



614-0002: Vernehmlassung

der Kantone im Zusammenhang mit der Untersuchung betreffend Freizügigkeit und einer möglichen Inländerdiskriminierung von Notaren

Inhaltsverzeichnis

A	Ausgangslage und Zuständigkeit	2
B	Frage der Anwendbarkeit des Binnenmarktrechts	3
B.1	Freizügigkeit der Notare in der EU	3
B.2	Bedeutung für das Freizügigkeitsabkommen	4
B.3	Bedeutung für das Binnenmarktrecht	7
B.3.1	Verhinderung der Inländerdiskriminierung	7
B.3.2	Sachlicher Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes	7
B.3.3	Unterstellung der öffentlichen Beurkundung unter das Binnenmarktgesetz	10
B.4	Fragen 1-4	11
C	Frage der Freizügigkeit für Notare	11
C.1	Anerkennung gemäss Art. 4 Abs. 1 und 3 BGBM	12
C.2	Anerkennung gemäss Art. 4 Abs. 3 ^{bis} BGBM	13
C.3	Fragen 5-8	14
D	Frage der Freizügigkeit für öffentliche Urkunden	14
D.1	Ausgangslage	14
D.2	Fragen 9-10	16
E	Organisationsform des kantonalen Notariats	16

A Ausgangslage und Zuständigkeit

1. Die Regelung der Modalitäten der öffentlichen Beurkundung liegt in der Kompetenz der Kantone (Art. 55 SchIT ZGB). Die Kantone bestimmen insbesondere die Personen, welche öffentliche Beurkundungen vornehmen dürfen. Es bestehen in der Schweiz grundsätzlich drei verschiedene Formen der Organisation des Notariats:¹

- *Amtsnotariat* (AR, SH, TG, ZH): Das deutsch-rechtlich inspirierte Amtsnotariat sieht vor, dass die öffentlichen Urkunden ausschliesslich von Staatsangestellten erstellt werden dürfen.
- *Freiberufliches Notariat* (AG, BE, BS, FR, GE, NE, JU, TI, UR, VD, VS): Das römisch-rechtlich geprägte freiberuflich organisierte lateinische Notariat sieht vor, dass öffentliche Beurkundungen durch selbstständig erwerbstätige Notare vorgenommen werden. Die Notare stehen untereinander in einem gewissen Wettbewerb, wobei der Staat in der Regel regulatorisch eingreift und beispielsweise die Tarife oder die Anzahl der zugelassenen Notare festlegt. In gewissen Kantonen dürfen Notare keine zusätzliche Erwerbstätigkeit ausüben, während Notare in anderen Kantonen beispielsweise gleichzeitig als Anwalt tätig sind.
- *Gemischtes Notariat* (AI, BL, GL, GR, LU, NW, OW, SG, SO, SZ, ZG): Im gemischten Notariat werden gewisse Sachbereiche den Amtsnotaren vorbehalten (z.B. Grundbuchgeschäfte), während die übrigen Sachbereiche freiberuflichen Notaren offen stehen.

2. Nach hergebrachter Auffassung gilt für die Tätigkeit der Notare das Territorialitätsprinzip.² Dies bedeutet einerseits, dass Notare nur in dem Kantonsgebiet Beurkundungen vornehmen dürfen, in dem sie über eine Zulassung verfügen. Andererseits stellt sich aufgrund des Territorialitätsprinzips die Frage der interkantonalen Freizügigkeit öffentlicher Urkunden.

3. Das Bundesgericht entschied in BGE 128 I 280 aus dem Jahr 2002 unter Bestätigung seiner bisherigen Praxis, dass die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), das Freizügigkeitsabkommen (FZA, SR 0.142.112.681) und das Binnenmarktgesetz (BGBM, SR 943.02) auf die Tätigkeit der Notare nicht anwendbar seien und die Notare folglich nicht von den entsprechenden Freiheiten profitieren könnten.³ Gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts sind die Kantone nicht verpflichtet, die Fähigkeitsausweise der Notare eines anderen Kantons anzuerkennen.⁴ Die Kantone können auch vorsehen, dass die öffentliche Beurkundung eines Grundstücksgeschäfts am Ort vorgenommen werden muss, wo das Grundstück liegt (*lex rei sitae*).⁵ Dies hat zur Folge, dass beispielsweise bei einem Geschäft unter Ehegatten mit mehreren Grundstücken in verschiedenen Kantonen mehrere Eheverträge abgeschlossen werden müssen.

4. Die Ausklammerung der notariellen Tätigkeit vom Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes und des Freizügigkeitsabkommens steht inzwischen im Spannungsverhältnis mit der neueren Praxis des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH), wonach die von den No-

¹ Für eine Übersicht z.B. RENÉ BIBER, Die Zukunft des Amtsnotariats in der Schweiz, in: Aktuelle Themen zur Notariatspraxis: 1. Schweizerischer Notarenkongress / Schweizerischer Notarenverband SNV FSN, Muri b. Bern 2010, 139 ff., 141 ff.; JULIEN SCHLAEPP, La rémunération du notaire de tradition latine, Genève/Bâle/Zürich 2009, 1 ff.

² MICHEL MOOSER, Le droit notarial en Suisse, Berne 2005, 228 ff.

³ Vgl. auch BGE 73 I 366, 371 f.; Urteil BGer 2P.110/2002 und 2P.264/2002 vom 6. August 2003 E. 4.2.4; Urteil 2P.237/2003 vom 29. Januar 2004 E. 4 m.w.H.

⁴ Urteil BGer 2P.110/2002 und 2P.264/2002 vom 6. August 2003 E. 4.2.4.

⁵ BGE 113 II 501 E. 3.

ta ren ausgeübte Tätigkeit der öffentlichen Beurkundung nicht die Ausübung öffentlicher Gewalt und hoheitlicher Befugnisse beinhalte. Entsprechend profitieren Notare in der EU heute grundsätzlich von den primärrechtlichen Grundfreiheiten, insbesondere der Niederlassungsfreiheit.

5. Gestützt auf diese Ausgangslage stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang sich Notare mit Sitz in der Schweiz auf das Binnenmarktgesetz berufen können. Gemäss Art. 8 Abs. 1 BGBM überwacht die Wettbewerbskommission die Einhaltung des Binnenmarktgesetzes durch Bund, Kantone und Gemeinden sowie andere Träger öffentlicher Aufgaben. Sie kann Empfehlungen zu vorgesehenen und bestehenden Erlassen abgeben (Art. 8 Abs. 2 BGBM) und Untersuchungen mit einer Empfehlung abschliessen (Art. 8 Abs. 3 BGBM). Die Wettbewerbskommission ist zudem gemäss Art. 8 Abs. 4 BGBM beauftragt, in Zusammenarbeit mit den Kantonen und den betroffenen Bundesstellen den Vollzug von Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM sicherzustellen und sie kann zu diesem Zweck ebenfalls Empfehlungen erlassen.

6. Um die Bedeutung des Binnenmarktgesetzes für die notarielle Tätigkeit zu prüfen, eröffnete die Wettbewerbskommission eine binnenmarktrechtliche Untersuchung (Art. 8 Abs. 3 BGBM). Nachfolgend werden die der Untersuchung zugrundeliegenden Fragen eingehend erläutert.

In diesem Zusammenhang ersuchen wir Sie unter Anwendung von Art. 8 Abs. 4 i.V.m. Art. 8a BGBM, bis am **31. Mai 2013** zu den nachfolgenden Fragen eine Stellungnahme abzugeben.

B Frage der Anwendbarkeit des Binnenmarktrechts

B.1 Freizügigkeit der Notare in der EU

7. Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) hat am 24. Mai 2011 mehrere Urteile betreffend die Freizügigkeit von Notaren im Binnenmarkt der EU erlassen.⁶ Der EuGH kam in diesen Urteilen zum Schluss, dass sich auch Notare auf die europäischen Binnenfreiheiten berufen können. Folglich verfügen Notare innerhalb der EU beispielsweise über das Recht, dass ihre in einem EU-Mitgliedstaat erworbene Berufsqualifikation gemäss den europäischen Anerkennungsregeln von allen EU-Mitgliedstaaten anerkannt wird. Die EU-Mitgliedstaaten dürfen zudem Notare aus anderen Mitgliedstaaten nicht aufgrund ihrer Herkunft oder Nationalität diskriminieren.

