistungen bei Grundstücksgeschäften.

d) Makler als juristische Dienstleister

In einigen Ländern dürfen auch Makler juristische Dienstleistungen erbringen. So entwerfen in Ländern des romanischen Rechtskreises (insbesondere Frankreich, Spanien, Italien und Belgien) häufig Makler ohne juristische Ausbildung Vorverträge, in Spanien sogar die Kaufverträge selbst. Die Beteiligung der Notare ist auf die Erstellung einer zusammenfassenden Verkaufsurkunde beschränkt. Dieses Vorgehen ist nicht ohne Risiko

³⁶ Dies war auch das erklärte Ziel der Thatcher-Regierung. Bei der Etablierung der neuen Berufsgruppe ging es weniger darum, einen sinnvollen und besseren Dienstleister in dem Bereich zu erfinden, als vielmehr darum, den Markt im Geiste des Neoliberalismus zu öffnen.

³⁷ 2005 wurden nur in 3.200 der insgesamt 650.000 getätigten Grundstücksgeschäfte ein Notar beteiligt.

für die Vertragsparteien, die oftmals detaillierte vertragliche Verpflichtungen eingehen, bevor sie fachkundige juristische Hilfe in Anspruch nehmen.

Auch in Skandinavien ist es üblich, dass Makler alle Aufgaben im Zusammenhang mit dem Kauf von Grundstücken gewissermaßen aus einer Hand (*one stop shop*) übernehmen. Diese Makler absolvieren in der Regel ein besonderes Universitätsstudium, in dessen Rahmen sie auch Rechtskenntnisse erwerben. Entsprechend vereinigen skandinavische Makler in sich die Funktionen eines deutschen Maklers und Notars. Allerdings ist dieses Modell in seiner reinen Form nur in Schweden zu finden; die Unterschriftsbeglaubigung erfolgt dort nur durch zwei (beliebige) Zeugen. In Dänemark ist es hingegen üblich, dass der Makler nur die Verkäuferseite vertritt, während der Käufer durch einen Rechtsanwalt vertreten wird. In Finnland, wo die Makler ebenfalls die rechtliche Beratung beider Vertragsparteien übernehmen, müssen die Unterschriften von nebenberuflich tätigen Notaren (in der Praxis oftmals höhere Beamte) beglaubigt werden.

Die skandinavischen Makler sind im Vergleich zu den anderen Berufsgruppen am kostengünstigsten. Da der Vertragsinhalt von Grundstückskaufverträgen in weitem Umfang gesetzlich vorgegeben ist, werden Verbraucherinteressen auch im schwedischen Modell, in dem ein Makler für beide Parteien handelt, nur sehr selten gefährdet. Für zusätzliche Absicherung sorgen eine Haftpflichtversicherung und die Überwachungstätigkeit der Berufsverbände.

e) Bewertung

Schon auf den ersten Blick lassen sich sehr große Unterschiede zwischen den verschiedenen europäischen Ländern feststellen. Mit Ausnahme der romanischen Länder ist es fast überall üblich, dass in einem frühen Stadium juristische Experten zur Beratung der Vertragsparteien herangezogen werden. In vielen Ländern, inklusive Deutschland, ist dies auch gesetzlich verpflichtend. Eine solche Pflicht hat durchaus Vorteile, da ein Grundstückskauf normalerweise kapitalintensiv ist und damit besonders für unerfahrene Privatpersonen Risiken in sich bergen kann.

Große Unterschiede finden sich im Bereich der Regulierung der beteiligten Berufsgruppen, unabhängig davon, ob ihre Mitwirkung verpflichtend oder freiwillig ist. Während beispielsweise in England liberale Regeln für die Preis- und Angebotsgestaltung der beim Grundstückskauf beteiligten Anwälte gelten und das niederländische Notarsrecht weitreichend liberalisiert wurde, gelten in anderen Ländern wie beispielsweise Deutschland oder Frankreich für die verpflichtend einzuschaltenden Notare umfangreiche Zugangs- und Wettbewerbsbeschränkungen. Hierbei ist keineswegs bewiesen, dass stärker regulierte nationale Systeme - namentlich Systeme mit einer Beschränkung der zugelassenen juristischen Berufsgruppen, einem *numerus clausus* der Berufsträger und festen Gebührensätzen sowie Gebietsbeschränkungen für den Tätigkeitsbereich der Berufsträger - Leistungen besserer Qualität erbringen. Dies gilt auch und gerade für das lateinische Notariat, das in besonderer Weise staatlichen Regulierungen unterliegt. Dies belegen nicht zuletzt die fallenden Preise bei Notardienstleistungen im Zusammenhang mit Grundstücksgeschäften in den Niederlanden seit der Liberalisierung des dortigen Systems³⁸

