

Wien, den 25. April 2005  
(aktualisierte Fassung)

**Stellungnahme**  
**zum**  
**Europäischen Tag des Wettbewerbs 2005**  
**„Wettbewerbsregeln und freie Berufe“**

**Im Hinblick auf die Veranstaltung der Tagung „Wettbewerbsregeln und freie Berufe“ aus Anlass des Europäischen Tags des Wettbewerbs am 3. Mai 2005 in Luxemburg, nimmt die Österreichische Notariatskammer aus der Sicht des Notarberufs erneut zum dem Themenkomplex Stellung.**

Vorweg wird unterstrichen, dass mit dem Notarberuf in dieser Stellungnahme ausschließlich jener Beruf gemeint ist, wie er in Österreich und 18 weiteren Mitgliedstaaten („civil law notary“ nach den Rechtstraditionen Kontinentaleuropas) besteht. Diese Konzeption ist streng vom „notary public“ der angelsächsischen Rechtstradition zu unterscheiden. Das *britische Common law System* kennt nicht den Notar in dieser Form. Insbesondere fehlt es den „notaries public“ an hoheitlichen Befugnissen. Ihre Rechtsordnung kennt keine öffentlichen Urkunden im kontinentaleuropäischen Sinn und bei gerichtlichen Verfahren nur in seltensten Fällen einen „Urkundenbeweis“.

**I. Standpunkte der Österreichischen Notariatskammer**

- a) **Der Notar (civil law notary) nimmt sowohl auf nationaler, als auch vermehrt auf Gemeinschaftsebene funktional Aufgaben der Justiz wahr (vorsorgende Rechtspflege). Dies muss in seinem Statut und damit in der Gestaltung des nationalen Berufsrechts auch Niederschlag finden, um den Bürgern ausreichende Garantien für die ordnungsgemäße Ausübung der hoheitlichen Tätigkeiten zu gewähren.**
- b) **Die Österreichische Notariatskammer unterstützt in diesem Zusammenhang aktiv die Ziele der Europäischen Union zum weiteren Ausbau des Europäischen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und nimmt an der Umsetzung von Maßnahmen zur Erleichterung der gegenseitigen Anerkennung von Entscheidungen und öffentlichen Urkunden teil.**
- c) **Dem Notar (civil law notary) kommt in diesem Bereich die Funktion als öffentlicher Amtsträger und Schnittstelle zwischen Staat einerseits und Bürgern und Unternehmen andererseits zu. Damit er diese Aufgabe jedoch erfüllen kann, bedarf es jedenfalls bestimmter beruflicher Mindestregeln.**



- d) **Hoheitliche Tätigkeiten des Notars (civil law notary) sind nicht marktfähig und können daher dem Wettbewerbsrecht nicht unterliegen.**
- e) **Ein effektiver Zugang zum Recht wird in Artikel III-269 des Vertrags über eine Verfassung für Europa als politisches Ziel formuliert. Das vom Europäischen Rat am 4. und 5. November 2004 verabschiedete Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht formuliert in Punkt 3.2. das Ziel, „dass alle europäischen Bürger Zugang zu einem Justizwesen haben, das hohe Qualitätsnormen erfüllt“. Die Europäische Wettbewerbspolitik muss bei einer umfassenden Beurteilung der Stellung des Notars diese Zielvorgabe berücksichtigen.**
- f) **Von Relevanz sind weiters Zielvorgaben der EU im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen. Im Anschluss an das Programm von Tampere, verfolgt etwa der Europäische Rat im Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht vom 4. und 5. November 2004 das Ziel der Weiterentwicklung der gegenseitigen Anerkennung von Gerichtsentscheidungen und Urkunden sowohl in Zivil- als auch in Strafsachen. Die öffentliche Urkunde wird von den Europäischen Institutionen als taugliches Instrument zur Realisierung des Europäischen Rechtsraumes gesehen.**
- g) **Auf Ebene der Europäischen Institutionen sind daher die Wettbewerbspolitik hinsichtlich des Notars (civil law notary) einerseits und die Politik des Aufbaus des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts andererseits aufeinander abzustimmen. Widersprüchliche Ansätze sind zu überprüfen und dort, wo es die gibt, müssen Lösungen in einem Kompromiss beider Politikfelder gefunden werden.**
- h) **Die Standortpolitik der Mitgliedstaaten berücksichtigt verstärkt den Faktor Rechtssicherheit für Unternehmen und Bürger. Rechtssicherheit und damit ein vorhersehbares und stabiles rechtliches Umfeld erhöhen die Investitionsbereitschaft und damit die Attraktivität eines Wirtschaftsstandortes. Der Notar (civil law notary) trägt wesentlich zu Verbesserung des Faktors Rechtssicherheit bei. Sein Status als öffentlicher Amtsträger ist dafür Grundvoraussetzung.**

Zu den einzelnen Punkten im Detail:

## **II. Wettbewerbspolitik und Politik der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen**

1. Die Österreichische Notariatskammer unterstützt im Rahmen der Konferenz der Notariate der Europäischen Union (CNUE) aktiv den Ausbau des Europäischen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen. Sie nimmt insbesondere an der Umsetzung von Maßnahmen zur

Erleichterung der gegenseitigen Anerkennung von Entscheidungen und öffentlichen Urkunden teil. Der Notar (civil law notary) nimmt in seiner Funktion als öffentlicher Amtsträger Aufgaben im Rahmen dieses Politikbereiches der Europäischen Union wahr. Öffentliche Urkunden wurden in diesem Politikfeld anerkannt.

