

ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

151. JAHRGANG

02
2019

MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND VERFAHREN AUSSER STREITSACHEN



Aus dem Inhalt:

BEITRAG

Walter Brugger und Anna Theresa Petrikovics:

Berufs- und honorarrechtliche Bestimmungen im Spiegel
von Straf- und Europarecht

Seite 41

RECHTSPRECHUNG

Schenkung auf den Todesfall als für den Pflichtteil entgeltliches Rechtsgeschäft Seite 53

Verlust des testamentarischen Erbrechts wegen Auflösung der Ehe Seite 57

Verbot der Einlagenrückgewähr: Nichtiges Wohnungsgebrauchsrecht Seite 65

Einseitigkeit des Revisionsrekurses gegen Zurückweisungsbeschluss
des Rekursgerichts wegen Verspätung (*Peter G. Mayr*) Seite 74

REDAKTION: Ludwig Bittner, Hans Hoyer, Elisabeth Lovrek, Peter G. Mayr, Christian Rabl, Alexander Schopper,
Rudolf Welser, Alexander Winkler. BEIRAT: Hans Georg Ruppe, Karl Stöger, Wolfgang Zankl.

NZ 2019/13

Berufs- und honorarrechtliche Bestimmungen im Spiegel von Straf- und Europarecht

Der deutsche BGH hat in einer aufsehenerregenden Entscheidung zur Frage, ob Wettbewerb zwischen Notaren bezüglich der verrechneten Honorare erlaubt ist, Stellung bezogen. Der nachfolgende Beitrag analysiert, inwieweit diese deutsche Entscheidung Auswirkungen auf das österreichische Notariat hat und ob die gesetzlichen Honorierungsvorschriften unionsrechtlich Bestand haben.

Von Walter Brugger und Anna Theresa Petrikovics

Inhaltsübersicht:

- A. Der Anlassfall: Sachverhalt der BGH-Entscheidung
- B. Das Problem
- C. Berufsrecht
 - 1. Berufsrecht in Deutschland
 - 2. Berufsrecht in Österreich
- D. Honorarrecht
 - 1. Deutsches Honorarrecht der Notare
 - 2. Österreich
 - a) Notariatstarif (NTG)
 - b) Gerichtskommissionstarif (GKTG)
- E. Strafrecht
 - 1. Die Korruptionsnormen
 - 2. „Vorteil“
 - 3. Diensthandlung, Dienstpflicht
 - 4. Österreichischer Notar als Amtsträger?
 - 5. Dienstpflicht bzw. „Amtsgeschäft“
 - 6. Folgerungen
- F. Sind die gesetzlichen Notargebühren europarechtskonform?
 - 1. Nebenfronten des BGH
 - a) Nebenfront: BVerfG
 - b) Nebenfront: EuGH 2011
 - 2. Europarechtskonformität von Honorarordnungen
 - a) Vorbemerkung: Stellung des Notars in Österreich
 - b) Judikatur bis 2002
 - c) Weitere Entwicklung
 - d) Kartellrechtlicher Aspekt (Art 101 AEUV)
 - e) Fälle nach Art 101 AEUV
 - f) Die DienstleistungsRL, Honorarordnungen und Dienstleistungsqualität
 - g) Fälle nach Art 56 AEUV iVm der DienstleistungsRL
- G. Folgerung für das Notariat

A. Der Anlassfall: Sachverhalt der BGH-Entscheidung

Dem aufsehenerregenden Fall voraus ging eine Hausdurchsuchung: Nach einem Zufallsfund, den die Kieler Schwerpunkt-StA für Wirtschaftskriminalität am Rande einer Durchsuchung im Komplex Flensburger Sparkasse gemacht hatte,¹ wurden im Sommer 2009 eine Notari-

atskanzlei am Werftkontor in Flensburg und die Büros des Immobilienmaklers im Flensburger Stadtteil Mürwik mit einem großen Aufgebot des LKA und der Kieler StA durchsucht. Die Ermittler versiegelten Büros und sicherten zwei Tage lang umfangreiche Daten vom Server der Sozietät, darunter E-Mail-Verkehre von Mitarbeitern. Sie fanden Abmachungen zwischen dem Flensburger Immobilienmakler D und einem Notar der RA- und Notariats-Kanzlei Brock Müller Ziegenbein (BMZ).² Der Immobilienkaufmann soll durch Bestechung zwischen 2005 und 2010 rund € 186.000,- gespart haben.³ Nach einem erstinstanzlichen Freispruch,⁴ gegründet auf ein Gutachten,⁵ wonach das Verhalten an sich gar nicht strafbar sei, sprach nun der BGH⁶ über Revision der StA aus, dass Strafbarkeit durchaus gegeben sein kann.

B. Das Problem

Der BGH hatte die Frage zu klären, ob die in Aussicht gestellten zukünftigen Beurkundungen, auf die seitens des Notars kein Rechtsanspruch bestanden hat, als verbotener Vorteil iSd §§ 331 ff dStGB zu beurteilen seien und dementsprechend das Unterschreiten des gesetzlich vorgeschriebenen Tarifs als beeinflusste Diensthandlung zu qualifizieren sei. Die Vereinbarung wurde vom BGH unter § 331 dStGB (Vorteilsannahme), § 332 dStGB (Bestechlichkeit), § 333 dStGB (Vorteilsgewährung) und § 334 dStGB (Bestechung) subsumiert. Die vom Landesgericht gefällten Freisprüche wurden aufgehoben und das Verfahren gegen den Notar sowie dessen Nachfolger, der die Vereinbarung nach dessen Pensionierung fortsetzte, und den Klienten wurde zur erneuten Entscheidung an die Vorinstanz zurückverwiesen.

² Siehe <https://lokalportal.de/posts/freispruch-im-prozess-gegen-makler-und-notar-wegen-bestechung-50828> (abgefragt am 2. 10. 2018).

³ Siehe <https://www.shz.de/regionales/schleswig-holstein/freispruch-im-prozess-gegen-makler-und-notar-wegen-bestechung-id16736861.html> (abgefragt am 2. 10. 2018).

⁴ Landgericht Flensburg I/KLS 18/12; StA Kiel 590/JJ/33742/09.

⁵ Dennis Bock, Universität Kiel, Lehrstuhl für Deutsches und Internationales Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsrecht.

⁶ BGH 22. 3. 2018, 5 StR 566/17.

¹ So <https://www.shz.de/189869> (abgefragt am 2. 10. 2018).

Der BGH wirft dem Immobilienkaufmann Bestechung und dem Flensburger Notar Bestechlichkeit (§ 332 dStGB) vor, zumindest potentiell, denn der Fall ist noch nicht meritorisch von den Unterinstanzen entschieden, sondern an diese zurückverwiesen worden. Der Immobilienkaufmann habe dem Notar eine bevorzugte Beauftragung (Beauftragung mit Beurkundungen, auf welche der Notar keinen Anspruch hat) in Aussicht gestellt. Der Notar als Amtsträger kann so bestochen werden; er habe im Gegenzug seine Dienstpflicht (volle Honorarabrechnung iSd § 17 BNotO)⁷ verletzt, indem er nur geringeres Honorar verlangte (**Gebührenunterschreitung**).

Nicht der Notar hat laut BGH den Immobilienkaufmann durch Honorarnachlässe „bestochen“ und dafür Vorteile (laufende Beurkundungsaufträge) erhalten. Sondern umgekehrt: **Der Immobilienkaufmann hat den bestechlichen Notar** mit der Zusage wiederholter Aufträge, somit höheren Einkommens, **bestochen, um von ihm eine Dienstpflichtverletzung**, nämlich Nachlässe, zu erlangen.

In der Folge werden zunächst die berufsrechtlichen, dann die honorarrechtlichen und strafrechtlichen Aspekte erörtert. Am Ende wird auf die – vom BGH nur kurz angeschnittenen – Fragen der Unionsrechtskonformität der Notargebühren eingegangen.

C. Berufsrecht

1. Berufsrecht in Deutschland

Gem § 1 dBNotO werden deutsche Notare

„für die Beurkundungen und andere Aufgaben auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege“

bestellt. Der Hauptanteil der notariellen Tätigkeit in Deutschland liegt im Beurkundungswesen. Mit dem Begriff „andere Aufgaben auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege“ normiert die dBNotO einen Aufgabatbestand für die übrigen Tätigkeiten des Notars, ohne jedoch den Begriff „vorsorgende Rechtspflege“ zu definieren. Im Allgemeinen werden darunter jedenfalls die Aufgaben verstanden, welche der Sicherung

⁷ Text des § 17: „(1) Der Notar ist verpflichtet, für seine Tätigkeit die gesetzlich vorgeschriebenen Gebühren zu erheben. Soweit nicht gesetzliche Vorschriften die Gebührenbefreiung oder -ermäßigung oder die Nichterhebung von Kosten wegen unrichtiger Sachbehandlung vorsehen, sind Gebührenerlaß und Gebührenermäßigung nur zulässig, wenn sie durch eine sittliche Pflicht oder durch eine auf den Anstand zu nehmende Rücksicht geboten sind und die Notarkammer allgemein oder im Einzelfall zugestimmt hat. In den Tätigkeitsbereichen der Notarkasse und der Ländernotarkasse treten diese an die Stelle der Notarkammern. Das Versprechen und Gewähren von Vorteilen im Zusammenhang mit einem Amtsgeschäft sowie jede Beteiligung Dritter an den Gebühren ist unzulässig. (2) Einem Beteiligten, dem nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung die Prozeßkostenhilfe zu bewilligen wäre, hat der Notar seine Urkundstätigkeit in sinngemäßer Anwendung der Vorschriften der Zivilprozeßordnung vorläufig gebührenfrei oder gegen Zahlung der Gebühren in Monatsraten zu gewähren.“

und Erleichterung des Rechtsverkehrs dienen (Beurkundungs- und Registerwesen).