³⁸ In den Niederlanden wurde die Zulassungsbeschränkung der Notare, die Gebietsbeschränkung und die Gebührenordnung aufgehoben. Die Preise für Verträge im Bereich des Grundstückskaufes sind daraufhin zum Teil um über 50% gefallen. Allerdings muss man bedenken, dass andere Notardienstleistungen, vor allem im Bereich des Familienrechts, deutlich gestiegen sind, da die Preise nun von den Berufsträgern vorrangig nach ihrem

und die guten Erfahrungen mit dem System universitär ausgebildeter Makler in Skandinavien.³⁹

Eine Liberalisierung der Notariatsverfassung könnte deswegen auch in Deutschland ein nicht zu vernachlässigendes volkswirtschaftliches Wachstumspotenzial erschließen. Allerdings müsste eine Reform von neutralen Gremien – also nicht von Standesorganisationen, sondern beispielsweise von Regulierungsagenturen wie in anderen Bereichen – begleitet und kontrolliert werden, um negativen Auswirkungen entgegenzuwirken. Schließlich müsste als ultima ratio auch der Staat negative Folgen für einzelne betroffene Gruppen ausgleichen. Sollten die Preise für Dienstleistungen im Familien- und Erbrecht – namentlich für notarielle Eheverträge und Testamente – deutlich ansteigen, sollten für sozial Bedürftige staatliche Zuschüsse (etwa im Rahmen der Sozialhilfe) eingeführt werden, damit jedermann auch weiterhin solche Leistungen in Anspruch nehmen kann.

D. EG-Rechtswidrigkeit der deutschen Regeln?

Neben Fragen wirtschaftlicher Effizienz werfen stark regulierte Berufsrechte wie die deutsche Notariatsverfassung auch Fragen nach ihrer Vereinbarkeit mit Gemeinschaftsrecht auf. Namentlich denkbar sind Verstöße gegen die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit sowie das europäische Wettbewerbsrecht.

1. Grundfreiheiten

Zu den Grundfreiheiten, die durch den EG-Vertrag allen Unionsbürgern garantiert werden, gehören die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit. Während die Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EG grenzüberschreitende Erbringung und Empfang von Dienstleistungen innerhalb der EU garantiert,⁴⁰ schützt die Niederlassungsfreiheit des Art. 43 EG die dauerhafte selbstständige Erwerbstätigkeit eines Unionsbürgers in einem anderen EU-Mitgliedsstaat.⁴¹

Da es sich bei der Notarstätigkeit um eine wirtschaftliche Tätigkeit handelt, ist es im Prinzip möglich, dass sie unter den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten fällt. Allerdings könnte dem die Bereichsausnahme der Art. 45, 55 EG entgegenstehen, wonach Tätigkeiten, die „dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind“, nicht in den Anwendungsbereich dieser Grundfreiheiten fallen. Sollte dies nicht der

wirtschaftlichen Aufwand festgesetzt werden. Insgesamt ist davon auszugehen, dass die Gesamtkosten, die eine durchschnittliche Familie in ihrem Leben für einen „Korb typischer Notardienstleistungen“ zahlt, gesunken sind.

³⁹ Allerdings ist nicht klar, ob ein solches System auf Grund der unterschiedlichen Rechtstraditionen in andere europäische Länder wie Deutschland übertragen werden könnte. Vor allem der beschränkte öffentliche Zugang zum Grundbuch (notwendig ist die Glaubhaftmachung eines berechtigten Interesses) in Deutschland könnte hierbei ein Problem darstellen. Außerdem kann dieses System nur in Ländern mit relativ einfachen sachenrechtlichen Regelungen erfolgreich sein. In England wären juristische Laien oder Personen mit einer nur beschränkten juristischen Ausbildung dagegen durch die verschiedenen Formen des Eigentums und das sog. „chain system“ bei Transaktionen überfordert.

