

SCHRIFTENREIHE DES ÖSTERREICHISCHEN NOTARIATS

Band I

Das Recht der Notare auf Berufsausübung

Verfassungsrechtliche und
europarechtliche Grenzen des Berufsrechts

Von

Dr. Gerhard Knechtel, LL.M. (Cantab.)

Vertragsassistent in Wien



Wien 1996

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort.....	V
Abkürzungsverzeichnis.....	X
Einleitung.....	XV
A. Die historische Entwicklung des Notariats.....	1
I. Die römischen Wurzeln des Instituts.....	1
II. Das Frühmittelalter.....	1
III. Die fränkische Herrschaft in Oberitalien.....	2
IV. Das Notariat in Oberitalien.....	2
V. Die Verbreitung des Notariats über die Alpen.....	3
1. Der Einfluß der Frührezeption.....	4
2. Von der Ernennung und Standesorganisation.....	4
3. Die Entwicklung bis 1512.....	5
4. Die Reichsnotariatsordnung 1512.....	6
VI. Das Notariat im Österreich der Neuzeit.....	7
1. Der beginnende Verfall.....	7
2. „In Jure & praxi unerfahrene Leute“ -das 18. Jahrhundert.....	8
3. Josef II und die Allgemeine Gerichtsordnung.....	8
VII. Das Notariat um 1800.....	10
VIII. Die Revolution von 1848.....	10
IX. Die „französische“ Notariatsordnung 1850.....	11
X. Die Zeit des Neoabsolutismus und die NotO 1855.....	13
XI. Reformbestrebung und Notariatsordnung 1871.....	14
XII. Die Entwicklung des Österreichischen Notariats seit 1871.....	16
B. Notarielles Berufsrecht.....	21
I. Begriffsbestimmungen.....	21
II. Der gesetzliche Wirkungskreis der Notare.....	21
III. Das Notariat als Amt.....	22
Exkurs: Das Amt des Notars in Deutschland.....	25
IV. Der Beruf des Notars.....	26
V. Die Befugnisse des Notars nach § 5 der Notariatsordnung.....	30
VI. Der Notar als Gerichtskommissär.....	33
C. Grundrechte und Notariat.....	35
I. Die Freiheit der Erwerbsbetätigung.....	35
1. Der Schutzbereich.....	36
2. Die Anwendbarkeit von Art 6 StGG auf den Beruf des Notars.....	36
3. Schranken des Grundrechts.....	40
a) Allgemeines.....	40
b) Die Begründungsformeln in der Rechtsprechung des VfGH.....	40
II. Der Zusammenhang der Erwerbsfreiheit mit anderen Grundrechten.....	41
1. Die Berufswahl- und Berufsausbildungsfreiheit gemäß Art 18 StGG.....	41 41
2. Der Gleichheitssatz (Art 7 B-VG iVm Art 2 StGG).....	44
3. Das Recht auf Bildung gemäß Art 2 des 1.ZPMRK.....	46