Der deutsche Notar ist Inhaber eines Amtes, aber kein Beamter des Landes oder Bundes. Als Amtsinhaber wird der Notar jedoch gem § 11 Abs 1 Z 2 dStGB für strafrechtliche Zwecke wie ein Beamter behandelt.

2. Berufsrecht in Österreich

Auf den ersten Blick ist die österreichische Rechtslage mit der deutschen Rechtslage vergleichbar. Gem § 1 NO sind Notare

„vom Staat bestellt und in ihr öffentliches Amt eingeführt, damit sie nach Maßgabe dieses Gesetzes öffentliche Urkunden über Rechtserklärungen, Rechtsgeschäfte und rechtserhebliche Tatsachen aufnehmen und ausfertigen und zur Entlastung der Gerichte die von den Parteien anvertrauten Urkunden verwahren und Gelder und Wertpapiere zur Ausfolgung an Dritte oder zum Erlag bei Behörden übernehmen. Den Notarinnen und Notaren obliegt die Durchführung von Amtshandlungen als Gerichtskommissäre nach besonderen gesetzlichen Vorschriften“.

Vergleichbar zur deutschen Rechtslage wird der österreichische Notar hinsichtlich diverser Tätigkeiten als **öffentliche Urkundsperson** hoheitlich tätig.⁸ Neben der öffentlichen Beurkundungstätigkeit iSd § 1 Abs 1 NO) wird der österreichische Notar gem § 1 Abs 2 NO auch als **Gerichtskommissär** (als „Beauftragter des Gerichts in Außerstreitsachen“) tätig. In seiner Eigenschaft als Gerichtskommissär⁹ gilt der Notar als Beamter iS des StGB.¹⁰

Neben diesen hoheitlichen Tätigkeiten steht dem Notar gem § 5 NO auch das Recht zu, **Privaturkunden** zu verfassen, Parteien außerbehördlich, vor Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten und – soweit nicht ausschließlich die Vertretung durch einen Rechtsanwalt vorgesehen ist – auch in Verfahren außer Streitsachen und Exekutionsverfahren vor Gericht zu vertreten. Der Notar ist berechtigt, Parteien im Strafverfahren vor Verwaltungsbehörden, Finanzstrafbehörden und vor Gerichten wegen Straftaten, bei denen dem Bezirksgericht gem § 30 Abs 1 StPO das Hauptverfahren obliegt, zu verteidigen. Darüber hinaus werden Notare vom Gericht auch regelmäßig in unterschiedlichen Konstellationen zu Kuratoren bestellt.

D. Honorarrecht

1. Deutsches Honorarrecht der Notare

Begründet wurde das strafrechtliche Ergebnis durch den BGH damit, dass es sich bei den Notariatsgebühren gem § 17 dBNotO um einen öffentlich-rechtlichen Gebührenanspruch handelt und dem Notar daher keine Dispositionsbefugnis über die Höhe der Gebühren zu-

⁸ Wagner/Knechtel, Notariatsordnung⁶ § 1 Rz 1.

⁹ ZB bei Ausstellung einer Amtsbestätigung iSd § 172 AußStrG, vgl jüngst OGH 29. 5. 2018, 1 Ob 85/18 h betr Amtshaftungsansprüche.

¹⁰ Vgl § 1 Abs 3 GKG.

steht. Durch die in Aussicht gestellte dauernde Geschäftsbeziehung sei dem Notar außerdem ein wirtschaftlicher Vorteil zugewendet worden.

Die Höhe des Gebührenanspruches des deutschen Notars ist in der Kostenordnung geregelt. Gem § 17 dBNotO ist der Notar dazu verpflichtet, die gesetzlich vorgeschriebenen Gebühren zu erheben. Weiter ist lt § 17 Abs 1 Satz 4 dBNotO das Versprechen oder Gewähren von Vorteilen im Zusammenhang mit einem Amtsgeschäft sowie die Beteiligung Dritter an den Gebühren unzulässig. Soweit Gebührenermäßigungen oder -befreiungen nicht gesetzlich vorgeschrieben sind, dürfen diese nur erfolgen, wenn

„sie durch eine sittliche Pflicht oder durch eine auf den Anstand zu nehmende Rücksicht geboten ist und die Notarkammer im Einzelfall oder allgemein zugestimmt hat“.

Die Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer präzisieren die Ausführungen der dBNotO noch weiter:

„3.1. Der Notar hat Gebühren in angemessener Frist einzufordern und sie bei Nichtzahlung im Regelfall beizutreiben.

3.2. Das Versprechen und Gewähren von Vorteilen im Zusammenhang mit einem Amtsgeschäft sowie jede Beteiligung Dritter an den Gebühren ist unzulässig. Insbesondere ist es dem Notar verboten,

- a) ihm zustehende Gebühren zurückzuerstatten,
- b) Vermittlungsentgelte für Urkundsgeschäfte oder
- c) Entgelte für Urkundsentwürfe zu leisten,
- d) zur Kompensation von Notargebühren Entgelte für Gutachten oder sonstige Leistungen Dritter zu gewähren oder auf ihm aus anderer Tätigkeit zustehende Gebühren zu verzichten.

3.3. Durch die Ausgestaltung der einer beruflichen Verbindung zugrundeliegenden Vereinbarung ist sicherzustellen, daß die übrigen Mitglieder der beruflichen Verbindung keine Vorteile gewähren, die der Notar gemäß Nummer 3.2. nicht gewähren darf.“

Dem deutschen Notar ist dementsprechend jegliche Dispositionsbefugnis über die Höhe der geltend zu machenden Gebühren entzogen. Darüber hinaus ist dem deutschen Notar standesrechtlich jede Form von „Gegengeschäft“ im Zusammenhang mit seiner hoheitlichen Tätigkeit verboten.

2. Österreich

Die Entlohnungen für die drei verschiedenen, oben dargestellten Tätigkeitsgebiete der Notare werden nach unterschiedlichen gesetzlichen Bestimmungen geregelt. Aus Vereinfachungsgründen wird im Folgenden nur auf die Regelung der Entlohnung der hoheitlichen Tätigkeiten eingegangen.

a) Notariatstarif (NTG)

Gem § 1 NTG **haben** die Notare „für die Amtshandlungen [...] **Anspruch** auf Gebühren nach diesem Bundesgesetz“. Dies gilt für die Errichtung öffentlicher Urkunden und Verwahrung von Fremdgut, Verfassung von Privaturlunden und Parteienvertretung.

In der RV zum NTG heißt es, dass sich aus dem Wesen eines gesetzlich geregelten Gebührenanspruches „von

selbst ergibt“, dass die Tarifbestimmungen **zwingendes Recht** sind.¹¹ Von dieser Absicht des historischen Gesetzgebers ist seither – mangels Änderung des Textes in § 1 NTG – vorerst weiterhin auszugehen. Im Gegensatz zur deutschen Rechtslage wird jedoch im NTG nicht explizit gesetzlich normiert, dass der Notar verpflichtet sei, den Notariatstarif in voller Höhe zu erheben. Bei der Gebührenbemessung durch den Notar sind außerdem zwingend die Ermäßigungsgründe der §§ 4 und 4a NTG zu berücksichtigen.

Konkret wurde der Aspekt der Ermäßigung der Gebühr, neben den zwingend anzuwendenden Ermäßigungsgründen des § 4 NTG, in den Richtlinien der österreichischen Notariatskammer vom 21. 10. 1999 über das Verhalten und die Berufsausübung der Standesmitglieder (Standesrichtlinien – STR 2000; idF 21. 10. 2016) näher geregelt.¹² Gem Art VII Pkt 53 STR 2000 hat der Notar „bei Berechnung seiner Gebühren (Honorar) auf Gegenstand, Umfang, Schwierigkeit und Verantwortung seiner Dienstleistung angemessen Rücksicht zu nehmen und die Verhältnismäßigkeit mit einem für durchschnittlich anfallende Leistungen gleicher Art gebührenden Honorar unter Berücksichtigung der gesetzlichen Tarifansätze zu wahren; er darf hiebei die gesetzlichen Tarifansätze nicht überschreiten“.

Die STR 2000 machen den (lt Gesetzesmaterialien zwingenden) Tarif des NTG also zu einem Höchsttarif.

Gemäß Standesrecht steht es dem Notar daher frei, den gesetzlich normierten Tarif zu unterschreiten. Solange er bei der Gebührenbemessung auf Pkt 53 STR 2000 Rücksicht nimmt, kann die Unterschreitung des Notariatstarifs keine Standesverletzung darstellen.

Weiters haben die STR 2000 in Art VII Nr 57 „erlaubt“, „im Einzelfall aus Gründen der sittlichen Pflicht, des Anstands oder besonderer sozialer Verantwortung gegenüber dem angemessenen Honorar eine Ermäßigung [zu] gewähren“.

Die STR 2000 beruhen auf der in § 140a Abs 2 Z 8 NO enthaltenen Verordnungsermächtigung. Diese sieht vor, dass die österreichische Notariatskammer Richtlinien über „die Anwendung von Tarifbestimmungen“ erlassen kann. Anstatt einer eigenen Richtlinie über die Anwendung von Tarifbestimmungen wurden diese in die STR 2000 übernommen. Die entsprechenden Punkte 53 bis 61 der STR 2000 sind für den einzelnen Notar verpflichtend.¹³

Die Verordnungsermächtigung des § 140a Abs 2 Z 8 NO erlaubt der Notariatskammer, die Bestimmungen des NTG für die tägliche Praxis der Notare auszulegen. Diese Auslegung der Notariatskammer muss sich im ge-

¹¹ RV 848 BlgNR 13. GP 9 (zu § 1). Hingegen war der alte Wortlaut des § 171 NO (RGI 1971/75) eindeutiger als Höchsttarif formuliert: „Verträge über ein höheres als das im Tarife bestimmte Maß der Gebühren sind verboten und ungültig.“

¹² Richtlinien der Österreichischen Notariatskammer vom 21. 10. 1999 über das Verhalten und die Berufsausübung der Standesmitglieder idF 21. 10. 2016 (Standesrichtlinien – STR 2000), vgl Fassung DST 21. 10. 2016.

