

Dr. Simon Laimer

Zur Freizügigkeit der Notare in Europa – Überblick über die Aufnahme der Rechtsprechung des EuGH in Österreich und Italien

Der EuGH hat das von mehreren EU-Mitgliedstaaten für den Zugang zum Notarberuf aufgestellte Staatsangehörigkeitserfordernis für unvereinbar mit der Niederlassungsfreiheit befunden. Aus den Urteilen ergibt sich jedoch kein unbeschränkter Binnenmarkt für Notare und auch kein Eingriff in die Organisationsautonomie der Mitgliedstaaten. Ein Vergleich mit den Rahmenbedingungen für das Notariat in Österreich und Italien zeigt starke Abweichungen von der Ausgangslage in der Schweiz, weshalb hier die Berücksichtigung der kantonalen Unterschiede notwendig erscheint. Neuerungen könnte ein Reformvorschlag für die EU-Berufsanerkennungs-Richtlinie bringen.

Rechtsgebiet(e): Notariats- und Anwaltsrecht; Europarecht und Internationales Recht; Österreichisches Recht; Italienisches Recht; Beiträge

Zitiervorschlag: Simon Laimer, Zur Freizügigkeit der Notare in Europa – Überblick über die Aufnahme der Rechtsprechung des EuGH in Österreich und Italien, in: Jusletter 28. Oktober 2013

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Einige Rahmenbedingungen für das Notariat in Österreich und Italien
- III. Reaktionen auf die Erkenntnisse des EuGH
- IV. Ausblick

I. Einleitung

[Rz 1] In von der Europäischen Kommission gem. Art. 226 des Vertrags zur Gründung der europäischen Gemeinschaft (EGV) (nunmehr Art. 258 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union [AEUV]) eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren,¹ hat der EuGH ausgesprochen, dass Österreich,² und daneben auch Belgien,³ Frankreich,⁴ Luxemburg,⁵ Deutschland⁶ sowie Griechenland,⁷ dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 49 AEUV (ex-Art. 43 EGV) verstossen haben, dass sie für den Zugang zum Beruf des Notars die Voraussetzung der Staatsangehörigkeit aufgestellt haben, womit das Gericht dieses Erfordernis für unvereinbar mit der Niederlassungsfreiheit befunden hat. Da die von den Notaren ausgeübten Tätigkeiten nach dem EuGH nicht unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind,⁸ konnten sich die Mitgliedstaaten auch nicht auf die in Art. 51 AEUV (ex-Art. 45 EGV) dafür vorgesehene Bereichsausnahme berufen. Der Generalanwalt Cruz Villalón hatte in seinen Schlussanträgen vom 14. September 2010 dagegen – weniger weitreichend – vertreten, dass der Notarberuf sehr wohl an der Ausübung öffentlicher Gewalt teilnehme, wobei dies allerdings keine unmittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit rechtfertigen könne.⁹

¹ Krit. etwa LURGER, Notar/e/innen und Grundfreiheiten – Wie weit reicht der Binnenmarkt?, Österreichische Juristen-Zeitung (ÖJZ) 2009, 983 ff.

² EuGH 24. Mai 2011, Rs. C-53/08, Kommission/Österreich, Slg. 2011 I-04309.

³ EuGH 24. Mai 2011, Rs. C-47/08, Kommission/Belgien, Slg. 2011 I-04105.

⁴ EuGH 24. Mai 2011, Rs. C-50/08, Kommission/Frankreich, Slg. 2011 I-04195.

⁵ EuGH 24. Mai 2011, Rs. C-51/08, Kommission/Luxemburg, Slg. 2011 I-04231.

⁶ EuGH 24. Mai 2011, Rs. C-54/08, Kommission/Deutschland, Slg. 2011 I-04355.

⁷ EuGH 24. Mai 2011, Rs. C-61/08, Kommission/Griechenland, Slg. 2011 I-04399.

⁸ Dazu etwa BENEDETTI, Libertà di stabilimento e professione notarile, *Giurisprudenza italiana* (Giur. it.) 2012, 703, 704; krit. CATRICALÀ, Professione notarile e funzione pubblica, *Il Foro amministrativo: Consiglio di Stato* (Foro amm.) 2011, 3285, 3288; GERHARTL, Staatsbürgerschaftserfordernis für Notartätigkeit, Österreichische Notariats-Zeitung (NZ) 2011, 257, 260 ff.; siehe auch schon KARPENSTEIN/LIEBACH, Das deutsche Notariat vor dem Europäischen Gerichtshof, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2009, 161.