8. Ausgangslage des Urteils des EuGH ist die Feststellung, dass es sich bei der öffentlichen Beurkundung nicht um eine Tätigkeit handle, die im Sinne von Art. 51 AEUV (ehem. Art. 45 Abs. 1 EGV) mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sei. Der EuGH begründet diesen Entscheid im Urteil Rs. C-54/08 *Kommission/Deutschland* im Wesentlichen wie folgt:

- Die Parteien zum beurkundeten Vertrag entscheiden selber über Inhalt sowie Umfang der vertraglichen Rechte und Pflichten. Der Notar darf den von ihm zu beurkunden-

⁶ Rs. C-54/08, *Kommission/Deutschland* (Slg. Publ. ausstehend); Rs. C-50/08, *Kommission/Frankreich* (Slg. Publ. ausstehend); Rs. C-51/08, *Kommission/Luxemburg* (Slg. Publ. ausstehend); Rs. C-52/08, *Kommission/Portugal* (Slg. Publ. ausstehend); Rs. C-53/08, *Kommission/Österreich* (Slg. Publ. ausstehend); Rs. C-47/08, *Kommission/Belgien* (Slg. Publ. ausstehend); Rs. C-61/08, *Kommission/Griechenland* (Slg. Publ. ausstehend).

den Vertrag nicht ohne Einholung der Zustimmung der Parteien einseitig ändern (EuGH Urteil Rz 91-93).

- Es ist unbestritten, dass die öffentliche Beurkundung im Allgemeininteresse erfolgt, indem es die Rechtssicherheit und Rechtmässigkeit von Rechtsakten zwischen Privatpersonen gewährleistet. Die Verfolgung eines im Allgemeininteresse liegenden Ziels genügt indessen nicht, um eine Tätigkeit als mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden einzustufen. Mit anderen Worten hat das im Allgemeininteresse stehende Ziel der Rechtssicherheit und Rechtmässigkeit nicht die Nichtunterstellung der Beurkundungstätigkeit unter die Grundfreiheiten zur Folge, sondern kann höchstens eine Beschränkung der Grundfreiheiten rechtfertigen (EuGH Urteil Rz 94-98).
- Die Tatsache, dass öffentliche Urkunden eine erhöhte Beweiskraft entfalten und vollstreckbar sind, reicht nicht aus, um die Beurkundungstätigkeit als mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden einzustufen. Die durch Gesetz verliehene Beweiskraft der Urkunde hat keine Auswirkung auf die Frage, ob die Tätigkeit der öffentlichen Beurkundung mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist. Auch die Vollstreckbarkeit der öffentlichen Urkunde verschafft dem Notar keine Ausübung öffentlicher Gewalt, da sich der Schuldner freiwillig der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat (EuGH Urteil Rz 100-107).
- Weiter spricht gegen die Ausübung öffentlicher Gewalt, dass Notare trotz gesetzlichen Honorarvorschriften ihre Tätigkeit unter Wettbewerbsbedingungen ausüben, indem die Parteien den Notar frei wählen können und aufgrund der beruflichen Fähigkeiten der Notare zumindest ein Qualitätswettbewerb spielt (EuGH Urteil Rz 110).
- Schliesslich haften Notare allein für Handlungen im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit (EuGH Urteil Rz 111).

9. Gestützt auf diese Erwägungen kommt der EuGH zum Schluss, dass die notarielle Tätigkeit nach ihrer Definition in den Rechtsordnungen von Deutschland, Österreich, Frankreich, Luxemburg, Belgien, Griechenland und Portugal nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist.⁷

B.2 Bedeutung für das Freizügigkeitsabkommen

10. Das im Rahmen der Bilateralen Verträge mit der EU abgeschlossene Freizügigkeitsabkommen regelt im Verhältnis Schweiz-EU das Recht auf Einreise und Aufenthalt für unselbständig und selbständig Erwerbende sowie für Nichterwerbstätige und es enthält Bestimmungen über die Liberalisierung kurzzeitiger Dienstleistungen sowie die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen.

11. Diese Rechte gelten hingegen nicht für den Zugang zu Tätigkeiten, die mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet sind. Zu diesem Zweck sieht das Freizügigkeitsabkommen sog. Bereichsausnahmen vor:

- *Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung* (Bereichsausnahme zur Arbeitnehmerfreizügigkeit, Art. 10 Anhang I FZA): „Einem Staatsangehörigen einer Vertragspartei, der eine unselbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, kann das Recht auf eine Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung verweigert werden, sofern diese die Ausübung

⁷ Die Europäische Kommission fordert inzwischen auch die Durchsetzung der Niederlassungsfreiheit für Notare in Ungarn, obschon die ungarischen Notare in einigen Fällen Entscheidungen treffen, die Gerichtsbeschlüssen gleichgestellt sind, vgl. Europäische Kommission, Vertragsverletzungsverfahren im September: wichtigste Beschlüsse, MEMO/12/708 vom 27.09.2012, S. 10.

hoheitlicher Befugnisse umfasst und der Wahrung der allgemeinen Interessen des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften dient.“

- *Ausübung hoheitlicher Befugnisse* (Bereichsausnahme zur Freizügigkeit für Selbständige, Art. 16 Anhang I FZA): „Dem Selbstständigen kann das Recht auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit verweigert werden, die dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist.“
- *[ohne Überschrift]* (Bereichsausnahme zur Dienstleistungsfreiheit, Art. 22 Abs. 1 Anhang I FZA): „Von der Anwendung der Bestimmungen der Artikel 17 und 19 dieses Anhangs ausgenommen sind die Tätigkeiten, die auch nur gelegentlich die Ausübung hoheitlicher Befugnisse im Gebiet der betroffenen Vertragspartei umfassen.“

12. Aus dieser Übersicht wird deutlich, dass in der Terminologie des Freizügigkeitsabkommens die Begriffe „hoheitliche Befugnisse“ und „Ausübung öffentlicher Gewalt“ identisch sind. Art. 16 Anhang I FZA trägt die Überschrift „hoheitliche Befugnisse“ und verdeutlicht im Bestimmungstext, dass hoheitlich handelt, wer öffentliche Gewalt ausübt.

13. Vor dem Hintergrund der Entwicklungen betreffend die Freizügigkeit der Notare in der EU stellt sich die Frage, ob sich Notare auch auf die Marktzugangsrechte gemäss Freizügigkeitsabkommen berufen können. Zu diesem Zweck müssen die Bestimmungen in Art. 10, 16 und 22 Abs. 1 Anhang I FZA ausgelegt werden.

14. Die Schweiz legt ihre Staatsverträge grundsätzlich autonom und in Anwendung der völkerrechtlichen Auslegungsmethoden gemäss Wiener Vertragsrechtskonvention (Art. 31 f. WVRK, SR 0.111) aus. Dieser Grundsatz der autonomen Vertragsauslegung ist mit Bezug auf das Freizügigkeitsabkommen jedoch insofern eingeschränkt, als gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA für Begriffe, die aus dem Unionsrecht übernommen worden sind, die einschlägige Rechtsprechung des EuGH vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung zu berücksichtigen ist. Die nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung ergangene Rechtsprechung des EuGH wird der Schweiz mitgeteilt.