¹³ Wagner/Knechtel, Notariatsordnung⁶ § 140a Rz 11.

setzlichen Rahmen halten. § 1 NTG regelt lediglich, dass Notare **Anspruch** auf die im NTG vorgesehenen Gebühren haben. Es ist jedoch nicht (zumindest nicht explizit) angeordnet, dass der volle Gebührenanspruch auszuschöpfen ist. Daher ist uE die Deutung (Umdeutung) des NTG-Tarifs in einen Höchsttarif von der V-Ermächtigung gedeckt.¹⁴ Dazu ist außerdem anzumerken, dass die historische Gesetzesinterpretation (also im Sinne der Gesetzesmaterialien, die den Tarif des NTG als Fixtarif verstanden haben) nicht zwingend ist. Aus der Verordnungsermächtigung des § 140a NTG erhellt, dass der Gesetzgeber ein Abgehen vom fixen Tarif nicht für unmöglich hält; weiters zeigen die gesellschaftliche Entwicklung und das normative Umfeld für die freien Berufe, dass Fixtarife im Schwinden sind (Näheres weiter unten iZm unionsrechtlichen Regeln). Daher scheint uns bei der Anwendung des NTG und dessen Interpretation ein „Funktionswandel“ weg vom historischen Fixtarif zur Sichtweise als Höchsttarif angemessen und methodologisch zulässig.¹⁵

Ergebnis: Mangels expliziten gesetzlichen Zwangs, den vollen Gebührenanspruch geltend zu machen, und aufgrund der Verordnungsermächtigung des § 140a Abs 2 Z 8 NO steht es der österreichischen Notariatskammer zu, im Rahmen der STR 2000 dem einzelnen Notar das Ermessen einzuräumen, ob er den vollen Gebührenanspruch geltend machen möchte.

b) Gerichtskommissionstarif (GKTG)

Gem § 1 GKTG haben Notare als Gerichtskommissäre **Anspruch** auf die Gebühren nach diesem Gesetz. Auf Antrag hat das Gericht die Gebühren (sc nach dem Gesetz) zu bestimmen. Erhöhungen und Ermäßigungen sind (nur) nach Maßgabe der gesetzlichen Kriterien von §§ 5–6 GKTG zulässig.

Dem Gesetz ist (wie schon beim NTG, so auch hier) nicht zu entnehmen, dass die normierte Gebührenordnung unverbindlich sei. Die Tätigkeiten gem § 1 Abs 2 NO werden nach dem GKTG entlohnt. Eine Ermäßigung der Gebühr ist nur nach Maßgabe des § 6 GKTG gestattet oder wenn diese in einem anderen Gesetz angeordnet wird. Die Ausführungen in der STR 2000 sind auf den Gebührenanspruch gem GKTG nicht anwendbar. Der Tarif ist daher – außerhalb der Kriterien von §§ 5–6 GKTG – als verbindlicher „Fixtarif“ und nicht als Höchsttarif zu verstehen.

Die Einstufung des GKTG als „Fixtarif“ im Gegensatz zum NTG als „Höchsttarif“ ergibt sich auch aus finanzwissenschaftlichen Überlegungen.¹⁶ Beim GKTG han-

delt es sich aus finanzwissenschaftlicher Sicht um eine „Gebühr“, da die Gebühr vom Leistungsempfänger für eine Leistung der öffentlichen Hand entrichtet wird. Vergleichbar zur Gerichtsgebühr gem GGG wird die Höhe der Gebühr pauschal anhand der vorhandenen Aktiva bemessen. Im Gegensatz dazu handelt es sich beim NTG eben gerade nicht um eine Gebühr im finanzwissenschaftlichen Sinn, da das NTG das maximal zulässige Honorar für die „private“ Leistungserbringung festlegt. Die unterschiedliche finanzwissenschaftliche Einstufung von NTG und GKTG gebietet geradezu die unterschiedliche Handhabung dieser beiden Gesetze.

E. Strafrecht

1. Die Korruptionsnormen

Der auf den deutschen Immobilienkaufmann angewandte § 334 dStGB (Bestechung) lautet (gekürzt):

„Wer einem Amtsträger [...] einen **Vorteil** [...] dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er eine **Diensthandlung** vorgenommen hat oder künftig vornehme und dadurch seine **Dienstplichten verletzt** hat oder verletzen würde, wird [...] bestraft.“

Nach österr Strafrecht kommt als Parallelbestimmung die Bestechung gem § 307 StGB (für eine pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung) in Betracht:

„Wer einem Amtsträger [...] für die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts einen Vorteil [...] anbietet, verspricht oder gewährt, ist [...] zu bestrafen.“

Der auf den Notar angewandte § 332 dStGB (Bestechlichkeit) lautet (gekürzt):

„Ein Amtsträger, [...] der einen **Vorteil** für sich [...] als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er eine **Diensthandlung** vorgenommen hat oder künftig vornehme und dadurch seine **Dienstplichten verletzt** hat oder verletzen würde, wird [...] bestraft.“

Nach österr Strafrecht kommt als Parallelbestimmungen die Bestechlichkeit gem § 304 StGB (für eine pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung) in Betracht:

„Ein Amtsträger [...], der für die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts einen Vorteil [...] fordert, annimmt oder sich versprechen lässt, ist [...] zu bestrafen.“

2. „Vorteil“

Der BGH sieht den Vorteil des Notars darin, dass er (trotz geringeren Einzelfallhonorars) letztlich – über eine höhere Anzahl von Bearbeitungsfällen – insgesamt höhere Umsätze und Gewinne erzielen konnte als ohne die inkriminierte Abrede. Dies dürfte zutr sein, sonst hätte der Notar als wirtschaftlich Denkender diese Abrede nicht getroffen. Freilich könnte auch eingewendet werden, dass dann kein „Vorteil“ vorliege, wenn die Vereinbarung gerade dazu führt, dass der Notar nur die Hälfte der ihm zustehenden Gebühr erhält;¹⁷ uE ist dieses Argument aber zu vordergründig und lässt den Gesamtzusammenhang außer Acht.

¹⁷ So Bosch, JURA (JK) 2018, 961 (Entscheidungsanmerkung).

¹⁴ So offenbar auch Wagner/Knechtel, Notariatsordnung⁶ § 1 NO Rz 22: „Der Tarif stellt nunmehr eine verbindliche Obergrenze für die Honorierung notarieller Leistungen dar“.

¹⁵ Dazu vgl F. Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre² (2012) 34 und 106 ff (insb 112).

¹⁶ Zur Abgrenzung von Steuern, Beiträgen und Gebühren siehe Doralt/Ruppe Bd I Rz 3.

3. Diensthandlung, Dienstpflicht

Der Notar gilt in Deutschland als Amtsträger iSv § 11 Abs 1 dStGB. Dabei wird vom BGH nicht nur die notarielle Beurkundungstätigkeit als solche als Diensthandlung bzw Dienstpflicht qualifiziert, sondern – und das mag uns verwundern – auch die Honorarverrechnung; es soll zur Sicherung einer funktionsfähigen Rechtspflege nicht zu einem Verdrängungswettbewerb unter den Notaren kommen. Nach älterer Rsp noch galt die Honorarunterschreitung nicht als Diensthandlung, sondern als bloßer Abwicklungs- und Kassenvorgang.¹⁸

Doch seit längerem wird die (in Deutschland gesetzlich normierte) Pflicht zur vollständigen Erhebung der Gebühren als berufsrechtliche Dienstpflicht gesehen, deren Verletzung den Wettbewerb verzerrt und daher berufsrechtliche Konsequenzen hat. Aber: Ohne zusätzliche Begründung sieht der BGH nun diese berufsrechtliche Pflicht des § 17 dNotO auch als korruptionsstrafrechtlich zu ahndende Diensthandlung bzw Dienstpflicht iSv §§ 332, 334 dStGB, was wertungsmäßig uE keinesfalls zwingend ist,¹⁹ zumal berufsrechtliche Pflichten idR nicht automatisch strafrechtsbewehrt sind. Auch kann argumentiert werden, dass der strafrechtliche Schutz auf die Dienstpflichten iS beschränkt werden sollte,²⁰ zumal es ja nach dem Telos des StGB darum gehen sollte, (nur) den Missbrauch der übertragenen Amtsbefugnisse zu verhindern.²¹

In Deutschland bedeutet diese Entscheidung des BGH künftig, dass diese Berufspflichtverletzung nun als Diensthandlung²² auch strafrechtlich geahndet wird.

Im Wesentlichen hat der BGH damit festgestellt, dass zwischen deutschen Notaren kein Preiswettbewerb stattfinden darf und soll. Im Hinblick auf die strafrechtliche Konsequenz dieser im wirtschaftlichen Verkehr üblichen Verhaltensweise sind die Auswirkungen dieser Rechtsprechung auf das österreichische Notariat zu prüfen.

4. Österreichischer Notar als Amtsträger?

Die strafrechtlichen Tatbilder in Österreich und Deutschland sind nicht wortgleich. Jedoch, wie die obige Gegenüberstellung bereits gezeigt hat, nahezu inhaltsgleich. Da wie dort wird auf einen „Amtsträger“ abgestellt, der einen „Vorteil“ erlangt. Der Notar in Deutschland ist (siehe oben) Amtsträger.

Der österr Notar ist aber **weder Behörde noch Beamter**.²³

Lediglich als **Gerichtskommissär** ist der Notar gem § 74 Z 4 StGB ein „im Namen des Bundes [...] mit Aufgaben der Bundesverwaltung“ Betrauter und damit „Beamter“ iS des StGB (§ 1 Abs 3 GKG)²⁴ und kann sich folglich auch der Bestechlichkeit (eventuell Vorteilsannahme, §§ 304–305 StGB) schuldig machen.