2. Um eine Gesamtbetrachtung des Notarberufs im Zusammenhang mit dem Wettbewerbsrecht durchführen zu können, sind daher auch die Zielvorgaben der Europäischen Union zur Realisierung des Europäischen Rechtsraumes und der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen zu beachten.
3. Die Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Tampere<sup>1</sup> vom 15. und 16. Oktober 1999 gaben unter dem Kapitel „auf dem Weg zu einer Union der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts: die Meilensteine von Tampere“ das Ziel vor, „Urteile und Entscheidungen in der gesamten Union unter Gewährleistung der grundlegenden Rechtssicherheit der Bürger und Wirtschaftsteilnehmer anzuerkennen und zu vollstrecken“.
4. Im Anschluss an das Programm von Tampere, verfolgt der Europäische Rat im Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht vom 4. und 5. November 2004<sup>2</sup> das Ziel der Weiterentwicklung der gegenseitigen Anerkennung von Gerichtsentscheidungen und Urkunden sowohl in Zivil- als auch in Strafsachen. In Punkt 3.2. des Haager Programms ist die von den Institutionen der Europäischen Union umzusetzende Zielvorgabe formuliert, dass „in einer erweiterten Union das gegenseitige Vertrauen auf der Gewissheit beruhen, dass alle europäischen Bürger Zugang zu einem Justizwesen haben, das hohe Qualitätsanforderungen erfüllt.“
5. Es zeigt sich im Rahmen der Umsetzung des Europäischen Rechtsraumes, dass die hoheitlichen Aufgaben und Instrumente des Notars zwar auf nationaler Ebene geregelt werden, die EU sich dieser Instrumente aber zunehmend bedient. Insbesondere die öffentliche Urkunde wird von der Europäischen Institutionen als taugliches Instrument zur Realisierung des Europäischen Rechtsraumes in Zivilsachen gesehen.
6. Auf Ebene der Europäischen Institutionen sind daher die Wettbewerbspolitik hinsichtlich des Notars einerseits und die Politik des Aufbaus des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts andererseits aufeinander abzustimmen. Widersprüchliche Ansätze sind zu überprüfen und dort, wo es die gibt, müssen Lösungen in einem Kompromiss beider Politikfelder gefunden werden.

---

<sup>1</sup> Punkt 5 der Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Tampere, 15. und 16. Oktober 1999

<sup>2</sup> Europäischer Rat, Brüssel, 4./5. November 2004, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Anlage 1

### **III. Wirtschaftsstandort und Notar (civil law notary) – Rechtssicherheit ist positiver Faktor**

7. Im Rahmen des Justizsystems von 19 der 25 Mitgliedstaaten ist der Notar (civil law notary) fester Bestandteil der Rechtspflege und Justizorganisation. Notare erfüllen durch ihre vorsorgende und streitvermeidende Tätigkeit einen bedeutenden Beitrag zur Rechtssicherheit für Bürger und Unternehmen eines Landes und nehmen dadurch vom staatlichen Gesetzgeber übertragene Aufgaben im Allgemeininteresse wahr. Notare tragen in Europa zur Sicherung eines hohen Niveaus an Rechtssicherheit und des guten Funktionierens der Justizverwaltung eines Landes aus justizpolitischer und wettbewerbspolitischer Sicht bei.
8. Notare agieren in ihrer öffentlichen Funktion als „verlängerter Arm“ des Staates, indem sie Gesetze weiter verfolgen und durchsetzen. Sie fungieren als „Gatekeepers“ (Torhüter), die das Gesetz im Vorhinein, also ex-ante, durchsetzen, insbesondere was die Legalität von Verträgen betrifft, die sie beurkunden<sup>3</sup>. Diese Funktion des Notars macht einen ganz entscheidenden gesamtgesellschaftlichen Kostenvorteil gegenüber der Rechtsverfolgung ex-post aus.
9. Rechtssicherheit und qualitativ hochwertige Rechtsdienstleistungen sind wichtige Parameter für die Attraktivität eines Wirtschaftsstandorts<sup>4</sup>.
10. Es kann in diesem Zusammenhang etwa auf die in den Mitgliedstaaten Deutschland, Österreich und Luxemburg organisierten Justizsysteme beispielhaft verwiesen werden, die im jüngsten IMD- World Competitiveness Report 2004<sup>5</sup> geprüft wurden und unter 60 geprüften Standorten Spitzenplätze im Bereich „Rechtssicherheit“ und „Justizsystem“ erhielten<sup>6</sup>. Die Österreichische Notariatskammer ist überzeugt, dass die Organisation des Berufsstands der Notare, die eine Rolle beim Faktor „Rechtssicherheit“ einnehmen, zur guten Platzierung dieser Länder beigetragen hat.
11. Aufgrund eines gut funktionierenden Notarwesens ergibt sich daher auch für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union ein positiver Standortfaktor, der geeignet ist insbesondere bei Investoren und Konsumenten das nötige Vertrauen in ein stabiles und vorhersehbares rechtliches Umfeld zu schaffen. Insofern kann ein Rechtsrahmen mit Notarsystem nicht nur den Bedürfnissen und Anforderungen der Verbraucher und Unternehmen Rechnung tragen, sondern auch Investitionen und Wirtschaftswachstum fördern.
12. Damit der Notar seine Funktion als öffentlicher Amtsträger und Schnittstelle zwischen Staat einerseits und Bürgern und Unternehmen andererseits jedoch ordnungsgemäß erfüllen kann, bedarf es bestimmter beruflicher Mindestregeln.