	Seite
III. Notariatsordnung und Erwerbsfreiheit.....	49
1. Erwerbsantrittsbeschränkungen.....	49
a) Die Beschränkung der Zahl der Notarstellen (§ 9 NO).....	49
Exkurs: Die Beschränkung der Zahl der Notare nach § 4 BNotO und die Berufsfreiheit in der Bundesrepublik Deutschland.....	51
b) Die Beurteilung der Systemisierung von Amtsstellen in Österreich.....	53
aa) Die Versorgung der Bevölkerung.....	54
bb) Die ordentliche Erfüllung zugewiesener Aufgaben.....	56
cc) Gründe der Pietät und wirtschaftliche Absicherung.....	56
dd) Der Schutz vor Konkurrenz.....	58
ee) Sonstige Ziele bei der Beschränkung der Zahl der Notariate.....	60
ff) Zusammenfassende Beurteilung.....	63
2. Erwerbsausübungsbeschränkungen.....	67
a) Die Unvereinbarkeitsregelung des § 7 NO.....	67
aa) Die Unvereinbarkeit von Notariat und Rechtsanwaltschaft ...	68
bb) Die Unvereinbarkeit von Notariat und besoldetem Staatsamt.....	69
cc) Die Unvereinbarkeit mit sonstigen Nebentätigkeiten.....	71
dd) Die Verfassungsmäßigkeit des § 7 NO.....	72
b) Die Residenzpflicht der Notare.....	73
aa) In Österreich.....	73
bb) In Deutschland.....	74
cc) In der Schweiz.....	75
dd) Die Verfassungsmäßigkeit der Residenzpflicht im Lichte der Erwerbsfreiheit.....	76
ee) Europarechtliche Aspekte von Wohnsitzregelungen.....	77
IV. Die gleiche Zugänglichkeit zu öffentlichen Ämtern.....	77
1. Der Inhalt des Grundrechts.....	77
2. Die gleiche Zugänglichkeit zu öffentlichen Ämtern und das Notarenamt in Österreich.....	78
a) Das Notariat als öffentliches Amt.....	78
b) Die praktische Bedeutung des Art 3 StGG für Notare.....	80
c) Das Verhältnis von Art 3 StGG zu Art 6 und Art 18 StGG.....	82
d) Die Ernennung von Notaren vor dem Hintergrund der Judikatur zur Beamtenernennung.....	83
e) Die Verfassungsmäßigkeit der §§9ff NO.....	86
D. Europarechtliche Grenzen des notariellen Berufsrechts.....	88
I. Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft.....	89
1. Grundsätze der Niederlassungsfreiheit.....	91
2. Grundsätze der Dienstleistungsfreiheit.....	93
3. Verwirklichung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit.....	96
4. Richtlinien zur Regelungen der Berufsausübung.....	96
II. Die Anwendbarkeit des EU-Rechts auf die Tätigkeit des österreichischen Notars.....	98
III. Die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zu den rechtsberatenden Berufen.....	101
1. Die Entscheidung „Reyners“.....	101

	Seite
2. Die Entscheidung „van Binsbergen“.....	102
3. Die Entscheidung „Thieffry“.....	103
4. Die Entscheidung „Klopp“.....	104
5. Die Entscheidung „Gullung“.....	105
IV. Ausnahmen von der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit	106
1. Der Sinngehalt des Art 55 EGV.....	106
2. Gemeinschaftsrechtliche Grenzen für die Inanspruchnahme des Art 55 EGV durch die Mitgliedstaaten.....	109
V. Niederlassungsfreiheit und Ausübung öffentlicher Gewalt durch den österreichischen Notar.....	111
1. Die Auffassung des österreichischen Gesetzgebers seit der Notariatsordnungs-Novelle 1993.....	111
2. Der Meinungsstand in der Literatur.....	114
a) Die gänzliche Ausnahme notarieller Tätigkeiten von der Anwendung des EGV.....	115
b) Die partielle Ausnahme notarieller Tätigkeiten aus dem EGV. . . .	116
c) Zusammenfassung.....	119
VI. Die Abtrennbarkeit nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbundener Tätigkeiten vom Berufsbild des Notars.....	120
1. Gesichtspunkte für die Beurteilung der Abtrennbarkeit	121
a) Die „normale“ Berufsausübung des österreichischen Notars.	121
b) Die historische Konzeption des Notarberufs.....	126
c) Strukturelle Unterschiede im Berufsbild der Notare und der Rechtsanwälte.....	128
d) Die wirtschaftliche Absicherung im Interesse der Rechtspflege ...	129
e) Zusammenfassung.....	130
2. Das Hinzutreten hoheitlicher Tätigkeiten zu anwaltlichen Tätigkeiten - das Hinzutreten nicht-hoheitlicher Tätigkeiten zu notariellen Tätigkeiten.....	132
3. Der falsche Ansatz in der Literatur.....	134
Exkurs: Die Anwendung von Art 55 Abs 1 EGV auf Tätigkeiten des deutschen Notars.....	136
4. Die „Einheit des Verfahrens“ nach österreichischem Berufsrecht	138
5. Rechtspolitische Aspekte der Liberalisierungsfrage.....	141
a) Der „Teilnotar“ - gewolltes Ergebnis der Liberalisierungsbefürworter?.....	141
b) Berufsrechtliche Folgen einer Teilliberalisierung.....	143
6. Zusammenfassung.....	147
Literaturverzeichnis.....	149
Stichwortverzeichnis.....	155