Soweit der Notar nicht als Gerichtskommissär handelt, scheidet daher § 304 StGB von vornherein aus. Als Gerichtskommissär ist der Notar aber Beamter mit gesetzlichem Honoraranspruch gemäß GKTG.

5. Dienstpflicht bzw „Amtsgeschäft“

In Deutschland wird sodann darauf abgestellt, dass eine „Dienstpflicht verletzt“ wird; in Österreich hingegen ist „eine pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts“ maßgeblich.

Der BGH zählt die Honorargeltendmachung zu den Dienstpflichten. In Österreich könnte sich die Frage stellen, ob die Geltendmachung des (unverminderten) **tariflichen Honorars als Gerichtskommissär** zu den Amtsgeschäften iS des StGB gehört. Selbst wenn man dies bejahen sollte, wäre es für den Anwendungsbereich des NTG irrelevant, weil der Notariatstarif (als Höchsttarif, siehe oben) unterschritten werden darf.

Lediglich bei Unterschreitung des fixen GKTG stellt sich wirklich die Frage, ob der Notar ein „Amtsgeschäft“ pflichtwidrig unterlässt. Wir meinen – abweichend von der extensiven Interpretation des BGH in der jüngsten Entscheidung –, dass das Gebühreninkasso (auch des Gerichtskommissärs) kein hoheitliches Amtsgeschäft des Notars ist, zumal die Gebührenerhebung nicht ausdr im Tätigkeitsumfang der §§ 1–2 c GKG enthalten ist und die Gebühren des GKTG – ähnlich wie die Anwaltsgebühren gem RATG (vgl § 41 Abs 1 und 2 ZPO) – vom Gericht (nach Tarif) zu bestimmen sind und nicht vom Gerichtskommissär (§ 1 GKTG). Bei der Beanspruchung der Gebühren durch den Notar handelt es sich daher um eine dem Privatbereich zuzuordnende Handlung, die anlässlich einer hoheitlichen Handlung bzw dieser nachgelagert erfolgt. Der zeitliche Konnex des Gebührenanspruchs mit der ausgeübten hoheitlichen Handlung führt jedoch nicht dazu, dass die Beanspruchung der Gebühren zur hoheitlichen Handlung wird.

6. Folgerungen

Nach österreichischem Recht würde der im oben dargestellten BGH-Erkenntnis verwirklichte Sachverhalt zu ei-

¹⁸ OLG Stuttgart 23. 10. 1968, 1 Ws 162/68 NJW 1969, 943 = DNotZ 1969, 323. So auch noch Sowada in *Laufhütte et al*, Strafgesetzbuch¹² – Leipziger Kommentar Bd 13 § 331 Rz 55.

¹⁹ Krit auch Hoven, NJW 2018, 1767 (Entscheidungsanmerkung).

²⁰ So Hoven, NJW 2018, 1767.

²¹ Zutr Römermann, Gebührenvereinbarung mit Notaren, AnwBl online, 2018, 621 (622); aA wohl die von Römermann zit hM in Deutschland.

²² Im Ergebnis zust Bosch, JURA (JK) 2018, 961 (Entscheidungsanmerkung).

²³ Wagner/Knechtel, Notariatsordnung⁶ § 1 Rz 6–7.

²⁴ Jerabek/Reindl-Krauskopf/Ropper/Schroll in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 74 Rz 11; ebenso Danek/Mann in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 269 Rz 18. Aber krit: Bertel in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 302 Rz 11–14 (Beamteneigenschaft des Notars auch bei Errichtung öffentlicher Urkunden?).

nem anderen Ergebnis führen. Für die öffentlichen Beurkundungstätigkeiten gem § 1 Abs 1 NO steht dem Notar das Recht zu, den Notariatstarif zu unterschreiben. Ein pauschaler Nachlass für regelmäßig wiederkehrende, inhaltlich vergleichbare Beglaubigungen wäre bei einer Beurteilung nach „Gegenstand, Umfang, Schwierigkeit und Verantwortung der Dienstleistung“ zu rechtfertigen und würde zu keinem Gesetzes- oder Standesvergehen führen.

Zu einem anderen Ergebnis würde man auch nicht gelangen, wenn der Notar den oa dargestellten Sachverhalt im Rahmen seiner Tätigkeit gem § 1 Abs 2 NO verwirklicht. Wenn die Ermäßigung der Gebühr keine Deckung in den Ermäßigungsgründen des § 6 oder § 11 GKTG findet, dann ist die Ermäßigung der Gebühr zwar ohne Rechtsgrundlage. Gem § 1 Abs 3 GKG handelt der Notar zwar im Rahmen seiner Tätigkeit als Gerichtskommissär als Beamter iS des StGB, doch gehört die Gebührenbestimmung uE nicht zu seinen hoheitlichen Pflichten. Beantragt der Gerichtskommissär eine untertarifliche Gebührenbestimmung bei Gericht, kann das Gericht keinen gesetzeskonformen, höheren Betrag zusprechen (§ 405 ZPO analog), weshalb auch der Richter uE keinen Amtsmissbrauch oder Beihilfe hierzu verwirklicht (und der Notar auch nicht Anstifter zum Amtsmissbrauch sein kann).

F. Sind die gesetzlichen Notargebühren europarechtskonform?

1. Nebenfronten des BGH

Der BGH verweist in der vorliegenden Entscheidung zur Verfassungskonformität der gesetzlichen Gebührenregelung nur kurz auf ein 2015 ergangenes Erk des BVerfG²⁵ und betreffend Europarechtskonformität (genauer: Unionsrechtskonformität²⁶) auf die Entscheidung des EuGH aus 2011,²⁷ nicht aber auf die – italienische Rechtsanwälte betreffende – Leitentscheidung des EuGH *Cipolla*.²⁸ Dies gibt Anlass, die Gebührenordnungen näher zu betrachten.

a) Nebenfront: BVerfG

Das dBVerfG sprach in seiner vom BGH zit Entscheidung – iZm der Amtsenthebung aufgrund von Berufspflichtenverletzungen – lediglich aus, dass die berufsrechtlichen Vorschriften, einschließlich der zur vollen Honorarverrechnung, **verfassungskonform** sind. Euro-

parechtliche Gesichtspunkte wurden nur pauschal gestreift, aber von den Parteien nicht – und daher vom dBVerfG auch nicht – behandelt.

b) Nebenfront: EuGH 2011

Die vom BGH weiters zit Entscheidung des EuGH aus 2011 sprach aus, dass Tätigkeiten, die als solche **unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt** verbunden sind, an die **Staatsangehörigkeit** als Voraussetzung gebunden werden dürfen. Die verschiedenen von den Notaren ausgeübten Tätigkeiten sind – trotz der bedeutsamen Rechtswirkungen der von ihnen erstellten Urkunden – nicht iSv Art 51 AEUV ex Art 45 EG unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden,²⁹ da auch bei öffentlichen Urkunden dem Parteiwillen oder der richterlichen Aufsicht oder Entscheidung besondere Bedeutung zukommt. Daher: Die kontinentaleuropäische Gepflogenheit, den Zugang zum Notarberuf an die Staatsangehörigkeit zu knüpfen, ist nach dem EuGH mit der Niederlassungsfreiheit (Art 49 AEUV ex Art 43 EG) unvereinbar. Nach dem EuGH sind Notare **Dienstleister**; uE gilt daher für sie zT³⁰ die Dienstleistungsfreiheit (Art 56 AEUV ex Art 49 EG).³¹

Betreffend Österreich (und auch andere MS³²) hatte der EuGH am selben Tag in ähnlicher Weise entschieden, dass das Staatsangehörigkeitserfordernis für Notare gegen Art 49 AEUV ex Art 43 EG verstoße.³³ Daher hat in Österreich der Gesetzgeber das strikte Staatsbürgerschaftserfordernis für Notare³⁴ im Jahr 2011 aus § 6 Abs 1 NO als – rasche – Reaktion auf die EuGH-Rsp ausgedehnt auf die Staatsangehörigkeit eines EU- oder EWR-MS oder der Schweiz.³⁵

Diese Entscheidungen aus 2011 sind für das gesetzliche Staatsangehörigkeitserfordernis, **nicht** aber für die hier

²⁵ BVerfG 9. 4. 2015, 1 BvR 574/1 NJW 2015, 2642 (Anmerkung *Terner*).

²⁶ Die EU mit ihrem Unionsrecht umfasst nur einen Teil, nämlich 28, bald nur noch 27 Staaten des geographischen (oder gar politischen, aus 47 Europarats-MS bestehenden) Europas.

²⁷ EuGH 24. 5. 2011, C-54/08, *EK/Deutschland (Staatsangehörigkeitsvoraussetzung)*. Betreffend Österreich vgl FN 33.

²⁸ EuGH 5. 12. 2006, C-94/04, *Cipolla/Portolese*, und C-202/04, *Macrino, Capodarte/Meloni*. Dazu ausf *Kainer*, Nationale Preisregelungen im Binnenmarktrecht am Beispiel von Gebührenordnungen für Rechtsanwälte, StudZR 2007, 479.

²⁹ Ggt noch die Ausführungen des GA *Cruz Villalón* in seinen Schlussanträgen 14. 9. 2010, C-54/08. Ebenfalls ggt noch *Franzmann*, MittBayNot, 2007, 342 (344) (Entscheidungsanmerkung).

³⁰ Vgl *Spickhoff*, Das deutsche Notariat in Europa, JZ 7/2012, 333: Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaats dürfen sich zwar als Notare in Deutschland niederlassen. Sie könnten sich dabei aber nicht auf die Berufsqualifikation-Anerkennungsrichtlinie 2005/36/EG berufen. Daher müssen auch sie sich den Strukturmerkmalen des deutschen Notariats unterwerfen.