15. Das Bundesgericht berücksichtigt bei der Anwendung des Freizügigkeitsabkommens konsequent die einschlägige Praxis des EuGH vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens.⁸ Auch die nach Unterzeichnung des FZA ergangene Rechtsprechung des EuGH berücksichtigt das Bundesgericht, wenn sie bloss die bisherige Rechtsprechung weiterführt und bestätigt oder präzisiert.⁹ Um die parallele Rechtslage zwischen dem FZA und dem einschlägigen EU-Recht nicht zu gefährden, weicht das Bundesgericht von der Praxis des EuGH nur dann ab, wenn dafür „triftige Gründe“ bestehen.¹⁰

16. Bei den Bereichsausnahmen gemäss Art. 10, 16 und 22 Abs. 1 Anhang I FZA handelt es sich um Bestimmungen, die dem Unionsrecht nachgebildet sind. Als Vorbild dienen Art. 45 Abs. 4 AEUV (Bereichsausnahme zur Arbeitnehmerfreizügigkeit) sowie Art. 51 AEUV

⁸ Siehe z.B. BGE 136 II 65 E. 3.1 [erweiterter Familiennachzug]; BGer Urteil 9C_782/2011 vom 26. April 2012 [amtl. Publ. Vorgesehen] E. 5.3.2 [Sozialversicherungsrecht]; siehe auch BVerfG Urteil C-2731/2011 vom 18. November 2011 E. 4.4 [ordre-public Vorbehalt]; aus der Literatur z.B. THOMAS COTTIER/NICOLAS DIEBOLD, Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bilateralen Abkommen, in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch zum Europarecht 2008/2009, Zürich 2009, 237 ff., 258 f.; FLORENCE AUBRY GIRARDIN, L'interprétation et l'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes du point de vue de la jurisprudence, in: Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU: Auslegung und Anwendung in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2011, 29 ff., 41 ff.; ASTRID EPINEY, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 ff., 30.

⁹ BGE 133 V 329 E. 7; 133 V 265 E. 4.1.

¹⁰ BGE 136 II 5 E. 3.4; 136 II 65 E. 3.1.

(Bereichsausnahme zur Niederlassungsfreiheit und i.V.m. Art. 62 AEUV zur Dienstleistungsfreiheit). Entsprechend sind Art. 10 Anhang I FZA unter Berücksichtigung der Praxis des EuGH zu Art. 45 Abs. 4 AEUV und Art. 16 und 22 Abs. 1 Anhang I FZA unter Berücksichtigung der Praxis des EuGH zu Art. 51 AEUV auszulegen.

17. Der EuGH wendet die Bereichsausnahme der „mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbundenen Tätigkeiten“ im Sinne von Art. 51 AEUV eng an.¹¹ Von Ausübung öffentlicher Gewalt ist grundsätzlich nur auszugehen, wenn die Tätigkeit „eine hinreichend qualifizierte Ausübung von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien oder Zwangsbefugnissen“ beinhaltet.¹² Zudem muss die Tätigkeit „unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden“ sein;¹³ entsprechend ist die Ausübung öffentlicher Gewalt zu verneinen, wenn eine Tätigkeit lediglich dazu dient, die Ausübung öffentlicher Gewalt eines anderen Organs vorzubereiten oder zu unterstützen.¹⁴ Für die Ausübung öffentlicher Gewalt ist schliesslich auch untypisch, wenn die Tätigkeit unter Wettbewerbsbedingungen ausgeübt wird oder wenn ein Fehlverhalten keine Staatshaftung begründet.¹⁵

18. Mit den Urteilen vom 24. Mai 2011 ist der EuGH nun zum Schluss gelangt, dass auch die Tätigkeit der Notare nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt oder hoheitlichen Befugnissen verbunden ist (siehe vorn, Rz 9). Obschon dieses Urteil nach Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens ergangen ist, muss es gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 16 Abs. 2 FZA für die Auslegung der Bereichsausnahmen des Freizügigkeitsabkommens übernommen werden. Das Bundesgericht berücksichtigt auch die nach Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens ergangene Rechtsprechung des EuGH, wenn diese die vor Unterzeichnung des Abkommens ergangene Rechtsprechung lediglich weiterführt, bestätigt oder präzisiert (vorn, Rz 15). Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt. Die Qualifizierung der öffentlichen Beurkundung als nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbundene Tätigkeit bestätigt die langjährige Praxis des EuGH zur Auslegung von Art. 51 AEUV (siehe vorn, Rz 17). Es sind auch keine triftigen Gründe ersichtlich, die für eine Abweichung von den EuGH Urteilen vom 24. Mai 2011 und eine Aufgabe der parallelen Rechtslage sprechen würden (siehe vorn, Rz 15).

19. Gestützt auf diese Ausführungen ist davon auszugehen, dass die notarielle Tätigkeit nicht mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse im Sinne des Freizügigkeitsabkommens ver-

¹¹ MARTIN SCHLAG, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2009, Art. 45 EGV Rz 5; MATTHIAS OESCH, Niederlassungsfreiheit und Ausübung öffentlicher Gewalt im EU-Recht und im Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, SZIER/RSDIE 2011, 583 ff., 594 ff. m.w.H.; WALTER FRENZ, Europarecht, Berlin/Heidelberg 2011, Rz 291; STEPHAN J. WALDHEIM, Dienstleistungsfreiheit und Herkunftslandprinzip, Göttingen 2008, 42 f.; SVEN SIMON, Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht, Tübingen 2009, 189; CATHERINE BARNARD, The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms, Oxford/New York 2007, 484 f.; GABRIËL MOENS/JOHN TRONE, Commercial Law of the European Union, Dordrecht/Heidelberg/London/New York 2010, 92.

¹² Rs. C-160/08, *Kommission/Deutschland*, Slg. 2010 I-3713, Rz 79 ff. (keine Ausübung öffentlicher Gewalt durch Rettungsdienste mit Blaulicht und Einsatzhorn); Rs. C-114/97, *Kommission/Spanien*, Slg. 1998 I-6717, Rz 37 (Zwangsbefugnisse verneint im Falle von privaten Sicherheitsunternehmen).

¹³ Rs. C-438/08, *Kommission/Portugal*, Slg. 2009 Seite I-10219, Rz 36 (technische Überwachung von Fahrzeugen).

¹⁴ Rs. C-42/92, *Thijssen/Versicherungsaufsichtsamt*, Slg. 1993 I-4047, Rz 22 (keine Ausübung öffentlicher Gewalt des Wirtschaftsprüfers in seiner helfenden bzw. vorbereitenden Rolle des hoheitlich handelnden Versicherungsaufsichtsamts); Rs. 2/74, *Reyners/Belgien*, Slg. 1974 631, Rz 51/53 (keine Ausübung öffentlicher Gewalt des Rechtsanwalts trotz regelmässigem Verkehr mit den Gerichten und organischer Einbettung in das Gerichtsverfahren).

¹⁵ Rs. C-54/08, *Kommission/Deutschland* (Slg. Publ. ausstehend), Rz 110 f. (keine Ausübung öffentlicher Gewalt durch Notare, dazu auch Rs. C-61/08, C-53/08, C-51/08, C-50/08, C-47/08).

bunden ist. Zu diesem Schluss gelangen auch ein Grossteil der Lehre¹⁶ und das Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation SBFI (vormals BBT).¹⁷ Demgemäss verfügen Notare aus einem EU-Mitgliedstaat über einen Anspruch auf diskriminierungsfreien Marktzugang in der Schweiz sowie über einen Anspruch auf Anerkennung ihrer Berufsqualifikationen nach Massgabe von Anhang III FZA. Umgekehrt verfügen Schweizer Notare über die gleichen Rechte, wenn sie den Marktzugang in einem EU-Mitgliedstaat suchen.

B.3 Bedeutung für das Binnenmarktrecht

20. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt strebt die Schaffung eines Binnenmarktes Schweiz an, auf welchem sich die Wirtschaftsteilnehmer möglichst frei von kantonalen und kommunalen Marktzugangsschranken entfalten können. Es gewährleistet, dass natürliche und juristische Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben (Art. 1 Abs. 1 BGBM).

B.3.1 Verhinderung der Inländerdiskriminierung

21. Zur Verhinderung der Inländerdiskriminierung sieht das Binnenmarktgesetz vor, dass jede Person mit Sitz in einem Kanton mit Bezug auf den Marktzugang zu einem anderen Kanton mindestens über die gleichen Rechte verfügt, wie der Bund in völkerrechtlichen Vereinbarungen ausländischen Personen gewährt (Art. 6 Abs. 1 BGBM). Übertragen auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass Notare beispielsweise aus dem Kanton Aargau beim Zugang zum Kanton Bern über die gleichen Freizügigkeitsrechte verfügen, wie Notare, die beispielsweise aus Deutschland gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen den Zugang zum Kanton Bern suchen.

22. Im gleichen Sinne und ebenfalls zur Verhinderung der Inländerdiskriminierung sieht Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM vor, dass die Anerkennung von Fähigkeitsausweisen zwischen den Kantonen nach Massgabe des Freizügigkeitsabkommens erfolgt. Die Wettbewerbskommission stellt in Zusammenarbeit mit den Kantonen und den betroffenen Bundesstellen den Vollzug von Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM sicher.

