

Deutscher Bundestag ■ Wissenschaftliche Dienste

Gemeinschaftsrechtliche Niederlassungsfreiheit und notarielles Berufsrecht in Europa

§ 5 Bundesnotarordnung (BNotO) legt fest, dass nur deutsche Staatsbürger mit der Befähigung zum Richteramt als Notar in Deutschland tätig sein dürfen. Dies verstößt nach Auffassung der Europäischen Kommission gegen die Niederlassungsfreiheit. Die Kommission beschloss am 12. Oktober 2006, an Deutschland und 15 weitere Mitgliedstaaten mit ähnlichen Zugangsbeschränkungen - unter Ihnen Österreich, Belgien, Frankreich, Griechenland, Luxemburg und die Niederlande - so genannte „begründete Stellungnahmen“ zu versenden. Die Auseinandersetzung tritt damit, nach dem mehrjährigen Versuch, die Mitgliedstaaten zu einer Änderung ihrer Praxis zu bewegen, in eine neue Phase. Eine Reaktion der gegenwärtigen Bundesregierung steht noch aus. In letzter Konsequenz drohen Deutschland und den anderen Mitgliedstaaten Vertragsverletzungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof (EuGH).

Vor dem Hintergrund der Lissabon-Strategie und dem Beschluss von Tampere 1999 kommt dem Abbau von Hindernissen und Beschränkungen im Bereich des Dienstleistungsverkehrs eine gewichtige Rolle zu. Die Kommission hat dabei auch die vielgestaltigen einzelstaatlichen Regulierungen der so genannten „freien Berufe“ im Auge und legte am 9. Februar 2004 die Mitteilung "Bericht über den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen" (KOM [2004] 83 endg.) vor. Darin stehen Landesregeln für Rechtsanwälte, Notare, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Architekten, Ingenieure und Apotheker auf dem Prüfstand. Sie fordert Organisationen und Mitgliedstaaten auf, im nationalen Rahmen beschränkende, nicht gerechtfertigte Vorschriften den europäischen Wettbewerbsregeln anzupassen und bemängelte u.a. restriktive Zugangsvoraussetzungen zu den jeweiligen Berufen. In einem Follow-up-Bericht vom 5. September 2005 (KOM [2005] 405 endg.) mahnte sie weiteren Handlungsbedarf an.

Am 12. Oktober 2006 beschloss die Kommission nun, an Deutschland und 15 weitere Mitgliedstaaten mit ähnlichen Zugangsbeschränkungen, unter ihnen Österreich, Belgien, Frankreich, Griechenland, Luxemburg und die Niederlande, so genannte „begründete Stellungnahmen“ zu versenden

(zweite Stufe des Vertragsverletzungsverfahrens gem. Art. 226 EG) und nimmt Bezug auf einzelstaatliche Regelungen, die die Staatsangehörigkeit des jeweiligen Mitgliedstaates als Voraussetzung für den Zugang zum Beruf der Notare vorschreiben. Damit sei, so die Kommission, die Richtlinie über eine allgemeine Regelung zur

Anerkennung der Hochschuldiplome (89/48/EWG), die ein System der gegenseitigen Anerkennung einführt, nicht ausreichend umgesetzt.

Notarielles Berufsrecht in Deutschland und den anderen Mitgliedstaaten

In den Mitgliedstaaten lassen sich im Wesentlichen zwei Arten von Notarverfassungen darstellen: Zum einen das vom römischen Recht geprägte kontinental-europäische System (lateinisches Notariat) mit dem Amt des Notars, dessen Urkunden besondere Beweis- und Vollstreckungswirkungen zukommen, der als unparteiischer Betreuer der Beteiligten auftritt und Aufgaben der vorsorgenden Rechtspflege wahrnimmt. Zum anderen das angelsächsische und skandinavische System, in dem die Funktionen des hiesigen Notars entweder weitgehend unbekannt sind oder durch andere Rechtsinstitute wahrgenommen werden. Die dort anzutreffende Bezeichnung "Notary Public" entspricht dabei keineswegs dem kontinental-europäischen Notar.

In das Visier der Kommission geriet zuvorderst die starke Reglementierung in den Staaten mit kontinental-europäischer Ausgestaltung des Notarberufes.

Mangels Kompetenzzuweisung für den Erlass berufsrechtlicher Normen normiert der EGV kein einheitliches europäisches Berufsrecht der Notare. Gleichwohl entfalten zahlreiche Regelungen des Gemeinschaftsrechts eine zumindest mittelbar harmonisierende Wirkung auf den Notarberuf. Ob eine solche Wirkung auch von der in Art. 43 EG geregelten Niederlassungsfreiheit ausgehen kann, ist noch nicht abschließend ge-

klärt. Der Klärung bedarf AUCH die Frage, ob der Beruf des Notars als eine Tätigkeit in Ausübung öffentlicher Gewalt qualifiziert werden kann und gemäß Art. 45 Abs. 1 EG dem Anwendungsbereich des Art. 43 EG entzogen wäre.