³¹ Ebenso: *Schmid/Pinkel*, Grundfreiheitskonforme Reformierung der nationalen Notariatsverfassung, NJW 2011, 2928–2931. *Henssler/Kilian*, Das deutsche Notariat im Europarecht, NJW 2012, 481 lehnen es ab, die für die grenzüberschreitende Tätigkeit von Freiberuflern geltenden Grundsätze unreflektiert auf Notare zu übertragen.

³² EuGH 24. 5. 2011, C-47/08, *EK/Belgien*; C-50/08, *EK/Frankreich*; C-51/08, *EK/Luxemburg*; C-52/08, *EK/Portugal*; C-61/08, *EK/Griechenland*.

³³ EuGH 24. 5. 2011, C-53/08, *EK/Österreich (Staatsangehörigkeitsvoraussetzung)*; krit *Gerhartl*, Staatsbürgerschaftserfordernis für Notartätigkeit, NZ 2011, 257.

³⁴ Das rein österr Staatsbürgerschaftserfordernis war noch enthalten in BGBl I 2007/111; vgl RV 303 BlgNR 23. GP 27.

³⁵ BGBl I 2011/104 (aufgrund eines Initiativantrags).

interessierende Frage der Europarechtskonformität einer gesetzlichen **Honorarordnung** einschlägig.

Der BGH, der sich auf diese EuGH-Entscheidung (als Fehlzitat?) beruft, hat sich mit dem Honorarordnungs-Thema aus Unionsrechtsperspektive offenbar nicht vertieft auseinandergesetzt.

2. Europarechtskonformität von Honorarordnungen

a) Vorbemerkung: Stellung des Notars in Österreich

Nach der in Österreich hA zählt der Notarberuf nicht zu den klassischen „freien Berufen“, sondern zu den „staatlich gebundenen“, den freien Berufen bloß angenäherten Berufen. Nur im soziologischen Begriffssinn lassen sich Notare eindeutig zu den Angehörigen eines „freien Berufes“ zählen; in der Figur des Notars sind der Typus des freien Berufes und die Beliehenenstellung eine eigentümliche Verquickung eingegangen.³⁶ Der Notar steht im Wettbewerb mit seinen Berufskollegen.³⁷

Tatsächlich ist uE streng zu unterscheiden zwischen den **drei Tätigkeitsbereichen der Notare**: Errichtung öffentlicher Urkunden und Verwahrung von Fremdgut, Verfassung von Privaturkunden und Parteienvertretung und schließlich Amtshandlungen als Gerichtskommissär.³⁸ Auch der EuGH erkannte, dass österr Notare diese drei Tätigkeitsbereiche ausüben.

Als Gerichtskommissär handelt der Notar als verlängerte Hand des Gerichts; er übt jene Tätigkeiten aus, die sonst das Gericht zu besorgen hätte. Der Notar übt in seiner Eigenschaft als Gerichtskommissär eine öffentlich-rechtliche Funktion aus. Hier gelten zweifellos andere Kriterien. Daher bestimmt § 1 Abs 3 NO (deklaratorisch): „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“. Der österreichische Notar ist also uE als Gerichtskommissär nicht Dienstleister iS der EuGH-Rsp aus 2011, auch wenn dies in der Entscheidung des EuGH nicht weiter behandelt worden ist und der EuGH generalisierend aussprach, dass die Notare ihren Beruf in den Grenzen ihrer jeweiligen örtlichen Zuständigkeiten **unter Wettbewerbsbedingungen ausüben**, was „für die Ausübung öffentlicher Gewalt untypisch“ ist (der „Sonderfall“ als Gerichtskommissär spreche nicht gegen diese grundsätzliche Beurteilung).³⁹

Insgesamt würdigt der EuGH die Tätigkeit der österr Notare als „nicht [. . .] mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden“;⁴⁰ der Sonderfall des Gerichtskommissärs müsste aber neuerlich dem EuGH zur Klärung vorgelegt werden.⁴¹ Allerdings wird zugegeben sein, dass selbst im Sonderfall des Gerichtskommissärs der Notar die Letztentscheidungsbefugnis nicht hat, sondern diese dem Gericht zugeordnet ist, der Notar also nicht typische hoheitliche Gewalt ausübt.

b) Judikatur bis 2002

1998 entschied der EuGH,⁴² dass eine Gebührenordnung der italienischen Zollspediteure, die **auf gesetzlicher Basis von einem Berufsverband** zu erlassen war, gegen **Art 101 AEUV** (ex Art 85 EG; Kartellverbot) verstößt.

1999 entschied der EuGH betreffend Portugal, dass ein Honorarsystem, bei dem der Notar ein öffentlicher Beamter ist und ein Teil seines Honorars **als Gebühr dem Staat** abzuführen ist, letztlich als Besteuerung anzusehen ist (und eine verbotene Steuer iS der RL 69/335/EWG ist). Diese Entscheidung hat für Österreich aber keine Relevanz, weil österr Notare Angehörige eines freien Berufes und keine beamteten Hoheitsträger sind, die einen Teil des Honorars an den Staat abliefern; ihre Vergütungen sind vielmehr rechtlich mit den Honoraren vergleichbar, die Angehörige anderer freier Berufe (zB für Gesellschaftsgründungen, Vertragsänderungen) verrechnen.⁴³

Zur Europarechtskonformität der Honorarordnung des NTG wird eine Entscheidung der Europäischen Kommission (EK) aus 2002 zitiert:⁴⁴ Die EK (Generaldirektion Wettbewerb) habe mit Beschluss vom 16. 10. 2002 entschieden,⁴⁵ ein im Jahr 2000 eröffnetes Beschwerdeverfahren gegen die Republik Österreich betreffend die Vereinbarkeit der tierärztlichen Honorarordnung, des RATG und **des NTG mit den EG-Wettbewerbsregeln, insb mit Art 81 EGV (nun Art 101 AEUV), zu den Akten zu legen**, woraus auf deren Konformität mit dem EG-Wettbewerbsrecht geschlossen werden könne.⁴⁶ Dieser Beschluss der EK, ein Thema nicht weiter zu behandeln, ist zwar keine inhaltliche Entscheidung, aber zumindest ein starkes Indiz für die Europarechtskonformität der Honorarordnung der Anwälte und Notare.

Eine meritorische Entscheidung liegt freilich nicht vor, weder von der EK noch von den Instanzen (insb EuGH). Außerdem scheint von der EK nur die Frage des

³⁶ Wagner/Knechtel, Notariatsordnung⁶ (2007) § 1 Rz 11.

³⁷ Dazu pointiert Römermann, Gebührenvereinbarung mit Notaren, AnwBl online, 2018, 621 (622).

³⁸ So schon Wagner/Knechtel, Notariatsordnung⁶ (2007) Vor § 1 Rz 1.

³⁹ EuGH 24. 5. 2011, C-53/08, Rz 112–113.

⁴⁰ EuGH 24. 5. 2011, C-53/08, Rz 119.

⁴¹ So auch Grabenwarter, Staatsangehörigkeitserfordernis für Notare im Lichte des Unionsrechts, NZ 2011, 289 (292 aE).

⁴² Siehe FN 58.

⁴³ So ausdr Knechtel, Folgerungen aus dem Urteil des EuGH in der Rechtssache C-56/98, *Modelo*, NZ 1999, 390.

⁴⁴ Wagner/Knechtel, Notariatsordnung⁶ (2007) § 1 Rz 22.

⁴⁵ Beschluss EK 16. 10. 2002, COMP 37.917, nv (zit bei Wagner/Knechtel, Notariatsordnung⁶ § 1 Rz 22).

⁴⁶ So Wagner/Knechtel, Notariatsordnung⁶ (2007) § 1 Rz 22 aE.

Art 101 AEUV (damals Art 81 EG) verfahrensgegenständiglich gewesen zu sein, **nicht aber die Frage der Dienstleistungsfreiheit**. Wie noch unten zu zeigen sein wird, ist diese Unterscheidung bedeutsam, weil ein Gesetz wie das NTG idR nicht gegen Art 101 AEUV (Kartellverbot), wohl aber gegen Art 56 AEUV (Dienstleistungsfreiheit) verstoßen kann.

In den EuGH-Entscheidungen zur Staatsangehörigkeitsproblematik⁴⁷ erwähnte der EuGH zwar obiter, dass die Honorare der Notare gesetzlich oder durch Verordnungen geregelt sind, doch war dieser Umstand nicht von der Klage der EK gegen die Mitgliedstaaten thematisiert und daher wohl der Kognition des EuGH entzogen (Verbot des *ultra petita*).

Bis 2002, dem Jahr, in dem die EK das Verfahren zur Überprüfung der Notariatsgebühren einstellte, gab es also nur wenig Judikatur des EuGH zu diesem Thema.

c) Weitere Entwicklung

Seit 2002 sind 16 Jahre vergangen. Hat sich etwas getan? Sowohl nationale Wettbewerbsbehörden als auch die EK⁴⁸ waren aktiv.

In ihrem Bericht aus dem Jahr 2004 stellte die EK nach einer Analyse der Märkte fünf Arten von restriktiven Regelungen für „Freie Berufe“ fest. Zu diesen gehören (a) verbindliche Festpreise, (b) Preisempfehlungen, (c) Werbebeschränkungen, (d) Zugangsbeschränkungen und Vorbehaltsaufgaben sowie (e) Regeln für die Unternehmensform. In der BWB wurde, auf den Kommissions-Bericht folgend, eine „Task Force Wettbewerb“ eingerichtet.⁴⁹ Rechtliche Ansatzpunkte sind einerseits Art 101 AEUV (Kartellverbot) und andererseits die Dienstleistungsfreiheit (Art 56 AEUV) insb iVm der DienstleistungsRL.⁵⁰

d) Kartellrechtlicher Aspekt (Art 101 AEUV)

§ 1 KartG (und nahezu gleichlautend Art 101 AEUV) verbietet alle „**Vereinbarungen** zwischen Unternehmern, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken (Kartelle)“.