23. Nachdem die notarielle Tätigkeit wie gezeigt in den Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens fällt, müssen zwecks Verhinderung einer möglichen Inländerdiskriminierung auch die binnenmarktrechtlichen Bestimmungen zum Tragen kommen.

B.3.2 Sachlicher Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes

24. In seiner ursprünglichen Fassung von 1995 galt das Binnenmarktgesetz für „jede auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, die den Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit genießt.“¹⁸ Der Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes war folglich dem Schutzbereich der damaligen Handels- und Gewerbefreiheit gleichgestellt. Der Grund für diese Gleichschaltung der jeweiligen Geltungsbereiche liegt darin, dass mit dem Binnenmarktgesetz die unzureichende Binnenwirkung der Handels- und Gewerbefreiheit auf Gesetzesstufe kompensiert werden

¹⁶ OESCH (Fn 11), 621; VÉRONIQUE BOILLET, Le notariat suisse en passe de s'eupéaniser?, in: Epiney/Fasnacht (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht/Annuaire suisse de droit européen 2011/2012, Zürich 2012, 277 ff., 291; ASTRID EPINEY/ROBERT MOSTERS, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in: Epiney/Fasnacht (Hrsg.), ibid., 51 ff., 92.

¹⁷ Notiz BBT zuhanden der Kantone vom Juli 2011, Diplomanerkennung zwischen der Schweiz und der EU, Zugang von Staatsangehörigen der EU zum Notarberuf.

¹⁸ Vgl. Art. 1 Abs. 3 BGBM 1995; Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 23. November 1994, BBl 1995 I 1213 ff., 1289.

sollte.¹⁹ Dies war notwendig, weil die Handels- und Gewerbefreiheit aufgrund der föderalismusfreundlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts nur eine ungenügende Binnenmarktfunktion zu entfalten vermochte. Entsprechend ist auch naheliegend, dass der Gesetzgeber von 1995 den Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes und den Schutzbereich der Handels- und Gewerbefreiheit aufeinander abstimmte.

25. Im Jahr 2005 wurde das Binnenmarktgesetz einer weitgehend Teilrevision unterzogen. Auslöser für die Revision war ein Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats (GPK-N) vom 27. Juni 2000. Die GPK-N kam in ihrem Bericht zum Schluss, dass das Binnenmarktgesetz die erhoffte Liberalisierung des freien Personen- und Dienstleistungsverkehrs nur beschränkt erreichte. Grund dafür war mitunter die restriktive Anwendung des Binnenmarktgesetzes durch das Bundesgericht.²⁰ Mit der Teilrevision von 2005 sollte somit primär die Wirksamkeit des Binnenmarktgesetzes erhöht werden.

26. Im Rahmen der Teilrevision von 2005 wurde neben materiellen und institutionellen Bestimmungen auch die Bestimmung über den sachlichen Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes revidiert. Die bundesrätliche Botschaft enthielt in Anlehnung an den Wortlaut von Art. 1 Abs. 3 BGBM von 1995 wiederum eine auf die Wirtschaftsfreiheit bezogene Formulierung. Diese lautete wie folgt: „Als Erwerbstätigkeit [...] gilt jede auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, die den Schutz der Wirtschaftsfreiheit genießt, einschliesslich gewerblicher Verrichtungen im Rahmen des öffentlichen Dienstes.“²¹

27. Das Parlament entschied sich jedoch für eine andere Formulierung ohne Bezugnahme auf die Wirtschaftsfreiheit und stützte stattdessen auf den Begriff der „hoheitlichen Tätigkeit“ ab. Entsprechend gilt das Binnenmarktgesetz heute gemäss Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 BGBM für „jede nicht hoheitliche, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit.“²² Diese Fassung von Art. 1 Abs. 3 BGBM geht auf einen Vorschlag des Ständerats zurück, der sich gegenüber dem bundesrätlichen Vorschlag durchsetzte.²³

28. Der Gesetzgeber verzichtete somit in Abweichung zum bundesrätlichen Vorschlag auf die Anknüpfung an den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit und führte gleichzeitig den Begriff der hoheitlichen Tätigkeit ein, ohne diesen aber näher zu definieren. Ständerat EUGEN DAVID äusserte sich namens der vorberatenden Kommission wie folgt dazu: „Wir wollen, dass dieses Gesetz umfassend auf alle Erwerbstätigkeiten Anwendung findet, ausgenommen die hoheitlichen Tätigkeiten. Die hoheitlichen Tätigkeiten sind jene, die ordinäre Staatstätigkeiten sind: Kontroll-, Überwachungs- und Interventionsaufgaben, die sich aus dem öffentlichen Recht ergeben. Ich denke insbesondere an die Polizei, aber auch an Bau-, Gesundheits- und Lebensmittelpolizei, an Umweltrecht und das ganze Abgaberecht.“²⁴ Aus

¹⁹ Botschaft BGBM (Fn 18), 1219 f.; KILIAN WUNDER, Die Binnenmarktfunktion der schweizerischen Handels- und Gewerbefreiheit im Vergleich zu den Grundfreiheiten in der Europäischen Gemeinschaft, Diss., Basel/Genf/München 1998, 173 ff.; THOMAS ZWALD, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2. Aufl., Basel 2007, 411 ff., Rz 3.

²⁰ Bericht GPK-N vom 27. Juni 2000 über die Auswirkungen des Binnenmarktgesetzes auf den freien Personen- und Dienstleistungsverkehr in der Schweiz, BBI 2000 6027 ff.

²¹ Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBI 2005 465 ff., 505.

²² Zur Auslegung und Bedeutung von Art. 1 Abs. 3 BGBM, MATTHIAS OESCH, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten, ZBJV 2012, 377 ff.; NICOLAS DIEBOLD, Gerichtliche Sachverständiger als hoheitlich tätige Organe?, AJP 8/2012, 1162 ff.

²³ Zur Entstehung von Art. 1 Abs. 3 auch ZWALD (Fn 19), Rz 27-30 und Fn 30; DANIEL KETTIGER, Die amtliche Vermessung im Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes, recht 2010, 30 ff.

²⁴ AB 2005 762.

diesem Votum geht hervor, dass der Gesetzgeber grundsätzlich von einem engen Verständnis des Begriffs der „Hoheitlichkeit“ ausging.

29. Mit der Revision des sachlichen Geltungsbereichs des Binnenmarktgesetzes verfolgte der Gesetzgeber grundsätzlich zwei Ziele. Zum einen sollte klargestellt werden, dass auch gewerbliche Verrichtungen, die von einem öffentlichen Dienst vorgenommen werden, in den Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes fallen.²⁵ Entsprechend profitieren beispielsweise auch Lehrpersonen an öffentlichen Schulen von den Binnenfreiheiten.²⁶

30. Andererseits sollte mit der Einführung des Begriffs der hoheitlichen Tätigkeit eine Angleichung an den Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens erfolgen.²⁷ Diese Anknüpfung an den Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens dient der Verhinderung der Inländerdiskriminierung. Gemäss Art. 6 Abs. 1 BGBM hat jede Person mit Sitz in der Schweiz die gleichen Marktzugangsrechte, die der Bund in völkerrechtlichen Vereinbarungen ausländischen Personen gewährt. Die mit der Teilrevision von 2005 eingeführte Bestimmung in Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM konkretisiert den allgemeinen Grundsatz von Art. 6 Abs. 1 BGBM mit Bezug auf die Anerkennung von Fähigkeitsausweisen. Demgemäss erfolgt die Anerkennung von Fähigkeitsausweisen, die unter das Freizügigkeitsabkommen fallen, nach Massgabe dieses Abkommens.

31. Damit die materiellen Bestimmungen des Binnenmarktgesetzes zur Verhinderung der Inländerdiskriminierung gemäss Art. 6 Abs. 1 und 4 Abs. 3^{bis} BGBM ihre Wirkung entfalten können, muss gewährleistet sein, dass das Binnenmarktgesetz überhaupt zur Anwendung gelangt. Entsprechend hat der Gesetzgeber den Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes auf den Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens angepasst.