⁴⁰ Vgl. *Müller-Graff in Streinz*, EUV/EGV Kommentar (C. H. Beck, München, 2003) Art. 49 EGV, Rn. 14 ff.; Barnard, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms* (Oxford University Press, Oxford 2004) 291 ff.

⁴¹ Vgl. *Müller-Graff in Streinz*, EUV/EGV Kommentar (C. H. Beck, München, 2003) Art. 43 EGV Rn. 10 ff.; *Bröhmer in Calliess/Ruffert*, EUV/EGV Kommentar (C. H. Beck, München, 2007) Art. 43 EGV, Rn. 5 ff.; Barnard, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms* (Oxford University Press, Oxford 2004), 330 ff.

Fall sein, könnten die Einschränkungen dennoch auf Grund *zwingender Gründe des Allgemeinwohls* gerechtfertigt sein.⁴²

a) Das Notariat als öffentliches Amt (Art. 45, 55 EG)

Bei der Frage, ob notarielle Dienstleistungen unter den Anwendungsbereich der Art. 45, 55 fallen, ist nicht auf den Notarberuf als Ganzes abzustellen, sondern es ist jede Dienstleistung einzeln auf ihren hoheitlichen Charakter hin zu untersuchen.⁴³ Ob Teile der Notarstätigkeit als hoheitliche Aufgaben zu qualifizieren sind, ist vorliegend also nur relevant, wenn diese Tätigkeiten im Zusammenhang mit Grundstückserwerb erheblich werden.⁴⁴ Von Bedeutung sind hier vor allem die rechtliche Beratung der Vertragsparteien sowie die Beurkundung der Verträge durch den Notar.

Zu beachten ist, dass die europarechtliche Beurteilung, ob eine Tätigkeit dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist und somit die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten ausgeschlossen ist, nicht dem nationalen Recht folgen muss, dem zufolge der Notar stets ein öffentliches Amt bekleidet. Wäre dies anders, stünde es dem nationalen Gesetzgeber frei, den EG-Vertrag zu umgehen, indem er Tätigkeiten als öffentliches Amt deklariert. Dies kann das Gemeinschaftsrecht nicht zulassen.⁴⁵

Da der EuGH in der Rechtssache *Reyners*⁴⁶ entschieden hat, dass Anwälte keine hoheitliche Funktion ausüben, ist auch für die Rechtsberatungstätigkeit von Notaren naheliegend, dass diese nicht unter die Bereichsausnahme zu fassen sind. Allerdings könnte die Beratungsfunktion des Notars als integraler Bestandteil der Beurkundung gesehen werden, da Hinweis- und Belehrungspflichten des Notars nur Sinn machen, wenn der Notar auch über die Konsequenzen des Rechtsgeschäfts berät.⁴⁷ Diese Frage erlangt aber nur dann Relevanz, wenn die Beurkundungsfunktion selbst als hoheitliche Aufgabe zu qualifizieren ist.

Generell ist der EuGH mit der Annahme einer Bereichsausnahme auf Grund einer hoheitlichen Aufgabe gemäß Art. 45, 55 oder 39 Abs. 4 EG sehr zurückhaltend. So fordert der EuGH eine direkte und spezifische Verbindung der Tätigkeit mit der Ausübung öffentlicher Gewalt sowie ein qualifiziertes Interesse des Mitgliedsstaates an einer nationalen Kontrolle.⁴⁸ Die Beurkundungstätigkeit des Notars dient in erster Linie der

⁴² Vgl. EuGH C-76/90 (*Saeger*) zur Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit auf Grund zwingender Gründe des Allgemeinwohls.

⁴³ Vgl. z.B. *Bracker* in *Schippel/Bracker* (Hrsg.), Bundesnotarordnung – Kommentar, 8. Aufl. (Verlag Franz Vahlen, München, 2006) § 1, Rn. 8; *Schill*, Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare und europäische Niederlassungsfreiheit, NJW 2007, 2014 (2016); *Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages (Dünkel/Baddenhausen)*, Gemeinschaftsrechtliche Niederlassungsfreiheit und notarielles Berufsrecht in Europa, Nr. 51/06, S. 1 f.