---

<sup>3</sup> Studie im Auftrag der Österreichischen Notariatskammer „Notariat 2005“, Wien 2001, S. 33

<sup>4</sup> Der Deutsche Industrie- und Handelskammertag widmet zum Beispiel sein Jahresthema 2005 dem "Standortvorteil Recht".

<sup>5</sup> IMD World Competitiveness Yearbook, Institute for Management Development, Lausanne 2004

<sup>6</sup> siehe auch Artikel der Süddeutschen Zeitung vom 22. Jänner 2005

#### **IV. Die vollstreckbare notarielle Urkunde – besondere Garantie für Verbraucher – Stellung des Notars (civil law notary)**

13. Die Betrauung des Notars mit hoheitlichen Aufgaben ist nicht nur im nationalen Kontext von Bedeutung, sondern zunehmend auch im Gemeinschaftsrecht. Im EU – Recht finden sich Aufgaben des Notars zur Erfüllung öffentlicher Leistungen. Maßstab dafür ist das Unibank-Urteil des EuGH, C-260/97 vom 17. Juni 1999. Dieses enthält Kriterien für die Voraussetzung der Qualifikation eines Dokuments als öffentliche Urkunde. Darauf aufbauend knüpfen auch die Kriterien zur Qualifikation einer öffentlichen Urkunde als Europäischer Vollstreckungstitel von Artikel 4 Absatz 3 der Verordnung über die Schaffung eines Europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen an (Verordnung EG/805/2004). Öffentliche Urkunden werden im Übrigen in dieser Verordnung mit gerichtlichen Vergleichen gleichlaufend behandelt.
14. Demnach können solche öffentliche Urkunden nur von Trägern der Staatsgewalt („Behörde oder eine andere von dem Mitgliedstaat hierzu ermächtigte Stelle“) errichtet werden. Die vollstreckbare notarielle Urkunde erfüllt diese Voraussetzungen. Zudem wird dem Notar in einer Vielzahl an Mitgliedstaaten die Funktion der „befugten Stelle“ zur Ausstellung der Vollstreckbarkeitsbestätigung im Zuge der Umsetzung von dieser Verordnung übertragen. Damit kommt der vollstreckbaren notariellen Urkunde eine einer Gerichtsentscheidung vergleichbare Wirkung zu.
15. Ähnliches gilt im Bereich der Brüssel I – Verordnung (EG/44/2001), die einen sehr weiten Anwendungsbereich erfasst, nämlich auch alle vollstreckbaren notariellen Urkunden, durch die nach den nationalen Gesetzgebungen das Recht auf eine bestimmte Leistung oder Unterlassung beurkundet wird.
16. In seinem Urteil vom 30. September 2003 hat der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) in der Rechtssache C-405/01 „Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Espanola“ zudem festgestellt, dass notarielle Zuständigkeiten zu jenen Aufgaben zu zählen sind, die eine Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse darstellen.
17. Insgesamt wurde erkannt, welchen großen Vorteil die öffentliche Urkunde im europäischen Kontext bietet. Die öffentliche Urkunde trägt nämlich nicht nur zum Ziel des Haager Programms zum Ausbau des Europäischen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts bei, sondern auch zur Zielbestimmung von Art 153 EG-Vertrag, nämlich „der Förderung der Interessen der Verbraucher und der Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus“.
18. Dass das notarielle Verfahren mit besonderen Garantien für Verbraucher ausgestattet ist, zeigen Ausnahmevorschriften des Gemeinschaftsgesetzgebers im Verbraucherschutzbereich. So sieht etwa die Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen Ausnahmen für das Widerrufsrecht von Verbrauchern vor, sofern der Vertrag unter Mitwirkung eines öffentlichen Amtsträgers zustandegekommen ist.