32. Nachdem also zur Verhinderung der Inländerdiskriminierung die Geltungsbereiche des Binnenmarktgesetzes und des Freizügigkeitsabkommens nach Auffassung des Gesetzgebers deckungsgleich sein müssen, ist Art. 1 Abs. 3 BGBM in Übereinstimmung mit den Bereichsausnahmen gemäss Art. 10, 16 und 22 Abs. 1 Anhang I FZA auszulegen. Diese Bereichsausnahmen entfalten eine direkte Reflexwirkung auf den Begriff der hoheitlichen Tätigkeit nach Art. 1 Abs. 3 BGBM.²⁸

33. Gestützt auf diese Erläuterungen ist zusammenfassend festzuhalten, dass der Begriff der hoheitlichen Tätigkeit nach Art. 1 Abs. 3 BGBM und damit der sachliche Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH zu den Bereichsausnahmen zur unionalen Arbeitnehmer-, Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit auszulegen sind.²⁹ Zwischen dem AEUV, dem Freizügigkeitsabkommen und dem Bin-

²⁵ Botschaft revBGBM (Fn 21), 484.

²⁶ BGE 136 II 470, 476 E. 3.2.

²⁷ Botschaft revBGBM (Fn 21), 484: „Andererseits wird mit dieser Präzisierung, wie von einzelnen Vernehmlassungsteilnehmern gewünscht, die inhaltliche Übereinstimmung mit dem bilateralen Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz vom 21. Juni 1999 über die Freizügigkeit sichergestellt.“; dazu ausführlich OESCH (Fn 22), 382 f.; DIEBOLD (Fn 22), 1166; ZWALD (Fn 19), Rz 27.

²⁸ DIEBOLD (Fn 22), 1166 f.

²⁹ OESCH (Fn 22), 402 f.; DIEBOLD (Fn 22), 1168; vgl. auch BGer Urteil 2C_121/2011 vom 9. August 2011 E. 6.3.3.1, wo das Bundesgericht die Verbindung zwischen dem BGBM und dem FZA betont („nach wie vor ausgeschlossen bleiben hingegen die hoheitlichen Tätigkeiten, dies im Einklang mit dem Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA; SR 0.142.112.681): Nach Anhang I Art. 10 FZA kann einem Staatsangehörigen einer Vertragspartei, der eine unselbständige Erwerbstätigkeit ausübt, das Recht auf eine hoheitliche Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung verweigert werden (Botschaft vom 24. November 2004 über die Ände-

nenmarktgesetz besteht eine vom Gesetzgeber gewollte, direkte Wirkungskette, weshalb die Bestimmung von Art. 1 Abs. 3 BGBM europakompatibel auszulegen ist. Nur so kann die gemäss Art. 6 Abs. 1 und 4 Abs. 3^{bis} BGBM angestrebte Verhinderung der Inländerdiskriminierung erreicht werden.

B.3.3 Unterstellung der öffentlichen Beurkundung unter das Binnenmarktgesetz

34. Das Bundesgericht hatte sich mehrfach mit der Frage der Unterstellung der Notariatstätigkeit unter das Binnenmarktgesetz in der Fassung von 1995 auseinandergesetzt. In BGE 128 I 280 aus dem Jahr 2002 hält das Bundesgericht in E. 3 mit Hinweis auf seine bisherige Praxis und ohne vertiefte Prüfung fest, dass die öffentliche Beurkundung eine amtliche, hoheitliche Tätigkeit darstelle. Dies gelte unabhängig davon, ob nach kantonalem Recht ein Beamter oder ein freierwerbender Notar oder Anwalt die Beurkundung durchführe. Die vom Kanton verliehene Beurkundungsbefugnis habe den Charakter einer übertragenen hoheitlichen Funktion.

35. Vor diesem Hintergrund kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass die hoheitliche Beurkundungstätigkeit nicht dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit unterstehe und folglich gemäss Art. 1 Abs. 3 BGBM 1995 auch nicht vom Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes erfasst sei.³⁰ Weiter hält das Bundesgericht fest, dass auch das am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Freizügigkeitsabkommen nicht auf die Beurkundungstätigkeit anwendbar sei. Dieses sehe mit Art. 10 und 16 Anhang I FZA Ausnahmen für Tätigkeiten vor, die die Ausübung hoheitlicher Befugnisse bzw. die Ausübung öffentlicher Gewalt umfasse, was für Urkundspersonen zweifellos zutrefte. In diesem Zusammenhang verweist das Bundesgericht vergleichend auf die Praxis des EuGH, wonach Rechtsanwälte eine privatwirtschaftliche und damit den unionalen Freiheitsrechten unterstellte Tätigkeit ausüben würden.

36. Diese Rechtsprechung des Bundesgerichts ist heute in zweifacher Hinsicht zu relativieren: Zum einen knüpft das Binnenmarktgesetz seit dem 1. Juli 2006 - wie vorstehend ausgeführt - nicht mehr am Geltungsbereich der Wirtschaftsfreiheit, sondern am Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens an. Entsprechend ist der binnenmarktrechtliche Begriff der „hoheitlichen Tätigkeit“ in Anlehnung an die Bereichsausnahmen zum Freizügigkeitsabkommen auszulegen. Zum andern hat der EuGH mit Urteilen vom 24. Mai 2011 verkündet, dass es sich bei der öffentlichen Beurkundung *nicht* um eine Tätigkeit handle, die im Sinne von Art. 51 AEUV (ehem. Art. 45 Abs. 1 EGV) mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sei (siehe vorn, Rz 9).

37. Aufgrund der erläuterten Verbindung zwischen Freizügigkeitsabkommen und Binnenmarktgesetz (vorn, Rz 33) hätte dies zur Folge, dass die Tätigkeit der öffentlichen Beurkundung nicht als hoheitliche Tätigkeit im Sinne von Art. 1 Abs. 3 BGBM gelten würde und Notare folglich von den Binnenfreiheiten profitieren könnten.³¹

38. In diesem Zusammenhang ist nicht von Bedeutung, ob nach kantonalem Recht ein Staatsangestellter oder ein freierwerbender Notar mit der öffentlichen Beurkundung beauftragt ist. Ausschlaggebend für die Anwendbarkeit des Binnenmarktgesetzes ist nicht die formelle Organisationsform, sondern der materielle Gehalt einer Tätigkeit. Zudem sind seit der

rung des Binnenmarktgesetzes, BBl 2005 S. 465 ff., 484; Voten von Kommissionssprecher Ständerat David und Bundesrat Deiss, AB 2005 S 762“).

³⁰ So auch Urteil 2P.433/1997 vom 30. Juni 1998 sowie Urteile 2P.110/2002 und BGer 2P.264/2002 vom 6. August 2003 E. 4.2.4.

³¹ So auch OESCH (Fn 22), 403; im Resultat fordert auch der Preisüberwacher die Binnenfreiheit für Notare, vgl. Kantonale Notariatstarife, Vergleich der Gebühren für die öffentliche Beurkundung verschiedener Rechtsakte, Juli 2007, S. III (erhältlich auf www.preisueberwacher.admin.ch).

Teilrevision des Binnenmarktgesetzes von 2005 Tätigkeiten, die im öffentlichen Dienst ausgeübt werden, explizit dem Gesetz unterstellt (vorn, Rz 29).