⁴⁴ Allgemein zu der Frage der Anwendbarkeit der Bereichsausnahme auf Notare vgl. z.B. *Schill*, Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare und europäische Niederlassungsfreiheit, NJW 2007, 2014; *Hirsch*, Die Europäisierung der freien Berufe, DNotZ 2000, 729; *Schiller*, Freier Personenverkehr im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit?, EuR 2004, 27; *Preuß*, Europarechtliche Probleme der deutschen Notariatsverfassung, ZEuP 2005, 291; *Basedow*, Zwischen Amt und Wettbewerb – Perspektiven des Notariats in Europa, RabelsZ 1991, 409.

⁴⁵ Vgl. *Bracker* in *Schippel/Bracker* (Hrsg.), Bundesnotarordnung – Kommentar, 8. Aufl. (Verlag Franz Vahlen, München, 2006) § 1, Rn. 8; *Tiedje/Troberg* in *von der Groeben/Schwarze*, EGV/EGV – Kommentar (Nomos, Baden-Baden, 2003), Art. 45 EG, Rn. 5 ff.

⁴⁶ Vgl. EuGH C-2/74 (*Reyners*), NJW 1975, 513 (515).

⁴⁷ Vgl. *Schill*, Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare und europäische Niederlassungsfreiheit, NJW 2007, 2014 (2017).

⁴⁸ Vgl. EuGH C-42/92 (*Thijssen*), Rn. 22.

Beweissicherung. Der Notar hat keinerlei Einfluss auf den Inhalt der von den Parteien abgegebenen Erklärungen, sondern beurkundet diese lediglich in einem gesetzlich vorgegebenen Verfahren. Da es sich bei dieser Tätigkeit nicht um eine hoheitliche Aufgabe der klassischen Eingriffsverwaltung handelt und ein erhebliches Interesse des Mitgliedsstaates an einer nationalen Kontrolle kaum zu begründen ist, dürfte die Anwendbarkeit der entsprechenden Bereichsausnahmen eher zu verneinen sein.⁴⁹ Entsprechend wird hier davon ausgegangen, dass die Grundfreiheiten jedenfalls auf Notariatsdienstleistungen bei Grundstücksgeschäften anwendbar sind. Jede Beschränkung dieser Freiheiten bedarf dann eines *zwingenden Grundes des Allgemeinwohls* zur Rechtfertigung.

b) Staatsangehörigkeitsvorbehalt

Die stärkste Beschränkung des Binnenmarktes für Notardienstleistungen stellt der Staatsangehörigkeitsvorbehalt dar, nach dem es gemäß § 5 BNotO nur deutschen Staatsangehörigen erlaubt ist, den Notarsberuf auszuüben. Auf Grund des Staatsangehörigkeitsvorbehalts, der die Notariatsverfassungen der meisten Länder des lateinischen Notariats prägt, hat die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Staaten, die diese Regelung nicht aufgeben wollten, eingeleitet.⁵⁰

Zweifellos stellt der Staatsangehörigkeitsvorbehalt eine direkte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit des Art. 43 EG dar;⁵¹ die Bereichsausnahme des Art. 45 EG ist nach der gerade referierten Auffassung nicht anwendbar. Eine Rechtfertigung durch *zwingende Gründe des Allgemeinwohls*⁵² kommt für offen diskriminierende Maßnahmen nicht in

⁴⁹ Ebenfalls kritisch *Schill*, Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare und europäische Niederlassungsfreiheit, NJW 2007, 2014 (2017); *Tiedje/Troberg* in *von der Groeben/Schwarze*, EGV/EGV – Kommentar (Nomos, Baden-Baden, 2003), Art. 45 EG, Rn. 15; *Basedow*, Zwischen Amt und Wettbewerb – Perspektiven des Notariats in Europa, RabelsZ 1991, 409 (427 ff.); *Schiller*, Freier Personenverkehr im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit?, EuR 2004, 27 (45 ff.). Anders *Bracker* in *Schippel/Bracker* (Hrsg.), Bundesnotarordnung – Kommentar, 8. Aufl. (Verlag Franz Vahlen, München, 2006) § 1, Rn. 8; Vgl. *Reinmann*, Die deutsche Notariatsverfassung, 5 (http://www.uni-regensburg.de/Fakultaeten/Jura/arnold/dsg/scripten/band_4_6) 11 f.; *Preuß*, Europarechtliche Probleme der deutschen Notariatsverfassung, ZEuP 2005, 291 (309 ff.). Auch den hoheitlichen Charakter der Notartätigkeit als Ganzes betont die Bundesregierung in ihren Stellungnahmen gegenüber der Europäischen Kommission in den Jahren 1999 und 2000. Dieser Position schließt sich auch die Konferenz des lateinischen Notariats der Europäischen Union (C.N.U.E.) an. Vgl. hierzu auch *Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages (Dünkel/Baddenhausen)*, Gemeinschaftsrechtliche Niederlassungsfreiheit und notarielles Berufsrecht in Europa, Nr. 51/06, S. 1 f.