Zur Frage, ob „Tätigkeit“ iSv Art 45 I EG ganze Berufsbilder oder nur bestimmte, die Ausübung öffentlicher Gewalt betreffende Teilbereiche gemeint sind, hat der **Europäische Gerichtshof** (EuGH) geäußert und klargestellt, dass sich die Reichweite der Vorschrift „auf das beschränkt, was zur Wahrung der Interessen, die diese Bestimmung den Mitgliedstaaten zu schützen erlaubt, unbedingt erforderlich ist“. Nur Tätigkeiten, die eine „unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt“ darstellen, seien von dieser Ausnahme erfasst, es sei denn, die Berufsausübung ist dermaßen von den gekennzeichneten Tätigkeiten bestimmt, dass deren Abstraktion nicht möglich ist. Art. 45 Abs.1 EG komme als Ausnahmetatbestand nur dort zur Anwendung, wo eine Tätigkeit nur im Überordnungsverhältnis über andere ausgeübt werden kann. Daraus ergibt sich ein von den Mitgliedstaaten zusätzlich zu beachtender Verhältnismäßigkeitsvorbehalt.

Die **Kommission** betont, dass Art. 45 I EG nicht für die Tätigkeit der Notare gelten könne, denn diese können nicht gegen den Willen der von ihnen beratenen Personen handeln und seien demzufolge auch nicht hoheitlich tätig. Ein Staatsangehörigkeitsvorbehalt für die Sicherung der Qualität notarieller Dienstleistungen sei unverhältnismäßig. Die Qualifikation der Notare könne durch die Umsetzung der Diplom-Anerkennungsrichtlinie für den Notarberuf als milderer Mittel gesichert werden.

Die **Bundesregierung** war im November 2000 in einem Mahnschreiben aufgefordert worden, den Notarberuf für Berufsträger aus anderen Mitgliedstaaten zu öffnen. In mehreren Antwortschreiben bekräftigte sie ihren, bereits in einer Stellungnahme vom September 1999 vertretenen Standpunkt, die Tätigkeit der Notare sei in Deutschland unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden. Die notariellen Tätigkeiten hoheitlicher Natur seien für den Beruf prägend und derart zu einem einheitlichen Berufsbild des Notars als Träger eines öffentlichen Amtes verknüpft, dass die Notartätig-

keiten und der Notarberuf insgesamt mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind.

Die berufsständigen Organisationen der Notare stehen dem Anliegen der Kommission skeptisch gegenüber. Auf deutsche Initiative wurde bereits auf der Herbstsitzung der **Konferenz der Notariate der Europäischen Union C.N.U.E.** am 28. Oktober 1998 in Rom eine Resolution verabschiedet, in der festgestellt wurde, dass *die Zuständigkeiten und Aufgaben des Notars Teil der öffentlichen Gewalt und Ausdruck staatlicher Souveränität* seien, weswegen die notariellen Tätigkeiten *bereits ihrem Wesen nach in den Anwendungsbereich von Art 55 (nunmehr Art 45) EG* fielen. In einer aktuellen Pressemitteilung erklärt die C.N.U.E. die Auffassung der Kommission, dass Notare keine hoheitlichen Entscheidungen trafen, für nicht akzeptabel. In 19 der gegenwärtig 25 Mitgliedstaaten komme notariellen Urkunden eine Beglaubigungsfunktion zu.

Das **Europäische Parlament (EP)** hatte im März 2006 in seiner *Entschließung zu den Rechtsberufen und dem allgemeinen Interesse an der Funktionsweise der Rechtssysteme* festgestellt, dass Artikel 45 des Vertrages vollständig auf den Beruf des Notars als solchem anwendbar ist. Das EP hatte sich bereits 1993 in seinem Marinho-Bericht und einer Entschließung vom 18. Januar 1994 mit den Gemeinsamkeiten und Unterschieden der Notariatsverfassungen in der Gemeinschaft befasst.

Auch nach Ansicht der **Bundesnotarkammer** sind deutsche Notare ausschließlich hoheitlich tätig, sie betätigten sich als Träger eines öffentlichen Amtes und nähmen originäre Staatsaufgaben wahr. Notarielle Urkunden seien auch nach europäischem Recht wie gerichtliche Urteile vollstreckbar. Zudem laufe die Diplomanerkenntnisrichtlinie (89/48/EWG) im Oktober 2007 aus und werde durch die neue Berufsqualifikationsrichtlinie (2005/36/EG) ersetzt, in der ausgeführt sei, dass *„Diese Richtlinie [...] nicht die Anwendung [...] des Artikels 45 des Vertrags, [...] auf Notare.“* berühre.

Weiteres Verfahren

Sollte die Bundesregierung den bisher vertretenen Standpunkt beibehalten, bleibt abzuwarten, ob die Kommission nach Fristablauf den EuGH mit dieser Frage befassen wird.

Quellen und Literatur:

- Bericht über den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen, Mitteilung der Kommission KOM(2004) 83 endgültig: http://ec.europa.eu/comm/competition/liberal_professions/final_communication_de.pdf
- Freiberufliche Dienstleistungen – Raum für weitere Reformen (Follow-up zum Bericht über den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen), Mitteilung der Kommission KOM(2005) 405 endgültig: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2005/com2005_0405de01.pdf
- Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen zur Regulierung der freien Berufe und ihre Folgen – Einladung zur Stellungnahme: http://ec.europa.eu/comm/competition/general_info/invitation/de.pdf
- Dr. Jens Fleischhauer, LL.M., Europäisches Gemeinschaftsrecht und notarielles Berufsrecht, Aufsatz in DNotZ, 2002, S. 325 – 367.

Heiko Dünkel; Heike Baddenhausen, Fachbereich WD 11 – Europa, Tel.: (030) 227-33614, E-mail: vorzimmer.wd11@bundestag.de