## **V. Berücksichtigung der Funktion des Notars (civil law notary) als Hoheitsträger in Gemeinschaftsinstrumenten**

19. Die besondere Stellung des Notars als öffentlicher Amtsträger findet Berücksichtigung in Artikel 1 Abs. 5 d der e-Commerce Richtlinie (RL 2000/31/EG vom 8. Juni 2000). Auch andere Gemeinschaftsrechtsinstrumente, etwa im Bereich Gesellschaftsrecht verweisen auf die Funktion des Notars als öffentlicher Amtsträger, wie etwa das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft zeigt.
20. Bereits in der „Marinho-Resolution“<sup>7</sup> vom 18. Jänner 1994 stellte das Europäische Parlament fest, dass „die Tatsache einer teilweisen Abtretung der Autorität des Staates als wesentliches Element der Ausübung des Notarberufs geeignet ist, die Anwendung von Artikel 55 des EG-V (jetzt Art. 45 EG-V) auf diesen Beruf zu begründen, wonach von den Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr die Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat ... zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, ausgenommen sind“.
21. Das Europäische Parlament hat im Verlauf des Rechtsetzungsverfahrens zum Richtlinienvorschlag über die Anerkennung von Berufsqualifikationen in seiner legislativen EntschlieÙung vom 11. Februar 2004 die Berücksichtigung des besonderen Statuts des Notars gefordert, nämlich die Ausnahme vom Anwendungsbereich des Richtlinienvorschlags.
22. Im Zuge der GATS-Verhandlungen hat die Europäische Kommission selber den Notar in einer Mitteilung<sup>8</sup> an die WTO in Genf gemeinsam mit Richtern als „legal professionals entrusted with public functions“ bezeichnet.
23. Auch im Bereich der Bekämpfung der organisierten Kriminalität und Geldwäsche wurde das besondere Statut des Notars (zB von der Financial Action Task Force against Money Laundering) berücksichtigt. Hier kann ebenso auf die Gatekeeper-Funktion des Notars verwiesen werden, der in diesem Bereich den strengen Berufspflichten der Geldwäscherichtlinie unterliegt.
24. Es ist daher zu unterstreichen, dass der Notar sowohl auf nationaler, als auch vermehrt auf Gemeinschaftsebene funktional Aufgaben der Justiz wahrnimmt (vorsorgende Rechtspflege). Dies muss in seinem Statut und damit in der Gestaltung des nationalen Berufsrechts auch Niederschlag finden, um den Bürgern ausreichende Garantien für die ordnungsgemäÙe Ausübung der hoheitlichen Tätigkeiten zu gewähren.

## **VI. Hoheitliche Tätigkeiten von Notaren (civil law notary) sind nicht marktfähig**

25. Der maßgebliche Zweck der Ausstattung von Notaren mit beurkundenden Befugnissen ist die Entlastung der Gerichte bzw. in der vorsorgenden Rechtspflege. Bei dieser Tätigkeit handelt es sich um hoheitliche Tätigkeit im Sinne der Erstellung von Rechtsakten eigener

<sup>7</sup> EntschlieÙung zur Lage und Organisation des Notarstands vom 18. Jänner 1994, EG Abl. Nr. C 44/36 vom 14.02.1994 (sog. „Marinho Resolution“);

<sup>8</sup> Dokument der EU Kommission Nr. S/CSC/W/39 vom 24. März 2003, Punkt 14

Art zur Erlangung von Rechtssicherheit. Außerhalb des Notariats kommt diese Funktion sonst nur gerichtlichen Entscheidungen zu.