⁵⁰ Schon am 12. Oktober 2006 hat die Kommission die zweite Stufe des Vertragsverletzungsverfahrens gemäß Art. 226 EG gegen Deutschland und 15 weitere EG Mitgliedsstaaten beschränkt, indem sie eine „Begründete Stellungnahme“ verschickt hat. Vor wenigen Monaten wurde nun Klage vor dem EuGH erhoben. Hierzu vgl. auch *Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages (Dünkel/Baddenhausen)*, Gemeinschaftsrechtliche Niederlassungsfreiheit und notarielles Berufsrecht in Europa, Nr. 51/06, S. 1. Dabei hat sich die Bundesregierung in ihren Stellungnahmen von 1999 und 2000 auf die Position gestellt, dass der Staatsbürgervorbehalt europarechtskonform ist, da die Tätigkeit der Notare durchweg hoheitlichen Charakter besitzt.

⁵¹ Vgl. z.B. *Bröhmer* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV Kommentar (C. H. Beck, München, 2007) Art. 43 EGV, Rn. 20; *Schill*, Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare und europäische Niederlassungsfreiheit, NJW 2007, 2014 ff.; *Hirsch*, Die Europäisierung der freien Berufe, DNotZ 2000, 729 (735 f.).

⁵² Zu dieser Rechtfertigungsmöglichkeit vgl. z.B. *Müller-Graff* in *Streinz*, EUV/EGV Kommentar (C. H. Beck, München, 2003) Art. 43 Rn. 71 ff.; *Bröhmer* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV Kommentar (C. H. Beck, München, 2007) Art. 43 EGV, Rn. 32.

Betracht.⁵³ Eine Rechtfertigung ist somit nur auf der Grundlage von Art. 46 Abs. 1 EG zulässig. Dieser lässt allerdings lediglich Einschränkungen der Niederlassungsfreiheit auf Grund der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit zu.⁵⁴ Diese Ausnahmevorschrift ist dabei sehr eng auszulegen.⁵⁵ Entsprechend kommt eine Verteidigung des Staatsbürgervorbehaltes auf Grund von Art. 46 Abs. 1 EG nicht in Betracht. Gleiches gilt für die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EG, da eine Beschränkung nur auf Grund von Art. 55 EG möglich wäre, dieser aber auf die Bereichsausnahme für die Niederlassungsfreiheit des Art. 45 EG und die Rechtfertigungsgründe des Art. 46 EG verweist und diese als entsprechend anwendbar erklärt. Somit dürfte § 5 BNotO zumindest für den Bereich notarieller Dienstleistungen im Grundstücksverkehr gemeinschaftsrechtswidrig sein.⁵⁶

c) Rechtfertigung der weiteren Einschränkungen

Neben dem Staatsangehörigkeitsvorbehalt wirken in der deutschen Notariatsverfassung besonders zwei Regelungen marktbeschränkend: der Notarzwang und die gesetzlich festgelegten Gebührensätze. Die gesetzlich festgelegten Preise erschweren es auch ausländischen Marktteilnehmern, sich mit niedrigen Preisen auf dem inländischen Markt zu etablieren.⁵⁷