Ebenso verboten sind nach § 1 Abs 4 KartG⁵¹ (ausdr oder konkludente⁵²) „**Empfehlungen** zur Einhaltung bestimmter Preise, Preisgrenzen, Kalkulationsrichtlinien, Handelsspannen oder Rabatte, durch die eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt wird (Empfehlungskartelle)“; davon „ausgenommen sind Empfehlungen, in denen ausdrücklich auf ihre Unverbindlichkeit hingewiesen wird und zu deren Durchsetzung wirtschaftlicher⁵³ oder gesellschaftlicher Druck weder ausgeübt werden soll noch ausgeübt wird“. Verbandsempfehlungen sind dann „Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen“, wenn sie eine faktische Bindungswirkung entfalten.⁵⁴ Auch ohne faktische Bindung liegt Kartellrechtswidrigkeit einer „unverbindlichen Verbandsempfehlung“ dann vor, wenn mehrere Mitglieder freiwillig dem Beschluss nachkommen.⁵⁵

§ 1 KartG wird durch den weitgehend inhaltsgleichen **Art 101 AEUV** überlagert, wenn kartellrechtswidriges Verhalten grenzüberschreitend wirkt oder einen wesentlichen Teil des Unionsgebietes erfasst (gemäß den Kriterien der Zwischenstaatlichkeit und der spürbaren Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten⁵⁶). Das ist bei Gebührenregelungen mit Wirkung auf einen ganzen EU-MS immer der Fall.

Vom Kartellverbot betroffen sind aber nur **unternehmerische** Verhaltensweisen.

Der EuGH untersagt zwar durch eine weite Auslegung des Art 101 AEUV iVm Art 4 EUV die staatliche Begünstigung privater Wettbewerbsbehinderungen, doch sind staatliche Preisvorgaben (etwa gesetzliche Tarife) als solche, die den Preiswettbewerb verhindern, kein Verstoß gegen Art 101 AEUV, der sich ja nur gegen „Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen“, also gegen unternehmerische, nicht-staatliche Verhaltensweisen wendet. Der EuGH sieht eine Verletzung des Art 101 AEUV durch

⁴⁷ Oben FN 27, 33 und 32.

⁴⁸ EK 9. 2. 2004, Bericht über den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen, Mitteilungen der Kommission, KOM(2004) 83 endg; EK 5. 9. 2005, Freiberufliche Dienstleistungen – Raum für weitere Reformen (Follow-up zum Bericht über den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen, KOM[2004] 83 vom 9. 2. 2004).

⁴⁹ Vgl *Lukaschek*, Die freien Berufe aus dem Blickwinkel der Wettbewerbsaufsicht, OZK 2015, 66.

⁵⁰ RL 2006/123/EG (DienstleistungsRL).

⁵¹ Diese Bestimmung hat keine Entsprechung im Unionsrecht. Sie ist als strengere nationale Regelung ausdr lt Art 3 Abs 2 VO 1/2003 für rein nationale Fälle zulässig. Aber nach Ansicht der EK läuft eine unilaterale Preisempfehlung meist auf eine unzulässige vereinbarte Preisbindung hinaus (vgl Rn 48 der Leitlinien für vertikale Beschränkungen [2010]); so auch Art 4 lit a Satzteil 2 der vertGVO, so dass **im Endeffekt nur wenig inhaltlicher Unterschied zum Unionsrecht** besteht.

⁵² OLG Wien als KG 2. 2. 2005, 25 Kt 542/04–7 (25 Kt 576/04): Eine Empfehlung kann auch in konkludenter Weise erfolgen, so auch durch bloße Tatsachenmitteilungen, sofern diese nicht nur der Information der Adressaten dienen.

⁵³ ZB auch mündliche Drohung mit schlechteren Konditionen oder Kündigung, vgl dBKartA 20. 8. 2012 (Geldbuße 8,2 Mio Euro gegen *TTS Tooltechnic Systems Deutschland GmbH* als Hersteller von Elektrowerkzeugen „Festool“).

⁵⁴ OGH als KOG 20. 12. 2004, 16 Ok 22/04, *Veröffentlichungshonorare im Fotografengewerbe*.

⁵⁵ OGH als KOG 20. 12. 2005, 16 Ok 45/05, *Honorarortung der Baumeister*.

⁵⁶ Vgl die grafische Darstellung bei *Brugger*, Braucht Österreich eine Verordnung nach § 17 KartG? OZK 2009, 3 (4).

wettbewerbsbeschränkende Gesetze nur dann, „wenn ein Mitgliedstaat entweder Kartellabsprachen vorschreibt oder begünstigt oder die Auswirkungen solcher Absprachen verstärkt oder wenn er seiner eigenen Regelung dadurch ihren staatlichen Charakter nimmt, dass er die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt“. ⁵⁷ Daher war es ein Verstoß gegen Art 101 AEUV, dass Italien einen Berufsverband (*Zollspediteure*) verpflichtete, eine verbindliche Gebührenordnung zu erlassen (EuGH-Entscheidung 1998). ⁵⁸

Wettbewerbsbeschränkende **Gesetze** wie das NTG, die direkt die Honorare festlegen und nicht etwa einen Berufsverband damit beauftragen, verstoßen somit **nicht gegen Art 101 AEUV, sondern** allenfalls gegen andere unionsrechtliche Normen, zB die primärrechtliche Niederlassungsfreiheit (Art 49 AEUV ex Art 43 EG; siehe die Fälle betr Staatsangehörigkeitserfordernis) und die **Dienstleistungsfreiheit** (Art 56 AEUV ex Art 49 EG iVm der DienstleistungsRL); dazu weiter unten.

e) Fälle nach Art 101 AEUV

Folgende Beispielfälle von Tarifen, die gegen das Kartellverbot verstießen, lassen sich aufzählen: ⁵⁹

- Die **Rechtsanwälte** (Vertreterversammlung des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages, ÖRAK) haben ihre Allgemeinen Honorarrichtlinien (AHR) auf Allgemeine Honorar-Kriterien (AHK 2005) geändert, ⁶⁰ die nur mehr „zur Beurteilung der Angemessenheit des Honorars“ (§ 2 AHK 2005) dienen ⁶¹ und nicht mehr als Beschluss einer Unternehmervereinigung betreffend Honorarhöhe gelten. UE fälschlich werden sie in der Lit weiterhin als „Empfehlungen“ des ÖRAK bezeichnet. ⁶²
- Die **Architektenkammer** hat über Druck der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) ihre Honorarordnung

Architekten (HOA) widerrufen. ⁶³ Die Ziviltechniker taten Gleiches. ⁶⁴ Die Baumeister mit ihrer Honorarordnung Baumeister (HOB) wurden gerichtlich dazu verpflichtet. ⁶⁵ Die EK hat die belgische Architektenkammer bis zu dem Zeitpunkt mit einer Geldbuße belegt, zu dem sie (nach der Mitteilung der Beschwerdepunkte ⁶⁶ im Jahr 2003) die Honorarordnung zurückgezogen und dies auch bekannt gemacht hat. ⁶⁷ Der französische Wettbewerbsrat untersagte ⁶⁸ übrigens schon viel früher der französischen Architektenkammer, weiterhin Honorarordnungen zu verbreiten. Die britische Wettbewerbsbehörde kam zu dem Schluss, dass die indikative Honorartabelle der RIBA kollisionsfördernd (iSv Art 101 AEUV) sein könnte.

- In ähnlicher Weise wurden die Honorargrundsätze für **Wirtschaftstreuhandberufe** (HGR) widerrufen. ⁶⁹
- Im Bereich der **WKO** wurden – nur um weitere Beispiele zu nennen – die Möbeltransportentgelte 2002 (unverbindliche Verbandsempfehlung) ⁷⁰ sowie die „Unverbindliche Empfehlung für alle Mitglieder des Fachverbandes Werbung und Marktkommunikation, soweit es die Berücksichtigung von bestimmten Preisen, Preisgesetzen und Kalkulationsgrundsätzen betrifft“ ⁷¹ zurückgezogen.
- In Italien regelte ein Verhaltenskodex die Ausübung des Berufs des **Geologen**. Dieser Kodex legte ua die Kriterien für die Festsetzung der Honorare fest und ist laut EuGH-Entscheidung aus 2013 damit als „Be-

⁵⁷ EuGH 5. 12. 2006, C-94/04, *Cipolla/Portolese*, Rz 47.

⁵⁸ EuGH 18. 6. 1998, C-35/96, *EK/Italien (Zollspediteure)*.

⁵⁹ Zum Folgenden tw schon *Brugger*, Verbotssirrtum und Kartellrecht, *ecolex* 2010, 1166 (1169).

⁶⁰ Gegen eine krit Betrachtung der Honorarordnung: *Thiele*, Honorarordnung durch Rechtsanwälte EU-rechtswidrig? *ecolex* 2000, 394.

⁶¹ Im Zuge der Gerichtsgebührennovelle 2005 wurde dem ÖRAK im Rahmen seiner Richtlinienkompetenz nach § 37 RAO eine Verordnungsermächtigung dahingehend eingeräumt, dass er die Kriterien für die Ermittlung des angemessenen Honorars festlegen kann. Die Vorgängerbestimmung, eine Richtlinie für die von den Rechtsanwältinnen für ihre Leistungen zu vereinbarenden Entlohnungen, wurde auch im Hinblick darauf, dass sie nicht mehr dem freien Wettbewerb dienlich sei, aufgehoben. Am 10. 10. 2005 wurden die AHK auf der Homepage des ÖRAK kundgemacht. Im Gegensatz zu den bisherigen AHR sehen die AHK nun keine Mindestsätze mehr vor. Von den Formulierungen eines Regelwerkes wurde ebenfalls abgegangen, sie wurden durch unverbindlichere Kann-Bestimmungen ersetzt; vgl Wettbewerbsbericht der AK 2006, Teil 1, 56.

⁶² *Vitek* in *Engelhart/Hoffmann/Lehner/Rohregger/Vitek*, RAO⁹ (2015) § 17.