26. Hierzu kann festgehalten werden, dass hoheitliche notarielle Tätigkeiten aus dem Bereich der wirtschaftlichen Tätigkeiten und damit aus dem Unternehmensbegriff auszuschließen sind. Selbst die Europäische Kommission betätigt diesen Ansatz in ihrem Bericht vom 9. Februar 2004 über den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen (Randzahl 67 Absatz 2) und verweist auf die Rechtsprechung des EuGH. Somit wird deutlich, dass für die hoheitliche Tätigkeit des Notars kein Markt besteht.
27. In diesem Zusammenhang ist die Rechtsprechung<sup>9</sup> des Europäischen Gerichtshofes im Hinblick auf den Ausschluss von Tätigkeiten in Ausübung öffentlicher Gewalt<sup>10</sup> vom Anwendungsbereich des EG-Vertrags in Sachen Wettbewerbsrecht von besonders großer Bedeutung. Zudem ist die Kohärenz mit dem Primärrecht zu beachten, insbesondere Artikel 45 EG-Vertrag, der auf hoheitliche Tätigkeiten des Notars Anwendung findet.
28. Unter die nicht-marktfähigen Tätigkeiten sind insbesondere die Errichtung öffentlicher Urkunden sowie die Ausübung von Tätigkeiten im Auftrag der Gerichte zu zählen. Da diese Tätigkeiten im Rahmen der vorsorgenden Rechtspflege zur Entlastung der Gerichte getätigt werden, würde im Fall der Aufhebung ihrer gesetzlichen Grundlagen der Arbeitsanfall bei den Gerichten steigen, was belegt, dass hier kein Markt entstehen würde.
29. Die Erstellung öffentlicher Urkunden sowie die damit zusammenhängende Fremdgutverwahrung dienen der vorsorgenden Rechtspflege und stellen hoheitliche Tätigkeit dar.
30. Die genannten Tätigkeiten weisen keinen wirtschaftlichen Charakter auf, der die Anwendung der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags rechtfertigen würde. Dies zeigen die für den Notarberuf typischerweise geltenden Berufsregeln wie Betriebspflicht, Kontrahierungszwang, Versicherungspflicht und die Pflicht zur Erbringung von Dienstleistungen auch bei mangelnder Kostendeckung.

## **VII. Berufsregeln des Notars (civil law notary) – Notwendigkeit einer angemessenen Regulierung unter Beachtung des nationalen Gesamtkontextes**

31. Wenngleich die Berufsregeln des Notarberufs in 19 der 25 Mitgliedstaaten vergleichbar sind, ergeben sich im Detail Unterschiede in den verschiedenen Staaten. Zur Beurteilung der Notwendigkeit einer bestimmten Berufsregel muss daher bei dieser Betrachtung der nationale Gesamtkontext beachtet werden und es darf nicht automatisch von der spezifischen Regelung eines Mitgliedstaats auf die eines anderen geschlossen werden.

<sup>9</sup> SAT Fluggesellschaft mbH/Eurocontrol, Urteil vom 19. Jänner 1994, C-364/92 und Urteil Cali und Figli, C-343/95

<sup>10</sup> Randnr. 30 des Eurocontrol-Urteils: "In ihrer Gesamtheit hängen die Tätigkeiten von Eurocontrol ihrer Art, ihrem Gegenstand und den für sie geltenden Regeln nach mit der Ausübung von Vorrechten zusammen, die die Kontrolle und die Überwachung des Luftraums betreffen; dies sind typischerweise hoheitliche Vorrechte. Sie weisen keinen wirtschaftlichen Charakter auf, der die Anwendung der Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrags rechtfertigen würde":

32. Der EuGH stellte in diesem Sinn etwa im „Wouters“-Urteil<sup>11</sup> in Randnummer 108 fest: „Dass in einem anderen Mitgliedstaat möglicherweise andere Vorschriften gelten, bedeutet im Übrigen nicht, dass die in einem Mitgliedstaat anwendbaren Vorschriften gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen (in diesem Sinne Urteil vom 1. Februar 2001 in der Rechtssache C-108/96, Mac Quen u. a., Slg. 2001, I-837, Randnr. 33).“
33. Aus Gründen der Qualitätssicherung, des Verbraucherschutzes und der Rechtssicherheit ist ein gewisses Maß an Regulierung notwendig. Auch das Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht des Europäischen Rates vom 4. und 5. November 2004 fordert die Erfüllung hoher Qualitätsnormen im Justizwesen. Für den Notar können die durch den Gesetzgeber vorgesehenen Maßnahmen der Qualitätssicherung nicht durch Qualitätssicherungssysteme ersetzt werden, da diese rechtlich nicht sanktionierbar sind. Vorausgesetzt wird bei Qualitätssicherungssystemen ein Werturteil des Kunden. Die bestehende Informationsasymmetrie im Bereich der Erbringung notarieller Leistungen zeigt, dass dieses Werturteil vom Kunden hier nicht umfassend gefällt werden kann. Regulierung stellt für den Notarberuf die Art und Weise der Erbringung beziehungsweise die Qualität der Leistung sicher, und ist daher auch ökonomisch sinnvoll.
34. Die Erbringung der Dienstleistung des Notars ist typischerweise bürger- und personenorientiert beziehungsweise unternehmensnah (KMU). Die Notwendigkeit einer ausgewogenen Regulierung des Notarberufs ergibt sich daher durch die Tatsache, dass Notare in höchst sensiblen Rechtsbereichen, wie dem Gesellschaftsrecht, Immobilienbereich, Erb- und Familienrecht oder Vertragsrecht und Treuhandschaftsbereich tätig sind.
35. Notare erbringen „öffentliche Güter“, die für die Gesellschaft als Ganzes von Wert sind. Dazu zählen Rechtssicherheit, die erhöhte Durchsetzbarkeit von Verträgen und der Beitrag des Notars zum funktionierenden Justizwesen. Ohne ausgewogene Regulierung können solche öffentlichen Güter nicht in der den qualitativen Anforderungen der Bürger und Unternehmen entsprechenden Weise zur Verfügung gestellt werden.
36. Die Problemfelder der externen Effekte und der Informationsasymmetrie, wie von der Europäischen Kommission in ihrem Bericht vom 9. Februar 2004 in den Punkten 25 und 26 angeführt, treffen hier ganz besonders zu. Es ist in der Tat so, dass Verbraucher kaum über das Know-how des Notars und daher die Qualität der erworbenen Dienstleistung schwer urteilen wird können. Die Gefahr der externen Effekte kommt besonders im Bereich der Registerverfahren zum Tragen, da hier durch mangelhaft erbrachte Dienstleistungen Dritte bzw. die Allgemeinheit zu Schaden kommen kann. In diese Richtung zielt auch die für das Handelsregisterverfahren geltende „Publizitätsrichtlinie“ (erste gesellschaftsrechtliche Richtlinie 68/151/EWG des Rates vom 9. März 1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten).

