

Basel, den 16.02.2015

## **Der Fall Freitas - Auswirkungen auf die Freizügigkeitsempfehlung der WEKO**

### **Der Fall Freitas**

Der Gerichtshof der Europäischen Union hat mit Beschluss vom 7. Januar 2015 (Verfahren T-185/14) die Individualklage gem. Art. 263 Abs. 4 AEUV<sup>1</sup> von José Freitas, mit der die Ausnahme der Notare von der revidierten Berufsqualifikationsrichtlinie 2013/55/EG beanstandet wurde, wegen fehlender individueller Betroffenheit des Klägers als unzulässig zurückgewiesen.

José Freitas, ein portugiesischer Anwalt, angeblich auch als Notar tätig, hatte geltend gemacht, die Ausnahme der Notare von der Berufsqualifikationsrichtlinie stehe im Widerspruch zu den Urteilen des EuGH vom 24. Mai 2011, wonach die notarielle Tätigkeit der Notare nicht unmittelbar mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden und daher auch nicht von der Niederlassungsfreiheit ausgenommen sei. Mit der Ausnahme der Notare von der Berufsqualifikationsrichtlinie werde die Ausübung der Niederlassungsfreiheit faktisch verunmöglicht.<sup>2</sup>

Das Gericht verneinte jedoch eine individuelle Betroffenheit des Klägers, da es ihm an den gemäss konstanter Rechtsprechung erforderlichen persönlichen und ihn besonders individualisierenden Eigenschaften fehle<sup>3</sup>. Auch die ursprüngliche Richtlinie 2005/36 räume dem Kläger kein bloss ihm zustehendes Recht ein, sondern beziehe sich gleichermassen auf alle Wirtschaftsteilnehmer<sup>4</sup>. Damit dürften Individualklagen zur Niederlassungsfreiheit im Rahmen der Berufsqualifikationsrichtlinien auch künftig aussichtslos sein.

### **Fehlinterpretationen in der WEKO-Empfehlung?**

Welche Folgerungen ergeben sich daraus für die doch stark auf die EU-Rechtsprechung abgestützte Empfehlung der WEKO vom 23.09.2013 betreffend Freizügigkeit für Notare und öffentliche Urkunden?

Die WEKO hat aus den EuGH-Urteilen vom 24. Mai 2011 einen eigentlichen "Paradigmenwechsel" abgeleitet, indem der EuGH "die Geltung der europarechtlichen Grundfreiheiten auf die notarielle Tätigkeit ausgedehnt und Staatsbürgerschaftserfordernisse für unzulässig erklärt hat". Damit würden "innerhalb der EU für Notare auch die primärrechtlichen Regeln zur Anerkennung von Berufsqualifikationen" gelten<sup>5</sup>. Bei Abfassung ihrer Empfehlung im September 2013 war der WEKO jedoch bereits bekannt, dass die "Frage der Geltung der sekundärrechtlichen Anerkennungsregeln für Notare"<sup>6</sup> Gegenstand der unmittelbar vor ihrem Abschluss stehenden Revision der Richtlinie 2005/36/EG war; die revidierte Richtlinie 2013/55/EG wurde am 20. November 2013 verabschiedet.

Mit ihrer Auslegung der EuGH-Urteile vom 24. Mai 2011 und ihren Schlussfolgerungen steht die WEKO alleine da. Zwar ist richtig, dass die (schweizerische) Staatsbürgerschaft künftig kaum mehr ein Kriterium für die Zulassung zum Notariatsberuf sein darf, d.h. für die Zulassung zur Ausbildung und zum Erwerb des Notariatspatentes entsprechend der jeweiligen kantonalen Gesetzgebung. Darüber hinaus besteht in den EU-Ländern aber auch Einigkeit, dass, entgegen der Einschätzung der WEKO, aus den Urteilen darüber hinaus keine Freizügigkeit der Notare herausgelesen werden kann. Massgebend ist Rz 98 im Urteil gegen die Bundesrepublik Deutschland vom 24.05.2011 (Urteil C-54/08)<sup>7</sup>, die lautet:

"Dass mit den notariellen Tätigkeiten im Allgemeininteresse liegende Ziele verfolgt werden, die insbesondere dazu dienen, die Rechtmäßigkeit und die Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen zu gewährleisten, stellt allerdings einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses dar, der etwaige Beschränkungen von Art. 43 EG rechtfertigen kann, die sich aus den Besonderheiten der notariellen Tätigkeit ergeben, wie etwa den für die Notare aufgrund der Verfahren zu ihrer Bestellung geltenden Vorgaben, der Beschränkung ihrer Zahl und ihrer örtlichen Zuständigkeit oder auch der Regelung ihrer Bezüge, ihrer Unabhängigkeit, der Unvereinbarkeit von Ämtern und ihrer Unabsetzbarkeit, soweit diese Beschränkungen zur Erreichung der genannten Ziele geeignet und erforderlich sind."