⁹ Dazu etwa OFNER, Staatsangehörigkeitserfordernis für den Notarberuf EU-widrig?, Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung (ZfRV) 2010/27; CATRICALÀ, *Foro amm.* 2011, 3286. Zu diesem Ergebnis schon SCHMID/PINKEL, Die Regulierung rechtlicher Dienstleistungen bei Grundstücksgeschäften zwischen Wettbewerbs- und

[Rz 2] Der EuGH hat die Vertragsverletzungsklagen der EU-Kommission gegen die genannten Mitgliedstaaten und darüber hinaus gegen Portugal¹⁰ hingegen insofern abgewiesen, als in Bezug auf den Notarberuf die Nichtumsetzung der Berufsanerkennungs-Richtlinie¹¹ bzw. der Richtlinie 89/48/EWG¹² für die Zeit bis zum 20. Oktober 2007 gerügt wurde, weil nach Auffassung des Gerichts zum Zeitpunkt der Vertragsverletzungsverfahren keine hinreichend klare Verpflichtung für die Mitgliedstaaten bestand, die Richtlinie(n) in Bezug auf Notare umzusetzen.

[Rz 3] Um einige Aspekte der österreichischen und italienischen Reaktionen auf diese EuGH-Erkenntnisse und den daraus abgeleiteten (geringen) Handlungsbedarf für den jeweiligen nationalen Gesetzgeber (dazu unten III.) für die in der Schweiz im Gang befindliche Diskussion¹³ eventuell fruchtbar machen zu können, erscheint es zunächst erforderlich, einige Rahmenbedingungen für das Notariat in Österreich und Italien darzulegen (unten II.), nachdem dieser Kontext für die Übernahme der EuGH-Rspr. in diesen Ländern bedeutsam sein dürfte. Unter Berücksichtigung des vorgegebenen Rahmens kann dies alles freilich nur in Form eines Kurzüberblicks erfolgen. Den Abschluss bildet ein kurzer Ausblick (unten IV.).

Verbraucherschutz, *Hanse Law Review* (HanseLR) 3 (2007), 5, 19 f. Krit. HOLLEY, Staatsbürgerschaftsvorbehalt für Notare primärrechtswidrig, *ÖJZ* 2011, 617, 621 (dogmatisch kaum zu begründende Verhältnismässigkeitsprüfung des Generalanwalts).

¹⁰ EuGH 24. Mai 2011, Rs. C-52/08, Kommission/Portugal, Slg. 2011 I-04275.

¹¹ Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. 2005 L 255/22. In der Schweiz wurde jüngst auch Titel II dieser Berufsqualifikations-Richtlinie umgesetzt, und zwar mit dem Bundesgesetz über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen (BGMD; SR 935.01), in Kraft getreten am 1. September 2013.

¹² Richtlinie 89/48/EWG über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschliessen, ABl. 1989 L 019/16.

¹³ Siehe insbes. den Vorentwurf betreffend die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Öffentliche Beurkundung) und den diesbezüglichen erläuternden Bericht vom Dezember 2012, abrufbar unter <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2012/2012-12-14/vn-ber-d.pdf> (Alle Internetquellen zuletzt besucht am 16. Oktober 2013); die Empfehlung der Wettbewerbskommission WEKO betreffend die Freizügigkeit für Notare und öffentliche Urkunden vom 23. September 2013, abrufbar unter <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/32316.pdf>. Vgl. auch etwa BOILLET, Le notariat suisse en passe de s'europeaniser?, in: Epiney/ Fasnacht (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht/Annuaire suisse de droit européen 2011/2012 (2012), 277 ff., 291; EPINEY/MOSTERS, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, ebendort, 51 ff., 92.