Weitere Probleme könnten sich in Bezug auf die Bedarfsprüfung als Voraussetzung für die Bestellung von Notaren gemäß § 4 BNotO ergeben, der die Zahl der Notarstellen stark beschränkt. Diese Vorgabe erschwert ebenfalls die Niederlassung ausländischer Notare in Deutschland und schränkt somit die Niederlassungsfreiheit ein. Auch die Landeskinderklausel des § 7 Abs. 1 BNotO, der zufolge Notare Einwohner des Bundeslandes sein müssen, in dem sie ihr Amt ausüben, ist unter dem Gesichtspunkt der Dienstleistungsfreiheit problematisch.⁵⁸ Bei allen diesen Einschränkungen der Grundfreiheiten kommt es auf ihre Rechtfertigung nach *zwingenden Gründen des Allgemeinwohls* an.⁵⁹ Besonders zu denken ist hier an den Verbraucherschutz, das öffentliche Interesse an der Richtigkeit des Grundbuches sowie an der Rechtmäßigkeit von Grundstücksübertragungen. Allerdings müssten diese Rechtfertigungsgründe auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen.

⁵³ Vgl. z.B. *Tietje* in *Ehlers* (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten (De Gruyter Recht, Berlin, 2005) 307. *Bröhmer* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV Kommentar (C. H. Beck, München, 2007) Art. 43 EGV, Rn. 32.

⁵⁴ Vgl. zu den zulässigen Rechtfertigungsgründen des Art. 46 EG z.B. *Bröhmer* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV Kommentar (C. H. Beck, München, 2007) Art. 46 EGV, Rn. 1; so auch *Tietje* in *Ehlers* (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten (De Gruyter Recht, Berlin, 2005) 307.

⁵⁵ Vgl. EuGH C-100/01, Rn. 40 (*Olazabal*); EuGH C-416/96, Rn. 45 (*El-Yassini*); *Bröhmer* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV Kommentar (C. H. Beck, München, 2007) Art. 46 EGV, Rn. 2.

⁵⁶ Zur direkten Anwendbarkeit von Art. 43 und der damit verbundenen Unanwendbarkeit dem entgegenstehenden nationalen Rechts vgl. *Müller-Graff* in *Streinz*, EUV/EGV Kommentar (C. H. Beck, München, 2003) Art. 43 Rn. 89 ff.

⁵⁷ Vgl. EuGH C-202/04 (*Cipolla*), der Mindestgebühren für Anwälte in Italien als grundfreiheitsbeschränkend ansah.

⁵⁸ Vgl. z.B. *Schill*, Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare und europäische Niederlassungsfreiheit, NJW 2007, 2014 (2014 f.).

⁵⁹ Vgl. z.B. *Bröhmer* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV Kommentar (C. H. Beck, München, 2007) Art. 49, 50 EGV, Rn. 70 ff.

2. Verstoß gegen das Kartellverbot (Art. 81 EG)?

Das grundlegende Kartellverbot des Art. 81 EG bezieht sich auf Verhalten von und Absprachen zwischen Unternehmen.⁶⁰ Allerdings bedeutet dies nicht, dass staatliches Handeln von vorne herein vom Anwendungsbereich des Art. 81 EG ausgenommen ist. Die Pflicht der Mitgliedsstaaten zur loyalen Zusammenarbeit bei der Anwendung von Gemeinschaftsrecht des Art. 10 EG kann nämlich die Wirkung des Art. 81 EG auf staatliches Handeln ausdehnen (*effet utile* Doktrin).⁶¹ Insbesondere trifft jeden Mitgliedsstaat danach die Pflicht, alle notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um die Pflichten aus dem EG-Vertrag zu erfüllen und die Ziele der Gemeinschaft zu erreichen. In Verbindung mit Art. 81 EG bedeutet dies, dass Mitgliedsstaaten Kartelle im Sinne von Art. 81 EG weder erzwingen noch fördern dürfen.⁶² Dies ist notwendig, damit eine Umgehung des europäischen Kartellrechts unter dem Deckmantel staatlichen Handelns ausgeschlossen ist.