---

<sup>11</sup> Urteil vom 19. Februar 2002, Rechtssache C-309/99, Wouters u.a. /Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten

### VIII. Notartarif – notarielle Leistungen müssen leistbar sein

37. Ein effektiver Zugang zum Recht wird in Artikel III-269 des Vertrags über eine Verfassung für Europa als politisches Ziel statuiert. Im Bereich der hoheitlichen Tätigkeit des Notars müssen daher die Preise für Bürger vorhersehbar und leistbar sein. Dass auch hier ein ausgewogenes Maß an Regulierung erforderlich und zulässig ist, hat der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache Arduino (Urteil in der Rechtssache C-35/99 vom 19. Februar 2002) festgestellt.
38. Die Erfahrung aus anderen Wirtschaftsbereichen hat gezeigt, dass eine Marktliberalisierung nicht immer zum gewünschten Erfolg der Preissenkung, im Besonderen für Konsumenten geführt hat. Eine Untersuchung der österreichischen Elektrizitätswirtschaft<sup>12</sup> hat etwa gezeigt, dass das Preisniveau am Strommarkt in Österreich seit der Marktliberalisierung für Großabnehmer gesunken, für Konsumenten aber gestiegen sei. Dies habe zwar zu einer Effizienzsteigerung innerhalb der Elektrizitätsunternehmen geführt, jedoch wurden kaum Preisvorteile an die Kunden im Massenkundenbereich weitergegeben. Ferner hat sich heraus gestellt, dass durch die Kompensationsmaßnahmen der Stromversorgungsunternehmen Arbeitsplätze in nicht zu vernachlässigendem Ausmaß verloren gegangen sind.
39. Wenngleich die Europäische Kommission die Ansicht vertritt, dass „verbindliche Festpreise die regulatorischen Instrumente sind, die dem Wettbewerb am meisten schaden können“ (Bericht über den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen vom 9. Februar 2004, KOM(2004)83, Punkt 31) , lassen sich doch einige gewichtige Argumente für ein Tarifsysteem vorbringen:
40. Das Tarifsysteem erfüllt eine Transparenzfunktion. Der Klient kann die Kosten von Anfang an besser einschätzen und die Abrechnung kontrollieren.
41. Soziale Aspekte sind zu beachten. Feste Tarife ermöglichen allen Bürgern den gleichen Zugang zu den jeweiligen Dienstleistungen. Damit verbunden ist der effektive Zugang des Bürgers zum Recht, der durch ein Tarifsysteem gefördert wird. In diesem Zusammenhang ist auch die Kontrahierungspflicht des Notars zu sehen. Der Notar kann „unerwünschte“ Klienten nicht ablehnen.
42. Als staatliche Gesetze unterliegen Gebührenordnungen dem rechtsstaatlichen Gebot der Verhältnismäßigkeit, d.h. der Gesetzgeber hat bei dem Erlass der Gebührenordnung geprüft oder zu prüfen, ob die Gebühren verhältnismäßig sind.
43. Gewinnmaximierung, die Anpassung der Qualität an die Kräfte des Marktes oder der Freiwilligkeit der Dienstleistungserbringung kommen im Bereich der Ausübung der hoheitlichen Tätigkeiten des Notars daher nicht in Betracht. Aufgrund der Prinzipien des

---

<sup>12</sup> siehe zu dem Themenbereich: Allgemeine Untersuchung der österreichischen Elektrizitätswirtschaft, 2. Zwischenbericht der österreichischen Bundeswettbewerbsbehörde, Wien, April 2005

Rechtsstaates ist daher die Tätigkeit des Notars im hoheitlichen Bereich ausgewogen zu regulieren. Dies gilt auch für die Frage des Tarifs.