II. Einige Rahmenbedingungen für das Notariat in Österreich und Italien

[Rz 4] Die Organisation des Notariats ist – im Unterschied zur Schweiz, wo es sich um eine kantonale Zuständigkeit handelt¹⁴ – sowohl in Österreich¹⁵ als auch in Italien¹⁶ auf gesamtstaatlicher Ebene gesetzlich geregelt, wodurch auch einheitliche Ausbildungsmindeststandards für Notare (vgl. insbes. §§ 6, 6a, 118 der österreichischen Notariatsordnung [NO]; Art. 5 ff. I. des italienischen Notariatsgesetzes [Sull'ordinamento del notariato e degli archivi notarili; I. not.]) oder etwa homogene Regelungen für die Aufsicht über das Notariatswesen bestehen (§§ 153 ff. NO; Art. 127 ff. I. not.). In beiden Staaten ist die in Rede stehende Tätigkeit ausschliesslich als freiberufliches (lateinisches) Notariat ausgestaltet, während andere Systeme wie das Amts- aber auch etwa das Anwaltsnotariat im eigentlichen Sinn unbekannt sind.¹⁷ Entsprechend üben die Notare ihre Tätigkeit in Österreich und Italien hauptberuflich aus und unterliegen weitgehenden Unvereinbarkeitsbestimmungen (§ 7 NO; Art. 2 I. not.), wodurch dieses Trennungsmodell oft auch als «Nur-Notariat» bezeichnet wird.¹⁸ Als juristische Parteienberater einerseits und als Verfasser von Urkunden kraft ihrer Eigenschaft als Amtsträger andererseits, erfüllen lateinische Notare traditionell eine Doppelfunktion.¹⁹ In Österreich tritt noch eine dritte Rolle hinzu, indem Notare als Beauftragte des Gerichtes («Gerichtskommissäre»)²⁰ funktionell judizielle Aufgaben erfüllen und in den bei Erbschaften durchgeführten «Verlassenschaftsverfahren» als gerichtliche Organe tätig werden (§ 1 Abs. 2 NO).²¹

[Rz 5] Derzeit gibt es in Österreich rund 500 Notariate,²²

während in Italien 4741 Notare tätig sind.²³ Anders als etwa im Kanton Bern, wo es keinen «Numerus clausus» gibt, ermächtigen sowohl das österreichische (§ 9 Abs. 1 NO) als auch das italienische Notariatsgesetz (Art. 4 I. not.) die jeweiligen Justizminister zur Festlegung der Anzahl und der örtlichen Lage der Notarstellen, was in Österreich auch mit dem Begriff «Systemisierung» der Amtsstellen bezeichnet wird.²⁴ Dabei hat sich der österreichische Notar grundsätzlich der Betreuung der Bevölkerung in seinem durch eine bestimmte Ortsangabe gekennzeichneten Amtssprengel zu widmen (§ 31 Abs. 1 NO).²⁵ Nur besondere Umstände können eine gelegentliche Tätigkeit ausserhalb des Amtsbereiches rechtfertigen.²⁶ Der Hintergrund dieser Regelung entspricht dem Zweck der auf die Bedürfnisse der Bevölkerung ausgerichteten Systemisierung der Amtsstellen. Die dem Notar verliehenen Befugnisse erstrecken sich jedoch auf seine Tätigkeit im ganzen Bundesgebiet (§ 8 NO).²⁷ Die Rechtswirksamkeit der notariellen Urkunde wird auch nicht etwa dadurch berührt, dass sie ohne Rechtfertigungsgrund ausserhalb des Amtssitz-Sprengels errichtet wurde.²⁸

[Rz 6] Ebenso ist dem italienischen Notar eine territoriale Zuständigkeit zugewiesen, wobei er sich zur Ausübung seiner Funktion innerhalb des gesamten Oberlandesgerichtssprengels, in welchem sein Amtssitz liegt, bewegen darf (Art. 26 I. not.).²⁹ Auch diese Einschränkung betrifft jedoch nur die Örtlichkeit, in der die Beurkundung vorgenommen wird, nicht aber den Gegenstand der notariellen Urkunde, sodass der Notar etwa Liegenschaftsgeschäfte – im Unterschied zu der Regelung z.B. im Kanton Bern³⁰ – rechtsgültig öffentlich beurkunden darf, unabhängig davon in welchem Gebiet Italiens sich das Grundstück befindet.³¹ An einem Ort ausserhalb seines Amtssitz-Sprengels vom Notar beurkundete Rechtsgeschäfte entfalten jedoch nur die Beweiskraft einer Privaturkunde (Art. 58 I. not. i.V.m. Art. 2701 Codice civile).³²

¹⁴ Dazu WOLF/PFEUTI/MINNIG, Zur Zukunft des Notariats in der Schweiz – Einführung und Überblick, in: Jusletter 28. Oktober 2013 (Pkt. II.2).