Allerdings ist die Anwendbarkeit des Kartellrechts bei hoheitlichen Maßnahmen ausgeschlossen.⁶³ Dies ist mit der *state action doctrine* im amerikanischen Recht in einigen Punkten vergleichbar.⁶⁴ In diesem Sinn hat der EuGH kürzlich entschieden, dass die italienische Gebührenordnung für anwaltliche Tätigkeiten nicht gegen Art. 10 i.V.m. 81 EG verstößt.⁶⁵ Die beratende Tätigkeit eines Anwaltes ist materiell mit den Tätigkeiten des deutschen Notars im Zusammenhang mit der Übertragung unbeweglichen Eigentums vergleichbar. Dies wird auch daraus deutlich, dass in anderen Ländern wie z.B. England Anwälte und nicht Notare diese Beratungsfunktion übernehmen. Auch ist nicht ersichtlich, warum eine staatliche Festlegung von Anwaltsgebühren anders behandelt werden sollte als die staatliche Festlegung von Beurkundungsgebühren. Entsprechend ist - folgt man dem EuGH und der herrschenden Meinung - nicht von einer Anwendbarkeit des Art. 81 EG auf nationales Recht, das Notargebühren festlegt oder den Wirkungsbereich von Notaren beschränkt, auszugehen.

E. Schlussbemerkungen

Die derzeitigen deutschen Regulierungen juristischer Dienstleistungen bei Grundstücksgeschäften scheinen sowohl aus Sicht der Verbraucher als auch volkswirtschaftlich gesehen nicht optimal zu sein.⁶⁶ Überdies bestehen Bedenken hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit Gemeinschaftsrecht, namentlich der Dienstleistungs-

⁶⁰ Vgl. *Jones/Sufring*, EC Competition Law (Oxford University Press, Oxford, 2004) 101 ff.

⁶¹ Vgl. für Art. 10 i.V.m. 82 EG EuGH C-13/77 (*Inno/ATAB*).

⁶² Vgl. z.B. *Jones/Sufrin*, EC Competition Law (Oxford University Press, Oxford, 2004) 539 f.; *Eilmansberger* in *Streinz*, EUV/EGV Kommentar (C. H. Beck, München, 2003) Art. 81 Rn. 710.

⁶³ Vgl. z.B. EuGH C-198/01, Rn. 46; C-136/86 (*Aubert*) Rn. 23.

⁶⁴ Vgl. *Parker/Brown*, 317 U.S. 341 (1943).

⁶⁵ Vgl. EuGH, C-94/04 (*Cipolla*). Ausführlich dazu auch GA Maduro, Schlussantrag zu Rs. C-94/04 (*Cipolla*), Absatz 42 ff.

⁶⁶ Anders *Murray*, Real Estate Conveyancing in 5 European Union Member States: A Comparative Study – Short Preliminary report of June 25, 2007, 17 ff., der die Vorteile einer Regulierung des Dienstleistungsmarkts hervorhebt, keine Gefahr höherer Preise sieht, aber die Qualitätssicherung durch Regulierungsmaßnahmen und staatlich festgesetzte Gebühren für am besten gewährleistet hält. Führt man diesem Gedankengang weiter, so muss man allerdings davon ausgehen, dass der Staat die Bedürfnisse der Konsumenten besser kennt als der Markt und somit eine durch den Staat geplante Wirtschaft letztlich zu den besten Ergebnissen führt. Dass dies nicht der Fall ist, hat nicht zuletzt die Geschichte bewiesen.

(Art. 49 EG) und Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EG). Die gesetzlich festgelegten Gebühren, der *numerus clausus* der Amtsträger und der Notarzwang führen zu künstlichen Marktschranken und - wahrscheinlich auch - höheren Preisen. Zusammen mit dem Staatsangehörigkeitsvorbehalt schließen diese Regelungen einen freien Dienstleistungsverkehr in Europa von vorne herein aus. Dabei wird die Freizügigkeit einer ganzen Berufsgruppe behindert, weil ein Umzug in ein anderes Mitgliedsland mit einem zwangsweisen Berufswechsel verbunden wäre. Besonders negativ fällt der Staatsbürgervorbehalt auf, der kaum gerechtfertigt werden kann. Die Bereichsausnahme der Art. 45, 55 EG dürfte jedenfalls für Notardienstleistungen bei Grundstücksgeschäften nicht greifen.

Insgesamt ist somit zu erwarten, dass eine Liberalisierung solcher Dienstleistungen den Verbrauchern und der Volkswirtschaft im Ganzen Vorteile brächte. Allerdings sollte sie von einem unabhängigen Gremium wie einer Regulierungsbehörde überwacht und begleitet werden, damit die Allgemeininteressen durch die Reform gefördert werden und keine unbilligen Härten für einzelne Berufsträger und Verbraucher auftreten.