### **IX. Flächendeckende Versorgung der Bevölkerung**

44. Zur geordneten Rechtspflege und ordnungsgemäßen Justizverwaltung (Stichwort „vorsorgende Rechtspflege“) bedarf es auch der flächendeckenden und umfassenden Versorgung der Bevölkerung mit diesen öffentlichen Leistungen und damit der rechtlichen Betreuung des Notars<sup>13</sup>. Diese hängt auch mit der Notwendigkeit der flächendeckenden Sicherstellung der Qualitätsanforderung an das Justizwesen, wie etwa im Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in Punkt 3.2. gefordert, zusammen.
45. Mit der festen Zahl von Notarstellen wird vor allem die unabhängige Amtsführung durch wirtschaftliche Sicherung des Notars gewährleistet. Zudem ist der Amtsträger in der Lage, eine Haftpflichtversicherung für Fehler aus seiner Amtsführung zu bedienen. Dadurch wiederum wird vermieden, dass der Staat selbst aus dem allgemeinen Staatsbudget für Schäden aufkommen muss. Es sind auch aus diesen Gründen an diese Berufsträger besondere Qualitätsanforderungen zu stellen.
46. In der Regel entscheiden Organe des Staates, zum Beispiel der Justizminister autonom über die Zahl und den Ort der Notarstellen.
47. Zusammengefasst betrachtet wird durch den Numerus clausus als Justizorganisationsmaßnahme daher
  - 47.1. die umfassende, flächendeckende und gleichmäßige Versorgung der Konsumenten mit Rechtsdienstleistungen im gesamten Staatsgebiet, auch in strukturschwachen Gebieten, gewährleistet,
  - 47.2. die Erfüllung der vom Staat an Notare übertragenen öffentlichen Aufgaben sicher gestellt,
  - 47.3. die Konzentration der Notare in den größeren Orten oder Städten verhindert,
  - 47.4 die Sicherung von Arbeitsplätzen auch in wirtschaftsschwachen Regionen gefördert und
  - 47.5 die Unabhängigkeit in der Amtsführung zu gewährleisten ermöglicht.
48. Im Ergebnis dient die staatliche Einrichtung einer ausreichenden Anzahl von notariellen Amtsstellen damit der Rechtssicherheit und dem Schutz der Konsumenten

---

<sup>13</sup> Vergleichbare Zielsetzungen gibt es auch in anderen Bereichen, etwa die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit IKT-Dienstleistungen. Die Breitbandstrategie der Österreichischen Bundesregierung möchte „vor allem die Infrastruktur in den Gemeinden des ländlichen Raumes verbessern“ und so den „Digital Gap“ vermeiden.

und erfüllt alle im Allgemeininteresse gelegenen Anforderungen an eine effiziente Rechtspflege und -vorsorge. Für die ordnungsgemäße Ausübung des Notarberufs ist diese Regelung erforderlich.

49. Der Numerus clausus ist - vergleichbar der Festsetzung der Anzahl von Richterstellen - wesensstypisch für die Funktion des Notariats als öffentliches Amt.
50. Ein Gegenvergleich verdeutlicht die konkreten Nachteile für die Bürger und Unternehmen, die mit der Aufgabe des Numerus clausus verbunden wären:
  - 50.1. Gefährdung der Notarstellen in strukturschwachen und grenznahen Regionen,
  - 50.2. Gefährdung der umfassenden rechtlichen Betreuung der Bevölkerung,
  - 50.3. Benachteiligung der ländlichen Regionen infolge Konzentration der Notarstellen in Ballungszentren,
  - 50.4. Gefährdung der Unabhängigkeit, Professionalität und Unparteilichkeit, somit des Berufsethos des Notars insgesamt, da der Notar im Falle des Abgehens von der bewährten Numerus clausus - Regelung zur Gewinnmaximierung gezwungen wäre.
51. Insgesamt ergibt daher die Regelung der festen Zahl von Notarstellen einen tatsächlich spürbaren Mehrwert für die Bevölkerung durch eine flächendeckende Versorgung mit öffentlichen Leistungen des Notars.
52. Würde man - wie etwa von der Europäischen Kommission gefordert - diese Regelung in dicht besiedelten Gebieten aufheben, so würde man wohl zunehmend Schwierigkeiten haben, die dünn besiedelten oder strukturschwachen Regionen zu versorgen, da sich Bewerber für eine Notarstelle eher in die Ballungszentren drängen würden. Die ländlichen Gebiete würden dadurch vernachlässigt.