¹⁵ Notariatsordnung (NO), Reichsgesetzblatt (RGBl.) Nr. 75/1871 i.g.F.

¹⁶ Legge (l.) 16.2.1913 Nr. 89 i.g.F. – Sull'ordinamento del notariato e degli archivi notarili (sog. legge notarile – I. not.), Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (G.U.) Nr. 55 vom 7. März 1913, Serie Generale; deutsche Übersetzung bei Bauer/Eccher/König/Kreuzer/Zanon, Italienische Notariatsordnung mit Nebengesetzen, deutsch-italienische Ausgabe (1993).

¹⁷ Vgl. DI FABIO, Notaio (dir. vig.), in: Enciclopedia del diritto (Enc. dir.), XXVIII (1978), 565 (568 Nr. 5).

¹⁸ WAGNER/KNECHTEL, Notariatsordnung6 (2006) Vor § 1 NO Rz 3. Siehe auch etwa SCHMID/PINKEL, HanseLR 3 (2007), 7.

¹⁹ Siehe etwa LEGA, Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza (1974), 152; VALENTINI, Figure, rapporti, modelli organizzatori, in: Trattato di diritto amministrativo (diretto da Santariello), vol. 4 (1996), 65 ff.; Catricalà, Foro amm. 2011, 3286. Vgl. auch Corte d'appello Bari 21. Januar 1999, Giur. it. 1999, 1000.

²⁰ Siehe Bundesgesetz vom 11. November 1970 über die Tätigkeit der Notare als Beauftragte des Gerichtes im Verfahren ausser Streitsachen (Gerichtskommissärsgesetz – GKG) i.g.F., öst. Bundesgesetzblatt (BGBl.) Nr. 343/1970.

²¹ WAGNER/KNECHTEL, Notariatsordnung6 (2006) Vor § 1 NO Rz 1. Vgl. Gerhartl, NZ 2011, 259.

²² Vgl. die Internetseite der österreichischen Notariatskammer: http://www.notar.at/notar/de/home/ueberdienotare/berufsbild/die_prinzipien/.

²³ So nach der Internetseite des Consiglio nazionale del notariato: http://www.notarato.it/it/utilita/cerca_notai_o_risultati.html.

²⁴ WAGNER/KNECHTEL, Notariatsordnung6 (2006) § 9 NO Rz 1. Vgl. zum Themenkreis auch GENOVESE/PETILLO, La professione notarile (2004), 10 ff.

²⁵ Zur standeswidrigen Konkurrenzierung unter Notaren OLG Wien 18. Mai 1957, NZ 1957, 107.

²⁶ Weiterführend WAGNER/KNECHTEL, Notariatsordnung6 (2006) § 8 NO Rz 1, § 31 Rz 12.

²⁷ VwGH 15. Dezember 1964, NZ 1966, 58.

²⁸ WAGNER/KNECHTEL, Notariatsordnung6 (2006) § 8 NO Rz 1, § 31 Rz 15.

²⁹ Jüngst dahingehend ausgeweitet mit Art. 12 Abs. 5 decreto legge 24. Januar 2012 Nr. 1, in Gesetz umgewandelt mit l. 24. März 2012, n. 27 (sog. «decreto sulle liberalizzazioni»).

³⁰ Siehe Art. 21 Abs. 3 Notariatsgesetz (NG) des Kantons Bern vom 22. November 2005. Vgl. dazu WOLF/PFAMMATTER, in: Wolf (Hrsg.), Kommentar zum bernischen Notariatsrecht (2009) Art. 21 NG Rz 19. Siehe auch BGE 113 II 501.

³¹ Vgl. DI FABIO, Notaio (dir. vig.), in: Enc. dir., XXVIII (1978), 565 (584 Nr. 17); Genovese/Petillo, La professione notarile (2004), 31.

³² Vgl. MORELATO, in: Galgano (Hrsg.), Commentario compatto al codice civile 3 (2010) zu Art. 2701.