⁶³ Über Druck von BKA und BWB (Brief 31. 7. 2006) widerrief die *Kammer der Architekten* die Honorarordnung Architekten (HOA) per 31. 12. 2006; ein Geldbußenantrag unterblieb, obwohl – laut BWB – alle Kriterien eines Kartells bzw eines Beschlusses einer Unternehmensvereinigung iSd Art 81 EG (nun Art 101 AEUV) erfüllt waren.

⁶⁴ Beschluss des Kammertages vom 30. 10. 2006 mit Wirksamkeit 31. 12. 2006. Dem gingen laut BWB (s http://www.bwb.gv.at/BWB/Aktuell/Archiv2007/architekten_honorarleitlinien.htm) langjährige – zum Teil schwierige – Verhandlungen zwischen den Wettbewerbsbehörden und der *Bundeskammer* voraus.

⁶⁵ OGH als KOG 20. 12. 2005, 16 Ok 45/05, *Honorarordnung der Baumeister*. Dieser HOB fehlte ein Unverbindlichkeitshinweis.

⁶⁶ EK 5. 11. 2003, IP/03/1500.

⁶⁷ EK 24. 6. 2004, COMP/A.38549, K(2004)2180.

⁶⁸ E 10. 6. 1997, 97D45.

⁶⁹ Dazu BWB in https://www.bwb.gv.at/de/news/news_2007/detail/news/widerruf_honorargrundsaeetze_fuer_wirtschaftstreuhandberufe/ (abgefragt am 2. 10. 2018): „Die Kammer der Wirtschaftstreuhänder hat [...] sich [...] sehr kooperativ gezeigt und die HGR widerrufen, weshalb ein kartellgerichtliches Verfahren vermieden werden konnte.“

⁷⁰ Möbeltransportentgelte 2002 des *Fachverbandes Spedition & Logistik*. Der Fachverband ersetzte die Empfehlung fester Preise durch eine Unterlage zur Kalkulation individueller Kosten. Hierauf zogen BWB und BKA ihre gerichtlich eingebrachten Anträge auf Widerruf zurück. Siehe https://www.bwb.gv.at/de/news/news_2004/detail/news/unverbindliche_verbandsempfehlung_moebeltransporte_nunmehr_reine_kalkulationsempfehlung/ (abgefragt am 4. 10. 2018).

⁷¹ OLG Wien als KG 3. 6. 2004, 26 Kt 37, 76, 103, 104, 105/04–21, bestätigt von OGH als KOG 20. 12. 2004, 16 Ok 21/04, *Fachverband Werbung der WKO (PR-Berater)*.

schluss einer Unternehmensvereinigung“ (iSv Art 101 AEUV) anzusehen, der den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts beschränken kann.⁷²

- Am 1. 8. 2016 trat in Österreich – nach einer (neuerlichen) Beanstandung durch die EK⁷³ – die Änderung des **Tierärztegesetzes** in Kraft, wonach es keine verbindlichen Honorarsätze mehr gibt.⁷⁴ Die existierende „Honorarordnung“ ist daher ab diesem Zeitpunkt als bloße Empfehlung der ÖTK zu verstehen.⁷⁵
- Der EuGH bezeichnete 2017 eine vom Berufsverband erlassene Mindesthonorarregel (Verordnung) in Bulgarien, die es einem **Rechtsanwalt** nicht erlaubt, ein Honorar unter einem Mindestbetrag zu vereinbaren, als Verstoß gegen die EU-Wettbewerbsregeln, insb dann, wenn dem RA in diesem Fall ein Disziplinarverfahren droht und es auch den Gerichten nicht gestattet ist, ein geringeres Honorar festzulegen; Art 101 AEUV steht einer Regelung des Berufsverbands, nicht aber einem Gesetz entgegen.⁷⁶
- Hingegen wurde jüngst die „**Honorarordnung der Österreichischen Ärztekammer für gutachterliche Tätigkeiten**“ als kartellrechtlich zulässig qualifiziert, weil sie eine bloß unverbindliche Richtlinie sei.⁷⁷ Diese – allerdings nicht höchstgerichtliche – Entscheidung wurde zutr kritisiert.⁷⁸

Es ist offensichtlich, dass die kartellrechtlich bedingte Beseitigung von mehr oder weniger verbindlichen Honorarrichtlinien zu mehr Preiswettbewerb führt. Ein übertriebener Wettbewerb als „race to the bottom“ zeigt sich aber nicht und muss uE bis auf weiteres auch

nicht befürchtet werden,⁷⁹ zumal hohe Ausbildungserfordernisse für den Beruf einerseits und drohende Haftungen für Fehlleistungen andererseits Dumpingpreise nicht erlauben. Die Liberalisierung und Aufhebung der festen Notargebührenordnung in den Niederlanden werden freilich auch kritisch gesehen.⁸⁰

f) Die DienstleistungsRL, Honorarordnungen und Dienstleistungsqualität

Die Dienstleistungsfreiheit ist in **Art 56 AEUV** ex Art 49 EG (als eine der vier Grundfreiheiten⁸¹ des Binnenmarkts) festgelegt. Demnach ist die Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, „nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen“ (des AEUV) verboten. Dieses Verbot erfasst kraft Anwendungsvorrangs des Unionsrechts auch nationale Gesetze (und ähnliche Rechtsnormen). Preisfestsetzungen bewirken zB, dass aus einem anderen MS kommende Dienstleister in ihrer wirtschaftlichen Dienstleistungsfreiheit insoweit eingeschränkt werden, als sie nicht ohne weiteres höhere Preise für höhere Qualität der Leistung oder geringe Preise für gleiche Dienstleistungsqualität verrechnen und somit frei in Wettbewerb zu den anderen Dienstleistern treten können. Eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit behindert den Zugang der Verbraucher zu einer größeren Auswahl an Dienstleistungen zu konkurrenzfähigen Preisen.⁸²

Die **DienstleistungsRL**⁸³ bestimmt dazu in Art 15 Abs 2 lit g, dass eine nationalstaatlich geforderte „Beachtung von festgesetzten **Mindest- und/oder Höchstpreisen** durch den Dienstleistungserbringer“ streng darauf zu prüfen ist, ob sie (a) nicht diskriminierend, (b) erforderlich und (c) verhältnismäßig ist (vgl Art 15 Abs 3 DienstleistungsRL). Nur unter diesen drei Voraussetzungen sind Mindest- und/oder Höchstpreisfestsetzungen zugelassen. Die DienstleistungsRL ist auf den Notarberuf nicht anzuwenden (Art 2 Abs 2 lit I; Art 17 Z 12), zeigt aber immerhin die Kriterien unionsrechtskonformen Denkens. Mangels Anwendbarkeit der DienstleistungsRL ist die primärrechtliche Dienstleistungsfreiheit,

⁷² EuGH 18. 7. 2013, C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi/Autorità garante della concorrenza*, Rn 5: Das vorliegende Gericht hat in Ansehung des Gesamtzusammenhangs sowie der Anwendungspraxis zu beurteilen, ob der Kodex die genannte Wirkung hat. Das Gericht hat auch zu prüfen, ob in Anbetracht aller ihm vorliegenden erheblichen Gesichtspunkte die Regeln des Kodex, insbesondere soweit sie das Kriterium der Würde des Berufs vorsehen, für die Umsetzung des legitimen Zwecks, der in Zusammenarbeit mit den Garantien für die Verbraucher der Dienstleistungen der Geologen steht, als notwendig angesehen werden können.

⁷³ EK 19. 6. 2015, C(2015)4016 final, Vertragsverletzungsverfahren Nr 2015/2056, *Österreich*, mit Hinweis auf die DienstleistungsRL sowie Art 49 und 56 AEUV.

⁷⁴ BGBl I 1016/66.

⁷⁵ Initiativantrag 17100/A 25. GP.

⁷⁶ EuGH 23. 11. 2017, C-427, 428/16, *CHEZ Elektro Bulgaria/Yordan Kotsev*, Rz 58.

⁷⁷ OLG Innsbruck 14. 12. 2017, 5 R 29/17 d.

⁷⁸ Krit Anm *Johannes Peter Gruber*, ÖZK 2018, 115: „Die Honorarordnung ist ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung iSd Art 101 AEUV, der den Mitgliedern der Ärztekammer bestimmte Preise empfiehlt. Wenn solche Empfehlungen in der Praxis tatsächlich (weitgehend) befolgt werden, liegt eine grundsätzlich unzulässige Preisabsprache und damit eine schwere Wettbewerbsrechtsverletzung vor. [...] Ob Empfehlungen mit einem Unverbindlichkeitshinweis verbunden werden oder nicht, ist von untergeordneter Bedeutung.“

⁷⁹ So auch *Boos*, Die Freien Berufe und das kartellrechtliche Empfehlungsverbot (2003), bei FN 146, zu den ggf Ansichten der BNotK.

⁸⁰ „Problemlos“ nach *Schmid/Pinkel*, Die Zulässigkeit nationaler Einschränkungen, *Hanse Law Review* 2009, Vol 5 No 2, 129 [155]; krit hingegen *Van den Bergh/Mantangie*, Competition in Professionals Services Markets, *Journal of Comparative Law and Economics* 2006, 289 [203] (zit bei *Schmid/Pinkel*).

⁸¹ Überblick mit Fallbeispielen zB *Brugger*, Einführung in das Wirtschaftsrecht (Kurzlehrbuch)⁴ (2018) 10–16.

⁸² ErwGr 4 der DienstleistungsRL.

⁸³ RL 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. 12. 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl L 2006/376, 36.

also Art 56 AEUV, unmittelbar anzuwenden,⁸⁴ wie es auch der EuGH in solchen Situationen tut.⁸⁵ Demnach gilt die Dienstleistungsfreiheit. Sie darf nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung,⁸⁶ Gesundheit oder Sicherheit (vgl. Art 52 iVm Art 62 AEUV) oder gemäß dem EuGH auch aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses⁸⁷ eingeschränkt werden, wenn die Einschränkung erforderlich und verhältnismäßig⁸⁸ ist; diese Kriterien sind also nahezu inhaltsgleich jenen der DienstleistungsRL.