## **X. Interprofessionelle Zusammenarbeit - Sozietätsverbote**

53. Die rein praktisch-technische Zusammenarbeit auf berufsübergreifender Ebene besteht in der täglichen Berufspraxis bereits ohnehin.
54. Anders gestaltet es sich im Bereich der organisatorisch-rechtlichen Bindung. Da Notare ein öffentliches Amt inne haben, muss besonders auf die Unabhängigkeit der Amtsträger geachtet werden. Das Sozietätsverbot ist zur Erreichung des Ziels der Wahrung des Vertrauens in eine unbeeinflusste und neutrale Erfüllung hoheitlicher Aufgaben nicht nur geeignet sondern auch notwendig.
55. Es ist darauf hinzuweisen, dass Berufsregeln dieser Art zudem strikt im nationalen Gesamtzusammenhang zu sehen sind. Dies bestätigte der EuGH im oben genannten Wouters-Urteil wo in Randnummer 108 festgestellt wird, dass „auch wenn gemischte

Sozietäten zwischen Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern in einigen Mitgliedstaaten zulässig sind, die Niederländische Rechtsanwaltskammer zu Recht den Standpunkt vertreten kann, dass die mit der Samenwerkingsverordening 1993 verfolgten Ziele insbesondere in Anbetracht des in den Niederlanden für die Rechtsanwälte und die Wirtschaftsprüfer jeweils geltenden Berufsrechts nicht mit weniger einschneidenden Mitteln erreicht werden können (in diesem Sinne für ein Gesetz, nach dem die gerichtliche Einziehung von Forderungen den Rechtsanwälten vorbehalten war, Urteil Reisebüro Broede, Randnr. 41).

## **XI. Vertrauensgüter des Notars – exklusive Aufgaben**

56. Der maßgebliche Zweck der Ausstattung von Notaren mit beurkundenden Befugnissen ist in der Sicherstellung einer geordneten Rechtspflege und damit verbunden der Entlastung der Gerichte bzw. in der vorsorgenden Rechtspflege gelegen. Bei dieser Tätigkeit handelt es sich um hoheitliche Tätigkeit im Sinne der Erstellung von Rechtsakten eigener Art zur Erlangung von Rechtssicherheit. Außerhalb des Notars kommt diese Funktion sonst nur gerichtlichen Entscheidungen zu.
57. Die vom Gesetzgeber zur Wahrung spezifischer Schutzinteressen vorgenommene Zuweisung von hoheitlichen und damit auch unter Umständen exklusiven Aufgaben an den Notar stellt eine Ordnungsvorschrift im Rahmen des funktionierenden Justizsystems des Staates dar. Wie bereits erwähnt handelt es sich hier um die Erbringung „öffentlicher Güter“, die für die Gesellschaft als Ganzes von Wert sind.
58. Die notarielle Tätigkeit kann im Bereich der Vorbehaltsaufgaben auch als „Vertrauensgut“ gesehen werden, das geeignet ist, die Asymmetrie der Information auch zwischen Parteien positiv zu beeinflussen. Da der Notar in besonders sensiblen Lebensbereichen von Bürgern tätig wird, spielt in diesem Zusammenhang die notarielle Unabhängigkeit und die entsprechenden Aufklärungspflichten des Notars beziehungsweise seine Rolle als öffentlicher Amtsträger eine wichtige Rolle.
59. Die Zuweisung von Vorbehaltsaufgaben durch den Gesetzgeber an den Notar trägt zudem zur Vermeidung „externer Effekte“ bei. Die notarielle Form beziehungsweise die öffentliche Urkunde sind nicht nur dazu geeignet, sondern es ist gerade deren Sinn und Zweck Schäden Dritter zu vermeiden (zB den im hoheitlichen Bereich geführten Registern wie Grundbuch oder Handelsregister etc.).

## **XII. Schlussfolgerung**

60. Auf hoheitliche Tätigkeiten des Notars ist das EG-Wettbewerbsrecht nicht anwendbar, da sie nicht marktfähig sind.
61. Abgesehen davon ist ein gewisses Maß an Berufsregeln, das jeweils im nationalen Gesamtzusammenhang gesehen werden muss, aus Gründen der Qualitätssicherung, des Verbraucherschutzes und der Rechtssicherheit notwendig. Regulierung stellt die

Art und Weise der Erbringung beziehungsweise die Qualität der Leistung sicher, und ist daher auch ökonomisch sinnvoll.

62. In diesem Zusammenhang müssen die Zielsetzungen der Programme von Tampere 1999 und Den Haag 2004 zur justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen zur Gesamtbetrachtung des Notars unter dem Blickwinkel der Wettbewerbspolitik herangezogen werden. Der Notar ist hier als Schnittstelle zwischen dem Staat einerseits und den Bürgern und Unternehmen andererseits zu sehen.
63. Da der Notar vermehrt funktional Aufgaben der Justiz wahrnimmt (vorsorgende Rechtspflege), bedarf es einer ausgewogenen Berufsregelung, um die damit verbundenen Garantien des Notars gegenüber Bürgern und Unternehmen auch tatsächlich gewährleisten zu können.

Dr. Klaus Woschnak e.h.

(Präsident)