[Rz 7] Dabei gilt es allerdings zu beachten, dass – abweichend von der kantonalen Zuständigkeit in der Schweiz (Art. 55 Abs. 1 SchlT des Zivilgesetzbuches [ZGB])³³ – sowohl in Österreich als auch in Italien durch gesamtstaatliches Recht einheitlich bestimmt wird, in welcher Weise die öffentliche Beurkundung durchgeführt wird (§ 52 ff. NO;³⁴ 47 ff. I. not.). Die Rechtssetzung in anderen für die Ausübung des Notarberufes wesentlichen Rechtsgebieten, wie etwa Immobilienrecht samt Steuergesetzgebung,³⁵ Erbrecht, Familienrecht oder Gesellschaftsrecht – mit Ausnahme einiger regionaler Besonderheiten wie etwa der «Grundverkehrsgesetze»³⁶ oder dem im Gegensatz zum restlichen Italien in einigen «alt-österreichischen» Gebieten noch geltenden Grundbuchssystem³⁷ – liegt ebenfalls in der Kompetenz des Gesamtstaates. Bezüglich der jeweiligen Amtssprache gibt es keine mit der schweizerischen Rechtswirklichkeit annäherungsweise vergleichbaren Problemlagen.³⁸

III. Reaktionen auf die Erkenntnisse des EuGH

[Rz 8] Die ab Februar 2008 erfolgte Einleitung der oben angeführten Vertragsverletzungsverfahren hat in der Lehre weit über das Verbot des Staatsangehörigkeitserfordernisses hinausgehende Befürchtungen hervorgerufen. Es wurde insbesondere kritisch angeführt, dass die Anwendung der

Grundfreiheiten auf die notariellen Tätigkeiten und deren Eingliederung in den Binnenmarkt generell «das System der Integration des lateinischen Notariats in das staatliche Rechtspflegesystem, für das es (...) eben keinen Markt und keinen Wettbewerb geben kann, untergraben» würde.³⁹ So wurden die Verfahren sogar ganz grundsätzlich als Konfrontation zwischen lateinischem Notariat und davon abweichender angelsächsischer Tradition⁴⁰ empfunden.⁴¹

[Rz 9] Letztendlich hält der EuGH jedoch explizit fest, dass die (erste) Rüge der EU-Kommission ausschliesslich das für den Zugang zum Notarberuf aufgestellte Staatsangehörigkeitserfordernis betrifft.⁴² Das Gericht stellt zudem ausdrücklich klar, dass sowohl der Status und die Organisation des Notariates, als auch die sonstigen Zugangsvoraussetzungen zum Beruf des Notars davon unangetastet bleiben.⁴³ Überdies hält das Urteil fest, dass weder die – auf freiberuflich tätige Notare nicht anwendbaren – Bestimmungen über die Arbeitnehmerfreizügigkeit, noch jene über die Dienstleistungsfreiheit betroffen sind,⁴⁴ was als implizite Bestätigung für die Zulässigkeit der staatlichen Begrenzung der Notarstellen sowie dafür gewertet wird, dass notarielle Tätigkeiten in Österreich nur ausüben darf, wer eine solche Stelle bekleidet.⁴⁵

[Rz 10] Entsprechend wurde gesetzlicher Änderungsbedarf allein beim Erfordernis der Staatsangehörigkeit geortet.⁴⁶ Gegen Italien wurde im Übrigen deshalb keine Klage erhoben, weil dort die Staatsangehörigkeit als Voraussetzung für den Zugang zum Notarberuf bereits im Jahr 2003 gestrichen worden war.⁴⁷ Der österreichische Gesetzgeber⁴⁸ hat hingegen 2011 reagiert, indem er allen EU-Bürgern und Angehörigen eines anderen EWR-Staates sowie schweizerischen Staatsbürgern den Zugang zum Notarberuf (und der

³³ Dazu BGE 133 I 259, 260.

³⁴ Siehe auch Gesetz vom 25. Juli 1871, betreffend das Erfordernis der notariellen Errichtung einiger Rechtsgeschäfte (Notariatsaktsgesetz) i.g.F., RGBl. Nr. 76/1871.