B.4 Fragen 1-4

39. In Anwendung von Art. 8 Abs. 3 und 4 i.V.m. Art. 8a BGBM ersuchen wir Sie um Beantwortung folgender Fragen:

1. *Haben Sie im Hinblick auf Berufszulassungsgesuche von Notaren aus EU-Mitgliedstaaten bereits Regelungen getroffen, wie diese zu entscheiden sind? Falls ja, erläutern Sie bitte nach welchen Regeln solche Gesuche beurteilt werden.*
2. *Sind bei Ihnen bereits Gesuche von Notaren aus EU-Mitgliedstaaten um Berufszulassung eingegangen? Falls ja, senden Sie uns bitte die Gesuchsunterlagen, ihren Entscheid sowie die Entscheidungsbegründung.*
3. *Gibt es Ihrer Auffassung nach Gründe, die gegen die Freizügigkeit der Notare und die Freizügigkeit der öffentlichen Urkunden (Öffnung der kantonalen Notariate innerhalb des Binnenmarkts Schweiz) sprechen würden? Falls ja, erläutern Sie bitte die Gründe.*
4. *Mit der Einführung der Freizügigkeit der öffentlichen Urkunden erhielten Notare in Kantonen mit günstigen Tarifen einen Wettbewerbsvorteil gegenüber Notaren in Kantonen mit hohen Tarifen. Gibt es Ihrer Auffassung nach Gründe, die gegen eine Senkung oder Freigabe der Tarife sprechen würden? Falls ja, erläutern Sie bitte die Gründe.*

C Frage der Freizügigkeit für Notare

40. Die Unterstellung der Tätigkeit der öffentlichen Beurkundung unter das Binnenmarktgesetz hätte zur Folge, dass kantonale Urkundspersonen von den Binnenfreiheiten profitieren und sich auf die entsprechenden Marktzugangsrechte berufen könnten. Die Beurteilung des freien Binnenverkehrs für Urkundspersonen richtet sich primär nach den Bestimmungen zum freien Dienstleistungsverkehr (Art. 2 Abs. und 3 BGBM), zur Niederlassungsfreiheit (Art. 2 Abs. 4 BGBM) und zur Anerkennung von Fähigkeitsausweisen (Art. 4 BGBM).

41. Personen im Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes verfügen über einen individualrechtlichen Anspruch zur Durchsetzung ihrer Marktzugangsrechte. Dieser Anspruch gilt indessen nicht absolut. Die Behörde des Bestimmungsorts kann den Marktzugang für ortsfremde Anbieter unter Berücksichtigung der Gleichwertigkeitsvermutung (Art. 2 Abs. 5 BGBM) und den Voraussetzungen gemäss Art. 3 Abs. 1 und 2 BGBM mittels Auflagen oder Bedingungen einschränken.

42. Die Bestimmungen gemäss Art. 4 BGBM sehen drei verschiedene Anerkennungsregime vor, namentlich (i) die schweizweite Geltung von Fähigkeitsausweisen gemäss Art. 4 Abs. 1 und 3 BGBM, (ii) die in Art. 4 Abs. 4 BGBM vorgesehene Anerkennung gemäss Konkordat sowie (iii) die in Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM vorgesehene Anerkennung gemäss den Vorschriften des Freizügigkeitsabkommens (FZA, SR 0.142.112.681).³² Der Inhaber des Fähigkeitsausweises kann sich auf das für ihn vorteilhafteste Anerkennungsregime berufen.³³

³² BGE 136 II 470 E. 3.2 (Lehrerbewilligung); zu diesem Urteil NICOLAS DIEBOLD, Anerkennung einer Unterrichtsberechtigung im schweizerischen Binnenmarkt, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, Push-Service Entscheide, publiziert am 10. November 2010.

³³ BGE 136 II 470 E. 3.3, 5.3.

C.1 Anerkennung gemäss Art. 4 Abs. 1 und 3 BGBM

43. Gemäss Art. 4 Abs. 1 BGBM gelten kantonale Fähigkeitsausweise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz, sofern sie nicht Beschränkungen nach Art. 3 BGBM unterliegen. Als Fähigkeitsausweis gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung „ein Ausweis [...] welcher dem Inhaber definitiv attestiert, über die Fähigkeit zur Ausübung einer bestimmten (Erwerbs-)tätigkeit zu verfügen.“³⁴ Darunter fallen insbesondere auch Berufsausübungsbewilligungen.³⁵ Als Fähigkeitsausweise gelten nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu Art. 4 BGBM – soweit diese vor Inkrafttreten des Anwaltsgesetzes (BGFA, SR 935.61) ergangen ist – kantonale Bewilligungen zur Berufsausübung als Rechtsanwalt.³⁶ Entsprechend gelten auch kantonale Bewilligungen zur Berufsausübung als Notar bzw. zur öffentlichen Beurkundung als Fähigkeitsausweis im Sinne von Art. 4 Abs. 1 BGBM.

44. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts umfasst die gegenseitige Anerkennung von Fähigkeitsausweisen die Nachweise über die fachliche und die persönliche Befähigung eines Anbieters.³⁷ Mit anderen Worten muss die Behörde des Bestimmungsorts gestützt auf den ausserkantonalen Fähigkeitsausweis ihre eigenen fachlichen und persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen als erfüllt betrachten und grundsätzlich eine entsprechende Bewilligung ausstellen. Eine Bewilligung kann nur verweigert werden, wenn der ortsfremde Anbieter allfällige andere als fachliche und persönliche Bewilligungsvoraussetzungen am Bestimmungsort nicht erfüllt, oder wenn die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 und 2 BGBM gegeben sind.

45. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass im Falle der Anwendbarkeit des Binnenmarktgesetzes kantonale Notariatspatente und andere Nachweise über das erfolgreiche Absolvieren der kantonalen Notariatsprüfung wie auch die gestützt darauf erteilten Berufsausübungsbewilligungen als Fähigkeitsausweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 BGBM gelten.

46. Würde die Anwendbarkeit des Binnenmarktgesetzes bejaht, hätte dies zur Folge, dass die kantonalen Berufsausübungsbewilligungen für Notare grundsätzlich schweizweit anerkannt werden müssten. Soweit ein ausserkantonaler Notar die im Bestimmungskanton geltenden Zulassungsvoraussetzungen nur teilweise erfüllte, wäre ihm der Nachweis zu ermöglichen, dass er die erforderlichen Kenntnisse im Rahmen seiner praktischen Tätigkeit erworben hat (Art. 4 Abs. 3 BGBM).

47. Allfällige Einschränkungen des Marktzugangs für ausserkantonale Notare wären in Form von Auflagen oder Bedingungen zulässig, sofern die Gleichwertigkeitsvermutung gemäss Art. 2 Abs. 5 BGBM widerlegt werden könnte und die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 und 2 BGBM erfüllt wären. Dafür müsste die zuständige Behörde in einem ersten Schritt prüfen, ob die generell-abstrakten Zulassungsregeln für Notare und die darauf beruhende Praxis des Herkunftsorts einen gleichwertigen Schutz der in Frage stehenden öffentlichen Interessen erreichen, wie die Vorschriften des Bestimmungsorts. Diesbezüglich gilt die Gleichwertigkeits-

³⁴ BGE 125 II 315 E. 2b/bb; 136 II 470 E. 3.2

³⁵ WEKO-Gutachten vom 17. Dezember 2001 zuhanden des Gesundheitsdepartements des Kantons St. Gallen betreffend Auslegung des Begriffs "Fähigkeitsausweis" i.S.v. Art. 4 BGBM, RPW 2002, 207 ff., Rz 14 ff.; WEKO-Gutachten vom 16. Juli 2012 zuhanden der Gesundheitsdirektion Zürich betreffend Marktzugang einer Assistenz Zahnärztin aus dem Kanton Appenzell A. Rh., RPW 2012, 708 ff., Rz 37; BGE 136 II 470 E. 5.3; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, OFK-Wettbewerbsrecht II, BGBM 4 N 1.

³⁶ BGE 125 II 406 E. 2b; 125 I 276 E. 5b; Urteil BGer 2P.180/2000 vom 22. Februar 2001 E. 3b.

³⁷ Das Bundesgericht hat wiederholt bestätigt, dass die Behörde des Bestimmungsortes nur in Ausnahmesituationen befugt ist, die positive Beurteilung des Herkunftsorts mit Bezug auf das Vorhandensein der persönlichen Befähigung einer Rücküberprüfung zu unterziehen, siehe BGE 125 I 276 E. 5b; 125 I 322 E. 4b; 125 II 56 E. 4b; 135 II 12 E. 2.4.

vermutung gemäss Art. 2 Abs. 5 BGBM. Wäre die Gleichwertigkeitsvermutung in einem konkreten Fall nicht widerlegt, müsste dem ortsfremden Notar ohne weiteres Marktzugang gewährt werden.³⁸

48. Könnte die Gleichwertigkeitsvermutung in einem konkreten Fall widerlegt werden, dürfte die Behörde des Bestimmungsorts Marktzugangsbeschränkungen in Form von Auflagen oder Bedingungen erlassen, sofern die Beschränkungen a) gleichermassen für ortsansässige Personen gelten sowie b) zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und c) verhältnismässig sind (Art. 3 Abs. 1 und 2 BGBM). Grundsätzlich immer unzulässig sind verdeckte Marktzutrittsschranken zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen (Art. 3 Abs. 3 BGBM) und Marktzugangsverweigerungen (Art. 3 Abs. 1 BGBM).