Die Urteile lassen somit den Vorbehalt individueller Zulassungskriterien durch die Mitgliedstaaten ausdrücklich zu.

### **Ausnahme der Notare von der Richtlinie 2005/36/EG**

Am 20. November 2013, nur 2 Monate nach der von der WEKO in Kenntnis der laufenden Revision erlassenen Empfehlung, wurde die Richtlinie 2013/55/EU des europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen erlassen. Diese sieht vor, durch staatlichen Hoheitsakt bestellte Notare im Hinblick auf die besonderen und unterschiedlichen Regelungen, denen sie in den einzelnen Mitgliedstaaten in Bezug auf den Zugang zum Notarberuf und seine Ausübung unterliegen, vom Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/36/EG auszunehmen. Art. 2 der Richtlinie 2005/36/EG wurde deshalb ergänzt durch einen Absatz 4 mit dem Wortlaut: "Diese Richtlinie gilt nicht für durch einen Hoheitsakt bestellte Notare". Mit dem Beschluss des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 7. Januar 2015 in der Sache Freitas ist zudem klargestellt, dass Individualklagen von Notaren zur Niederlassungsfreiheit im Rahmen der Berufsqualifikationen unzulässig sind.

### **Anpassungsbedarf der VDM**

Die WEKO begründet ihre Empfehlung u.a. mit der strengen Anwendung der Bereichsausnahmen durch den EuGH und die eingeschränkte autonome Vertragsauslegung mit Rücksicht auf die aus dem Unionsrecht übernommenen Begriffe; diese Begründung scheint mit der revidierten Richtlinie 2013/55/EU überholt und das Freizügigkeitsabkommen auf die Tätigkeit der öffentlichen Beurkundung jedenfalls von hoheitlich bestellen Notaren nicht anwendbar. Damit stellt sich die Frage, ob die Notare nicht aus dem Anhang 1 zur VMD<sup>8</sup> zu streichen sind. Dabei darf nicht vergessen werden, dass die Kantone zur Unterstellung der

Notare offenbar nie angehört worden sind, wie dies in Art. 1 Abs. 3 BGMD<sup>9</sup> vorgeschrieben ist. Die Unterstellung ist deshalb nach wie vor mit diesem Makel seitens des Verordnungsgebers behaftet. Mit der Streichung würde die Revision der Richtlinie 2013/55/EU nachvollzogen und die Frage der Freizügigkeit geklärt.

Stefan Schmiedlin  
Präsident SNV

---

<sup>1</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (**AEUV**). Der Vertrag zählt zum Primärrecht der EU. Seinen heutigen Namen erhielt der AEUV mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 2009. Der AEUV umfasst 358 Artikel und existiert in 23 gleichwertigen Sprachversionen, die gleichermassen rechtsverbindlich sind

<sup>2</sup> Vgl. die Beschlussbesprechung und Würdigung in NOTA BENE/Nr. 133/Februar 2015, S. 13 (Kommunikationsmedium der österreichischen Notare).

<sup>3</sup> Selon une jurisprudence constante, les personnes physiques ou morales ne satisfont à la condition relative à l'affectation individuelle que si l'acte attaqué les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et, de ce fait, les individualise d'une manière analogue à celle dont le destinataire le serait (Beschluss Rz. 32)

<sup>4</sup> Deuxièmement, s'agissant de l'argument du requérant relatif aux droits prétendument tirés de la directive 2005/36, il y a lieu de relever que, même à supposer que le requérant ait tiré de la directive 2005/36 un droit de se prévaloir de ses dispositions en vue de faire reconnaître ses qualifications professionnelles, force est néanmoins de constater que ce prétendu droit, loin d'être spécifique au requérant, aurait bénéficié, de la même manière, à tout autre opérateur économique relevant du champ d'application de ladite directive (voir, en ce sens, arrêt du 2 mars 2010, Arcelor/Parlement et Conseil, T-16/04, Rec, EU:T:2010:54, point 109), en sorte que ce droit, à le supposer établi, ne saurait être de nature à le caractériser par rapport à toute autre personne (Beschluss Rz 47).

<sup>5</sup> Empfehlung der WEKO vom 23.09.2013. Ziff. 92

<sup>6</sup> Empfehlung der WEKO vom 23.09.2013. Ziff. 92

<sup>7</sup> In den gleichlautenden Urteilen der weiteren betroffenen Staaten ist die Nummerierung teilweise verschoben.

<sup>8</sup> Verordnung über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringern und -erbringern in reglementierten Berufen vom 25.06.2013

<sup>9</sup> Bundesgesetz über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringern und -erbringern in reglementierten Berufen vom 14.12.2012