³⁵ Z.B. Grundsteuergesetz 1955 i.g.F., BGBl. Nr. 149/1955; Grunderwerbsteuergesetz (GrEStG) 1987 i.g.F., BGBl. Nr. 309/1987. D. Lgs. 31.10.1990 Nr. 347 i.g.F., G.U. Nr. 277 vom 27. November 1990 (Suppl. Ord. Nr. 75): Testo unico delle disposizioni concernenti le imposte ipotecaria e catastale; D.P.R. 26. April 1986 Nr. 131 i.g.F., G.U. Nr. 99 vom 30. April 1986 (Suppl. Ord.): Testo unico dell'imposta di registro. Siehe aber auch etwa zum Erb- und Schenkungssteuerrecht D. Lgs. 31. Oktober 1990 Nr. 346 i.g.F., G.U. Nr. 277 vom 27. November 1990 (Suppl. Ord. Nr. 75): Testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni.

³⁶ Aufgrund der föderalen Regelung in Österreich gibt es neun verschiedene Gesetze, wobei insbesondere Erwerbsvorgänge an Grundstücken, die land- und forstwirtschaftlich genutzt werden, die Ferienwohnsitze sind oder Grundstückserwerbe durch EU-Ausländer, Beschränkungen unterliegen. Vgl. etwa PACHLER/UHL, Grundverkehrsrecht für die Praxis (2011); SCHNEIDER, Österreichisches Grundverkehrsrecht: Kommentar (1997–2005); Funk (Hrsg.), Grundverkehrsrecht: Institutionen – Funktionen – Beziehungen zum Gemeinschaftsrecht (1996); Fuith, Tiroler Grundverkehrsgesetz: Kurzkomentar4 (2012).

³⁷ Dazu LAIMER, Der Einfluss österreichischen Rechts in Südtirol, in: Hilpold/Steinmair/Perathoner (Hrsg.), Rechtsvergleichung an der Sprachgrenze (2011), 264 (266 ff.) m.w.N.

³⁸ So ist etwa gemäss Sonderstatut in dem – im Vergleich zum restlichen Italien kleinen – Gebiet der Region Trentino-Südtirol die deutsche Sprache der italienischen gleichgestellt (siehe Art. 99 Decreto del presidente della Repubblica vom 31. August 1972 Nr. 670 i.g.F., G.U. 20. November 1972 Nr. 301).

³⁹ LURGER, ÖJZ 2009, 984.

⁴⁰ Vgl. etwa SHAW, Notaries in England and Wales: Modernizing a Profession Frozen in Time, International Journal of the Legal Profession 7 (2000), 141. Rvgl. BENEDETTI, Seeking «Certainty» between Public Powers and Private Systems, Italian Journal of Public Law 4 (2012), 336.

⁴¹ Benedetti, Giur. it. 2012, 703.

⁴² EuGH 24. Mai 2011, Rs. C-53/08, Kommission/Österreich, Slg. 2011 I-04309, Rz 73.

⁴³ EuGH 24. Mai 2011, Rs. C-53/08, Kommission/Österreich, Slg. 2011 I-04309, Rz 74.

⁴⁴ EuGH 24. Mai 2011, Rs. C-53/08, Kommission/Österreich, Slg. 2011 I-04309, Rz 75.

⁴⁵ GRABENWARTER, NZ 2011, 290; zweifelnd Saupe, Panta rhei – Urteil des EuGH zur notariellen Tätigkeit, öst. Anwaltsblatt (AnwBl) 2011, 317, 318.

⁴⁶ HOLLEY, ÖJZ 2011, 621; BENEDETTI, Giur. it. 2012, 704. Ebenso aus deutscher Sicht LORZ, Kein Grund zur Sorge – Grund zur Entwarnung? – Anmerkungen zum Urteil des EuGH vom 24. Mai 2011 zur Staatsangehörigkeitsvoraussetzung für Notare, DNotZ 2011, 491, 492.

⁴⁷ Siehe dazu auch die Pressemitteilung des Consiglio nazionale del notariato, abrufbar unter <http://www.notariato.it/export/sites/default/it/notariato/sala-stampa/comunicati-stampa/archive/pdf-comunicati/cos-2405201.pdf>. Vgl. Catricalà, Foro amm. 2011, 3288.