49. Die zuständige Behörde des Bestimmungskantons müsste folglich unter Berücksichtigung dieser Regeln prüfen, ob die ausserkantonale Bewilligung zur Ausübung des Berufs als Notar frei von Auflagen oder allenfalls mit Auflagen anzuerkennen wären.³⁹

C.2 Anerkennung gemäss Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM

50. Gemäss der neu eingeführten Bestimmung in Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM erfolgt die Anerkennung von Fähigkeitsausweisen für Erwerbstätigkeiten, die unter das Freizügigkeitsabkommen fallen, nach Massgabe dieses Abkommens.⁴⁰

51. Das Freizügigkeitsabkommen sieht im Verhältnis Schweiz-EU grundsätzlich zwei Anerkennungsregime vor: Im Vordergrund stehen die sekundärrechtlichen Anerkennungsregeln gemäss Richtlinie 2005/36/EG vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, die im Verhältnis Schweiz-EU als direkt anwendbar erklärt werden (Art. 9 i.V.m. Anhang III FZA). Ist eine Berufsqualifikation hingegen nicht vom Geltungsbereich der Richtlinie 2005/36/EG erfasst, ist zusätzlich zu prüfen, ob eine Anerkennung auf der Grundlage des allgemeinen Diskriminierungsverbots gemäss Art. 2 FZA sowie dessen speziellen Ausprägungen in Anhang I FZA möglich ist. Für diese Prüfung ist gestützt auf Art. 16 Abs. 2 FZA die Praxis des EuGH zur primärrechtlichen Anerkennung von Berufsqualifikationen gemäss dem Vertrag über die Arbeitsweise der EU (AEUV)⁴¹ heranzuziehen.⁴²

52. Wie vorstehend ausgeführt ist davon auszugehen, dass die Tätigkeit der öffentlichen Beurkundung nicht von den Bereichsausnahmen gemäss Art. 10, 16 und 22 Abs. 1 Anhang I FZA erfasst wird und damit den Regeln des Freizügigkeitsabkommens untersteht. Entsprechend profitieren Urkundspersonen von den gegenseitigen Marktzugangsrechten des Freizügigkeitsabkommens und insbesondere vom freizügigkeitsrechtlichen Grundsatz der Nichtdiskriminierung. Hingegen ist innerhalb der EU noch nicht abschliessend geklärt, ob die Tätigkeit von Urkundspersonen auch in den Geltungsbereich der Berufsqualifikationsrichtlinie 2005/36/EG fallen. Der EuGH hat diese Frage im erwähnten Urteil Rs. C-54/08 offen gelassen. Die Europäische Kommission hat in ihrem Richtlinienentwurf KOM(2011) 883 vom 19.12.2011 zur Änderung der Berufsqualifikationsrichtlinie angekündigt, dass eine Unterstellung der Notariatstätigkeit anzustreben ist. Solange diese Frage innerhalb der EU nicht ab-

³⁸ BGE 135 II 12 E. 2.4.

³⁹ Vgl. BGE 136 II 470 E. 5.3.

⁴⁰ Das EU-Anerkennungsregime gilt einzig für die Diplomanerkennung zu beruflichen Zwecken, nicht aber für die rein akademische Anerkennung, BGE 136 II 470 E. 4.2.

⁴¹ Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13. Dezember 2007 (Vertrag von Lissabon), ABl. C 83 vom 30.3.2010 S. 47.

⁴² Das BGER spricht sich in BGE 136 II 470 E. 4.1 für die Übernahme der EuGH Rechtsprechung zur primärrechtlichen Anerkennung gestützt auf Art. 16 Abs. 2 FZA aus, ohne die Frage vertieft zu prüfen; WEKO-Gutachten, Assistenzärztin (Fn 35), Rz 46; so auch BGE 133 V 33 E. 9.4; NINA GAMMENTHALER, Diplomanerkennung und Freizügigkeit, Diss., Zürich 2010, 364.

schliessend geklärt ist, kann die Beurteilung der Anerkennung von Berufsqualifikationen von Notaren noch nicht nach der Berufsqualifikationsrichtlinie erfolgen. Entsprechend würden vorderhand im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens und folglich gestützt auf Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM auch im Schweizer Binnenverhältnis für Notare nur die primärrechtlichen Anerkennungsgrundsätze des EuGH und nicht die Grundsätze der Berufsqualifikationsrichtlinie gelten.

53. Die primärrechtlichen Anerkennungsgrundsätze des EuGH gelten für alle Konstellationen, die nicht in den Geltungsbereich der Berufsqualifikationsrichtlinie fallen.⁴³ Demnach hat ein Unionsbürger, dessen Ausbildungsnachweis aus einem Drittstaat in einem Mitgliedstaat anerkannt worden ist, Anspruch darauf, dass die Behörde des Aufnahmestaates auf sein Gesuch um Anerkennung der Anerkennung hin sämtliche Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise sowie die Berufserfahrung berücksichtigt und die dadurch belegten Fachkenntnisse mit den nach nationalem Recht vorgeschriebenen Kenntnissen und Fähigkeiten vergleicht.⁴⁴ Diese primärrechtlichen Anerkennungsregeln gehen nicht darüber hinaus, was die Anerkennungsregeln gemäss Art. 4 Abs. 1 und 3 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 und 2 BGBM verlangen. Entsprechend wäre Art. 4 Abs. 3^{bis} für die Anerkennung von Fähigkeitsausweisen der Notare bis auf weiteres nicht von zentraler Bedeutung. Dies würde sich jedoch ändern, falls die EU den Geltungsbereich der Berufsqualifikationsrichtlinie 2005/36/EG auf Notare ausdehnt.

C.3 Fragen 5-8

54. In Anwendung von Art. 8 Abs. 3 und 4 i.V.m. Art. 8a BGBM ersuchen wir Sie um Beantwortung folgender Fragen:

5. *Welche Voraussetzungen muss eine Person in ihrem Kanton erfüllen, um als Notar zugelassen zu werden?*
6. *Verfügen Notare aus anderen Kantonen über die Möglichkeit, unter Anerkennung der im Herkunftskanton erworbenen Fähigkeitsausweise eine Berufszulassung in Ihrem Kanton zu erhalten? Falls ja, erläutern Sie bitte nach welchen Regeln solche Gesuche beurteilt werden.*
7. *Gibt es öffentliche Interessen, die gegen eine Anerkennung der notariellen Fähigkeitsausweise aus anderen Kantonen mit ähnlichen Ausbildungserfordernissen sprechen würden? Falls ja, erläutern Sie bitte die Gründe.*
8. *Besteht in Ihrem Kanton eine Wohnsitzpflicht für freiberufliche Notare? Falls ja, erläutern Sie bitte die öffentlichen Interessen, die für eine solche Wohnsitzpflicht sprechen.*

D Frage der Freizügigkeit für öffentliche Urkunden

D.1 Ausgangslage

55. Das Binnenmarktgesetz garantiert den freien Dienstleistungsverkehr nach dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung sowie nach dem Herkunftsprinzip. Der freie Dienstleistungsverkehr umfasst sowohl die aktive und passive Dienstleistungsfreiheit als auch die Korrespondenzdienstleistungsfreiheit. Bei der aktiven Dienstleistungsfreiheit überschreitet der Leistungserbringer vorübergehend die Binnengrenze und erbringt die Leistung am Ort des Leis-

⁴³ Urteile des EuGH vom 7.5.1991 C-340/89 *Vlassopoulou*, Slg. 1991 I-2357, Rz 16; vom 10.12.2009 C-345/08 *Pešla*, Slg. 2009 I-11677, Rz 23-24, 34-41.

⁴⁴ Urteil des EuGH vom 14.9.2008 C-238/98 *Hocsman*, Slg. 2000 I-6623 Rz 23 f., 34, 37-40.

tungsempfängers. Die passive Dienstleistungsfreiheit regelt die umgekehrte Situation, in der der Leistungsempfänger die Binnengrenzen überquert und die Dienstleistung am Ort des Leistungserbringers bezieht. Bei der Korrespondenzdienstleistung verbleiben Erbringer und Empfänger an ihrem jeweiligen Ort und nur die Dienstleistung selber überquert die Binnengrenzen.