Die Honorarvorschriften des NTG und des GKTG sind – wie oben gezeigt – verbindliche Preisfestsetzungen, wobei das NTG einen Höchst- und das GKTG einen Fixtarif normiert, und daher ist ihre unionsrechtliche Zulässigkeit am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit zu messen.

Der EuGH anerkannte in der Rs der Anwälte *Cipolla* und *Meloni*,⁸⁹ dass **Verbraucher** dahingehend zu **schützen** sind, dass die Qualität von rechtsanwaltlichen Dienstleistungen gewahrt wird. Dazu kann eine verbindliche Honorarordnung hilfreich sein. Mindestgebühren sichern eine gleichbleibende Qualität, die mit Billigangeboten und Dumpingpreisen nicht erreicht werden kann, so der EuGH.

Im Zusammenhang mit dem EuGH-Verfahren *Honorarordnung der Architekten und Ingenieure* (HOAI, dazu unten) zeigt ein von der Bundesingenieurkammer, der Bundesarchitektenkammer und dem Ausschuss der Verbände und Kammern der Ingenieure und Architekten für die Honorarordnung e.V. eingeholtes bauökonomisches Gutachten,⁹⁰ dass Qualitätsmängel sowie die Schadensträchtigkeit und die Schadenshöhe bei Preisvereinbarungen unterhalb der Honorare der HOAI zunehmen, mithin **ein ursächlicher Zusammenhang zwischen Qualität und Preis** bestehe.

g) Fälle nach Art 56 AEUV iVm der DienstleistungsRL

- Der EuGH entschied 2006 in der bekannten Rs *Cipolla*,⁹¹ dass **staatlich festgelegte Mindesthonorare**

⁸⁴ Auf einen „Gesetzesvorbehalt“ freilich verweist die Lit, zB *Rieckhoff*, *Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht* (2007) 164 und passim.

⁸⁵ Vgl. zB EuGH 4. 5. 2017, C-339/15, *Zahnärzte*, insb. Rz 52; nachdem der EuGH festgestellt hatte, dass auf manche Sachverhaltsaspekte die zuvor erörterten RL nicht anwendbar sind, prüfte der EuGH die Vereinbarkeit mit dem Primärrecht (Art 49 und 56 AEUV).

⁸⁶ Dazu gehören keinesfalls bloß wirtschaftliche Gründe, vgl. EuGH 16. 1. 2003, C-388/04, *Italien*, Rz 19.

⁸⁷ StRsp, zB EuGH 9. 9. 2010, C-64/08, *Engelmann*, Rz 29.

⁸⁸ StRsp, zB EuGH 21. 12. 2011, C-271/09, *Polen*, Rz 59.

⁸⁹ Vgl. FN 28.

⁹⁰ *Schramm/Wessel/Schwenker*, (K)ein Mindestlohn für Architekten? Kritische Überlegungen zur Novellierung der HOAI einschließlich einer Prüfung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der geplanten Reduktion der Leistungsphasen, *Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht* 5/2008, 427.

⁹¹ Rs *Cipolla*, vgl. FN 28.

für Anwälte **eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit** darstellen, da Rechtsanwältinnen aus anderen EU-Mitgliedstaaten dadurch die Möglichkeit genommen wird, durch geringere Honorarforderungen ihren inländischen Kollegen wirksamer Konkurrenz zu machen, und ihnen somit der Marktzugang erschwert wird. Da Mindesthonorare jedoch möglicherweise helfen, einen durch übermäßigen Preiskampf bedingten Qualitätsverfall der RA-Dienstleistungen zu verhindern, sei eine **Rechtfertigung** anhand der im Allgemeininteresse liegenden Ziele des **Verbraucherschutzes** und der **geordneten Rechtspflege** denkbar. Die konkrete Vornahme der Rechtfertigungsprüfung überließ der EuGH dem vorlegenden italienischen Gericht, mahnte jedoch an, dass bei der Beurteilung der Erforderlichkeit ua zu prüfen sei, ob nicht die bestehenden Vorschriften (betreffend Berufszugang, Standespflichten und Haftung) ausreichen, um die Ziele des Verbraucherschutzes und der geordneten Rechtspflege zu erreichen.⁹²

- Die EK hat 2016 gegen Deutschland eine Vertragsverletzungsklage vor dem EuGH wegen unzureichender Einhaltung der Bestimmungen der DienstleistungsRL⁹³ bezüglich der in der HOAI vorgesehenen Mindest- und Höchstgehonorare eingebracht.⁹⁴ Denn die HOAI⁹⁵ enthält ein System von Mindest- und Höchstpreisen für Leistungen dieser Berufsgruppe. Diese Anbieter würden daran gehindert, Leistungen gleicher Qualität zu niedrigeren Preisen und Leistungen höherer Qualität zu höheren Preisen zu erbringen. Diese Beschränkung sei – nach der EK – **nicht gerechtfertigt, insbesondere nicht durch das Interesse an der Wahrung der Qualität** der Dienstleistungen, welche nämlich in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Preis stehe. Gegen alle diese Argumente haben die an der HOAI interessierten Kreise mehr oder weniger profund argumentiert.⁹⁶ Das Verfahren ist noch **pendent** und wird voraussichtlich Maßstäbe auch für andere Berufsgruppen – vielleicht auch für die Notare? – setzen.
- 2016 drohte die EK Spanien eine Vertragsverletzungsklage wegen Mindesthonorarvorschriften betreffend die (in Spanien zusätzlich zu Rechtsanwältinnen

⁹² Dazu *Berger*, *Das Bild des Rechtsanwalts in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union*, *AnwBl* 2015, 18 (19).

⁹³ Genauer: Art 15 Abs 2 lit g und Abs 3 RL 2006/123/EG (DienstleistungsRL) und Art 49 AEUV (so *It ABI EU* 2017/C 269/19).

⁹⁴ EuGH C-377/17, pendent.

⁹⁵ Verordnung der (dt) Bundesregierung vom 10. 7. 2013 aufgrund der §§ 1 und 2 des Gesetzes zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen vom 4. 11. 1971 (BGBl I S 1745, 1749), die durch Art 1 des Gesetzes vom 12. 11. 1984 (BGBl I S 1337) geändert worden sind.

⁹⁶ Bspw. *Kalte/Wiesner*, *Ein Plädoyer für die HOAI*, *Deutsches Ingenieurblatt* 07–08/2015, 56. Siehe auch FN 90.

einzuschaltenden) „Procuradores“⁹⁷ für Dienstleistungen in Gerichtsverfahren an.⁹⁸

- 2016 leitete die EK ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Polen wegen Mindesthonorarregeln für Patentanwälte ein.⁹⁹ Polen hob dann die Mindesthonorare für Patentanwälte auf.¹⁰⁰

G. Folgerung für das Notariat

Nur wenn es dem Notariat gelingt, nachzuweisen, dass Notare¹⁰¹ nicht – wie etwa Patent- und Rechtsanwälte

oder Tierärzte oder andere Dienstleister – im wirtschaftlichen Wettbewerb stehen, wird ein verbindlicher Tarif jedenfalls Bestand haben können; diese Begründungsschiene wird schwierig sein.

Im Übrigen kann die gesetzliche Tarifbindung dann trotz des Regimes der Dienstleistungsfreiheit iS der Rsp *Cipolla* und *Meloni* gerechtfertigt werden, wenn zwischen der gesetzlichen Preisfixierung (Höchst- oder Fixtarif) und dem verfolgten Gemeinwohlgewinn (etwa: Qualität der Leistung) ein messbarer (!) Zusammenhang und darüber hinaus die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips nachgewiesen wird.¹⁰² Die Diskussion darüber wird durch zu erwartende EuGH-Rsp weiter aufrecht bleiben.

⁹⁷ Ein Prozessbevollmächtigter (Procurador) muss in Spanien in den meisten Fällen zusätzlich zum RA eingeschaltet werden (Art 23 Zivilprozessgesetz); dieser übernimmt die eigentliche Prozessführung vor Gericht. Dessen Vergütung (arancel) ist nicht frei verhandelbar, sondern nach Art 242 Abs 4 des spanischen Zivilprozessgesetzes iVm Art 34 und 40 lit b der Ordnung der Prozessbevollmächtigten (Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España) durch Königliche Verordnung Nr 1281/2002, 5. 12. 2002 (Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España) verbindlich. Vgl dazu <https://www.gtai.de/GTAI/Navigation/DE/Trade/Recht-Zoll/Wirtschafts-und-steuerrecht/Produkte/Dienstleistungsrecht/Portal21/Laender/Spainien/Rechtsschutz/GerichtlicheRechtsbehelfe/gerichtsanwaltsgebuehren.html> (abgefragt am 13. 11. 2018).

⁹⁸ EK 17. 11. 2016, IP/16/3646.

⁹⁹ EK 25. 2. 2016, IP/16/323.

¹⁰⁰ Bericht der Kommission vom 12. 7. 2018, Kontrolle der Anwendung des EU-Rechts, Jahresbericht 2017, COM(2018) 540 final, 22.

¹⁰¹ Gemeint: insb Notare als Urkundenverfasser, also nicht als Gerichtskommissäre.

Über die AutorInnen:

Hon.-Prof. Dr. Walter Brugger ist Gründungspartner der Rechtsanwaltskanzlei Dorda in Wien.

Mag. Anna Theresa Petrikovics ist Notarsubstitutin in Wien.

¹⁰² *Kainer*, Nationale Preisregelungen im Binnenmarktrecht am Beispiel von Gebührenordnungen für Rechtsanwälte, StudZR 2007, 479 (498, 502) zweifelt an dieser Nachweisbarkeit.