⁴⁸ BGBl. I Nr. 104/2011.

dazugehörigen Ausbildung) eröffnet hat⁴⁹ und gleichzeitig die Möglichkeit zur Prüfung der Gleichwertigkeit eines ausländischen Universitätsabschlusses mit dem österreichischen Studium der Rechtswissenschaften⁵⁰ sowie der Anrechnung bestimmter Zeiten auf das Notariatspraktikum⁵¹ geschaffen hat.⁵²

[Rz 11] Darüber hinaus hat sich jedoch weder die Befürchtung eines unbeschränkten Binnenmarktes für Notare oder notarielle Leistungen bewahrheitet, noch hat der EuGH die diesbezügliche Organisationsautonomie der Mitgliedstaaten berührt.⁵³ Diskutiert wird, ob nur die (damals) fehlende hinreichend klare Verpflichtung zur Umsetzung der Berufsanerkennungs-Richtlinie den Ausschlag für den weiteren Verfahrensausgang gegeben hat⁵⁴ oder ob die Richtlinie auf Notare schlicht nicht anwendbar ist.⁵⁵ Auch in letzterem Fall sind strenge Zugangsvoraussetzungen zum Notarberuf jedoch nur dann mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar, wenn sie nicht diskriminierend, aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt und zur Zielerreichung geeignet und erforderlich sind.⁵⁶ Dies wird sowohl für die Qualitätssicherung anhand der – eine hohe Hürde für ausländische Bewerber darstellenden – fachlichen Eignungsprüfungen, als auch für die Beschränkung der Notarstellen als gegeben erachtet.⁵⁷

[Rz 12] Für die derzeitige Diskussion in der Schweiz ergäbe sich jedoch aus einer europarechtlichen Zulässigkeit der staatlichen Festlegung von Anzahl und örtlicher Lage der Notarstellen, dass Kantone mit freiberuflich tätigen Notaren ohne «Numerus clausus» wie Bern zumindest in diesem Punkt bereits jetzt niederlassungs- und auch wettbewerbsfreundlicher sein dürften als etwa Österreich und Italien. Dabei scheint es bedeutsam zu sein, dass die – von der Ausgangslage in der Schweiz teilweise stark abweichenden – Rahmenbedingungen in Österreich und Italien, wie etwa

die Organisation des Notariats auf gesamtstaatlicher Ebene, einheitliche Ausbildungsmindeststandards oder etwa homogene Regelungen für die Aufsicht über das Notariatswesen,⁵⁸ die Qualitätssicherung in der Wettbewerbssituation entscheidend erleichtern, weshalb diesbezüglich die Berücksichtigung der kantonalen Unterschiede in der Schweiz unumgänglich sein dürfte.

IV. Ausblick

[Rz 13] Ist damit einiges zum Status quo gesagt, so könnten sich freilich schon bald (weitergehende) Neuerungen aufgrund eines bereits von der EU-Kommission präsentierten Reformvorschlages der Berufsanerkennungs-Richtlinie ergeben.⁵⁹ Die EU-Kommission bezieht sich einerseits auf ein 2011 veröffentlichtes Grünbuch⁶⁰ und andererseits darauf, dass der EuGH in den oben genannten Entscheidungen zwar die Umsetzungsverpflichtung der Berufsanerkennungs-Richtlinie in Bezug auf Notare zum Zeitpunkt der Vertragsverletzungsverfahren als nicht ausreichend klar angesehen, aber gleichzeitig nicht ausgeschlossen hat, dass eine solche Verpflichtung zur Umsetzung besteht.⁶¹ Deshalb will die EU-Kommission den Geltungsbereich der Richtlinie klären und diesen – unter bestimmten Bedingungen – explizit u.a. auf Notare ausweiten, was etwa von den für das Anwaltsnotariat zuständigen Gremien im Deutschen Anwaltverein (DAV) ausdrücklich begrüsst wird.⁶² Dabei ist geplant, die Vorschriften für die Niederlassung und den freien Dienstleistungsverkehr auf die Besonderheiten des Notarberufs anzupassen. Zur Vermeidung jeglicher Diskriminierung in den einzelstaatlichen Auswahl- und Ernennungsverfahren, sollen die Mitgliedstaaten in Bezug auf die Niederlassung die erforderlichen Eignungsprüfungen vorschreiben können.⁶³ Im Fall des (damit also explizit angesprochenen) freien Dienstleistungsverkehrs schlägt die EU-Kommission die Einschränkung vor, dass Notare grenzüberschreitend keine öffentlichen Urkunden anfertigen oder sonstige des Siegels des Aufnahmemitgliedstaats bedürftige Beglaubigungen durchführen können

⁴⁹ §§ 6 Abs. 1 Z. 1, 19, 117a, 118a n.F. NO.