56. Die binnenmarktrechtliche Bestimmung zum freien Dienstleistungsverkehr gemäss Art. 2 Abs. 3 BGBM umfasst alle drei Dienstleistungsfreiheiten und sieht vor, dass eine Leistung schweizweit nach den Vorschriften des Herkunftsorts angeboten werden darf. Zudem gewährleistet das Binnenmarktgesetz einen gleichberechtigten Zugang zum Markt (Art. 1 Abs. 1 BGBM). Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung kommt auch in Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM zum Ausdruck, wonach allfällige Beschränkungen des Marktzugangs nur zulässig sind, wenn diese gleichermaßen auch für ortsansässige Personen gelten. Aus der Botschaft zum Binnenmarktgesetz geht hervor, dass die beiden für einen Binnenmarkt elementaren Grundsätze der Nichtdiskriminierung und des Herkunftsprinzips im Binnenmarktgesetz verankert wurden und alle Hauptverpflichtungen Ausfluss dieser beiden Grundsätze sind.⁴⁵

57. Die Frage der Anerkennung ausserkantonaler öffentlicher Urkunden beschlägt die passive Dienstleistungsfreiheit und die Korrespondenzdienstleistungsfreiheit von Urkundspersonen. Der Leistungsempfänger sendet das zu beurkundende Dokument an den Leistungserbringer oder trifft diesen an seinem Herkunftsort. Die Urkundsperson erstellt die öffentliche Urkunde am Ort ihrer Niederlassung gemäss den dort geltenden Vorschriften. Diese Form der passiven Dienstleistungsfreiheit und der Korrespondenzdienstleistungsfreiheit ist nur gewährleistet, wenn die nach den Vorschriften am Ort der Niederlassung der Urkundsperson erstellten öffentlichen Urkunden auch in anderen Kantonen anerkannt werden.

58. Würde die Anwendbarkeit des Binnenmarktgesetzes bejaht, hätten Urkundspersonen gemäss dem in Art. 2 Abs. 3 BGBM verankerten Herkunftsprinzip ein Recht, ihre Leistung grundsätzlich schweizweit nach den Vorschriften ihres Herkunftskantons anzubieten. Folglich würde die Verweigerung der Anerkennung ausserkantonaler öffentlicher Urkunden eine vom Herkunftsprinzip abweichende Marktzugangsbeschränkung darstellen. Das gleiche Resultat ergibt sich unter Anwendung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung. Die Nichtanerkennung ausserkantonaler öffentlicher Urkunden würde eine Marktzugangsbeschränkung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 BGBM darstellen, die ausserkantonale Urkundspersonen direkt diskriminieren und damit gegen den Grundsatz der Nichtdiskriminierung verstossen würde.

59. Im Falle der Anwendung des Binnenmarktgesetzes müssten die Kantone ausserkantonale öffentliche Urkunden grundsätzlich gleich behandeln wie öffentliche Urkunden, die von ortsansässigen Urkundspersonen erstellt worden sind. Entsprechend wären die Handelsregister- und Grundbuchämter wie auch die kantonalen Gerichte und Vollstreckungsbehörden verpflichtet, öffentliche Urkunden, die von ausserkantonalen Urkundspersonen erstellt worden sind, vollumfänglich anzuerkennen. Die Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde ist heute bereits gewährleistet, soweit es um „Nichtliegenschaftsgeschäfte“ geht. Beispielsweise werden gesellschaftsrechtliche Urkunden (z.B. Gründung einer Aktiengesellschaft) von den Handelsregistern anerkannt, unabhängig davon, in welchem Kanton die Urkunde erstellt wurde. Hingegen müssen öffentliche Urkunden betreffend Grundstücksgeschäfte grundsätzlich im Kanton erstellt werden, wo sich das Grundstück befindet. Die Anwendung des Binnenmarktgesetzes würde somit unter Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 BGBM zur Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde betreffend Grundstücksgeschäfte führen. Diese Freizügigkeit wird teilweise auch von der Lehre gefordert.⁴⁶

⁴⁵ Botschaft BGBM (Fn 18), 1257.

⁴⁶ MOOSER (Fn 2), 235 f.; ROLAND VON BÜREN, Notare und Wettbewerb, in: Peter Ruf/Roland Pfäffli (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Verband bernische Notare, Langenthal 2003, 79 ff., 88; CHRISTIAN

60. In diesem Zusammenhang ist auch auf den Vorentwurf betreffend die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Öffentliche Beurkundung) hinzuweisen.⁴⁷ Der Vorentwurf sieht eine Revision des SchIT ZGB vor, wonach öffentliche Urkunden neu auch in elektronischer Form errichtet werden dürfen. Darüber hinaus sieht der Vorentwurf vor, dass gewisse Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung und damit verbunden auch die interkantonale Anerkennung öffentlicher Urkunden eingeführt werden soll. Der erläuternde Bericht hält diesbezüglich fest, dass grundsätzlich keine öffentlichen Interessen gegen die Freizügigkeit öffentlicher Urkunden im Bereich der Liegenschaftsverträge sprechen (S. 28 ff.).

D.2 Fragen 9-10

61. In Anwendung von Art. 8 Abs. 3 und 4 i.V.m. Art. 8a BGBM ersuchen wir Sie um Beantwortung folgender Fragen:

9. *Welche ausserkantonale erstellten öffentlichen Urkunden werden in Ihrem Kanton durch die zuständige Behörde oder das zuständige Gericht*
 - a. *nicht anerkannt?*
 - b. *unter gewissen Voraussetzungen anerkannt?*
 - c. *ohne weiteres anerkannt?*
10. *Mit Bezug auf die gemäss 9a und 9b nicht bzw. nur unter Voraussetzungen anerkannten Urkunden: Welche öffentlichen Interessen sprechen gegen eine Anerkennung dieser ausserkantonale erstellten öffentlichen Urkunden?*

E Organisationsform des kantonalen Notariats

62. Ergänzend ist festzuhalten, dass die Anwendung des Binnenmarktgesetzes keinen direkten Einfluss auf die Organisationsform des kantonalen Notariats hätte. Das Binnenmarktgesetz enthält keine Regelung mit Bezug auf die Begründung rechtlicher Monopole und Staatsmonopole durch Kantone und Gemeinden.⁴⁸

63. Demnach wären die Kantone nach wie vor frei, das Notariatswesen insgesamt (Amtsnotariat) oder teilweise (gemischtes Notariat) dem Staat vorzubehalten. Die Kantone mit einem Amtsnotariat wären allerdings verpflichtet, im Rahmen einer Stellenausschreibung auch ausserkantonalen Notare unter Anerkennung deren Berufsqualifikationen zu berücksichtigen. Zudem müssten auch Grundbuchämter in Kantonen mit Amtsnotariat ausserkantonale öffentliche Urkunden anerkennen und eintragen, unabhängig davon, ob die ausserkantonale Urkunde von einem freierwerbenden Notar oder einem Amtsnotar erstellt worden ist.

Bern, 25. März 2013

BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993; 224; CHRISTOPH LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrags, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. Aufl., Bern 2001, 43; JÖRG SCHMID, Thesen zur öffentlichen Beurkundung, ZBGR 74/1993, 1 ff., 11; DERS., Les règles intercantionales relatives aux actes authentiques pour les contrats portant sur des droits réels relatifs à des biens-fonds (note de jurisprudence), BR 1989, 12 ff., 14; vgl. auch Entscheid des Obergerichts des Kantons Basel-Landschaft vom 9. Mai 2000, ZBGR 83/2002, S. 278 ff. = BJM 2001, S. 301 ff.

⁴⁷ Erhältlich auf www.admin.ch/aktuell/vernehmlassung/index.html?lang=de.

⁴⁸ ANDREAS AUER/VINCENT MARTENET, La loi sur le marché intérieur face au mandat constitutionnel de créer un espace économique unique - Avis de droit, RPW 2004, 277 ff.; DIES., Les monopoles cantonaux et communaux face à la Loi sur le marché intérieur – Avis de droit complémentaire, RPW 2004, 314 ff.