⁵⁰ § 6a Abs. 4 n.F. NO.

⁵¹ § 6 Abs. 1 Z. 5 n.F. NO. Ausserdem heisst es in § 1 Abs. 3 n.F. NO nun, dass Notare, die auf Grund gesetzlicher Bestimmungen öffentlich-rechtliche Tätigkeiten ausüben, unbeschadet Art. 51 AEUV öffentliche Aufgaben besorgen, was als rein terminologische Anpassung gewertet werden darf, GRABENWARTER, NZ 2011, 294.

⁵² Dazu FUCIK/LEHHOFER, ÖJZ 2011/96.

⁵³ DIEHN, Anmerkung zu EuGH 24. Mai 2011, C-54/08, LMK 2011, 320422; GRABENWARTER, NZ 2011, 292.

⁵⁴ In diesem Sinne HOLLEY, ÖJZ 2011, 618; SAUPE, AnwBl 2011, 318.

⁵⁵ So GRABENWARTER, NZ 2011, 293

⁵⁶ SPICKHOFF, Das deutsche Notariat in Europa – Qualität versus Niederlassungsfreiheit?, Juristenzeitung (JZ) 2012, 333, 337; BENEDETTI, Giur. it. 2012, 704.

⁵⁷ SPICKHOFF, JZ 2012, 338 ff.; BENEDETTI, Giur. it. 2012, 706; HENSSLER/KILIAN, Caveat Reformato – das deutsche Notariat im Europarecht, in: FS Brambring (2011), 141 f. Eine Anrechnung berufsspezifischer Ausbildung im Ausland muss nach HOLLEY, ÖJZ 2011, 618, nicht erfolgen; a.A. SAUPE, AnwBl 2011, 318.

⁵⁸ Dazu oben bei Rz. 4.

⁵⁹ Vorschlag zur Änderung der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen und der Verordnung über die Verwaltungszusammenarbeit mithilfe des Binnenmarktinformationssystems, KOM(2011) 883 endgültig.

⁶⁰ Grünbuch zur «Überarbeitung der Richtlinie über Berufsqualifikationen», KOM(2011)367 endg.

⁶¹ Dazu oben bei Rz. 2.

⁶² Stellungnahme Nr. 26/2012, abrufbar unter <http://anwaltverein.de/downloads/Stellungnahmen-11/DAV-Stellungnahme-26-2012-ohne-Logo.pdf>; kritisch hingegen BENGEL, Das deutsche Notariat im Lichte der Berufsqualifikationsrichtlinie, DNotZ 2012, 26 ff.

⁶³ In diesem Sinne wird ein neuer Unterabsatz 2 in Art. 14 Abs. 3 vorgeschlagen: «Für den Beruf des Notars kann der Aufnahmemitgliedstaat bei der Festlegung der Ausgleichsmassnahme die besondere Tätigkeit im Rahmen dieses Berufs in seinem Hoheitsgebiet, vor allem in Bezug auf das anzuwendende Recht, berücksichtigen.»

sollen.⁶⁴ Mit diesen Reformüberlegungen wird sich die davon betroffene Praxis, aber auch die Wissenschaft in naher Zukunft eingehend auseinander zu setzen haben.

Dr. iur. SIMON LAIMER, LL.M., Rechtsanwalt, ist Assistenzprofessor am Institut für Zivilrecht/Europäisches, Vergleichendes und Internationales Privatrecht der Universität Innsbruck.

* * *

⁶⁴ Siehe dazu die Begründung des Richtlinien-Vorschlags KOM(2011) 883 endg., 12 (Pkt. 4.8.2.) und ErwGr. 7. Ein neuer Art. 5 Abs. 4 soll nach den Bestrebungen der Kommission lauten: «Im Fall von Notaren sind die öffentlichen Urkunden und sonstige des Siegels des Aufnahmemitgliedsbedürftige Beglaubigungen von der Dienstleistungserbringung ausgeschlossen.»