



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Wettbewerbskommission WEKO
Commission de la concurrence COMCO
Commissione della concorrenza COMCO
Competition Commission COMCO

614-0002: Empfehlung vom 23. September 2013

zuhanden der Kantone und des Bundesrats betreffend

Freizügigkeit für Notare und öffentliche Urkunden

Inhaltsverzeichnis

A Ausgangslage	3
B Zuständigkeit der WEKO	4
C Vernehmlassungsbericht	5
C.1 Zur Freizügigkeit der Notare	5
C.1.1 Unterschiedliche Notariatssysteme	6
C.1.2 Unterschiedliche Ausbildungserfordernisse	6
C.1.3 Kenntnisse des kantonalen Rechts und der lokalen Gegebenheiten	6
C.2 Zur Freizügigkeit der öffentlichen Urkunden	7
D Rechtliche Analyse	8
D.1 Bilaterale Anerkennung von Berufsqualifikationen der Notare gemäss Freizügigkeitsabkommen	9
D.1.1 Unterstellung der Notare durch innerstaatliche Umsetzung von Anhang III FZA	9
D.1.2 Unterstellung der Notare durch europakompatible Auslegung des FZA	11
D.2 Interkantonale Anerkennung von Berufsqualifikationen der Notare	14
D.2.1 Anerkennung gemäss Freizügigkeitsabkommen (Art. 4 Abs. 3 ^{bis} BGBM)	14
D.2.1.1 Sekundärrechtliche Anerkennung gemäss Art. 9 und Anhang III FZA i.V.m. Richtlinie 2005/36/EG	17
D.2.1.2 Primärrechtliche Anerkennung gemäss Art. 2 und Anhang I FZA	17
D.2.2 Anerkennung gemäss Binnenmarktrecht (Art. 4 Abs. 1 und 3 BGBM)	18
D.2.3 Zusammenfassung zur Anerkennung von Berufsqualifikationen der Notare	19
D.3 Interkantonale Anerkennung von öffentlichen Urkunden gemäss Binnenmarktrecht	21
E Schlussfolgerungen	22
F Empfehlungen	24

A Ausgangslage

1. Die Regelung der Modalitäten der öffentlichen Beurkundung liegt in der Kompetenz der Kantone (Art. 55 SchlT ZGB)¹. Die Kantone bestimmen insbesondere die Personen, welche öffentliche Beurkundungen vornehmen dürfen. Es bestehen in der Schweiz grundsätzlich drei verschiedene Formen der Organisation des Notariats:²

- *Amtsnotariat* (SH, ZH): Das deutsch-rechtlich inspirierte Amtsnotariat sieht vor, dass die öffentlichen Urkunden ausschliesslich von staatlich angestellten Urkundspersonen erstellt werden dürfen.
- *Freiberufliches Notariat* (AG, BE, BL, BS, FR, GE, NE, JU, TI, UR, VD, VS): Das 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, AR, GL, GR, LU, NW, OW, SG, SO, SZ, TG, ZG): Im gemischten Notariat werden gewisse Sachbereiche den Amtsnotaren vorbehalten (z.B. Grundbuchgeschäfte), während die übrigen Sachbereiche exklusiv oder im Wettbewerb zum Amtsnotariat freiberuflichen Notaren offen stehen.

2. Nach hergebrachter Auffassung gilt für die Tätigkeit der Notare das Territorialitätsprinzip.³ 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; SR 101), 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.⁴ Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts sind die Kantone nicht verpflichtet, die Fähigkeitsausweise der Notare eines anderen Kantons anzuerkennen.⁵ Die Kantone können vorsehen, dass die öffentliche Beurkundung eines Grundstücksgeschäfts am Ort vorgenommen werden muss, wo das Grundstück liegt (*lex rei sitae*).⁶

4. Die Ausklammerung der notariellen Tätigkeit vom Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes und des Freizügigkeitsabkommens steht inzwischen im Spannungsverhältnis mit der

¹ Schlusstitel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210).

² 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 SCHLAEPPI, La rémunération du notaire de tradition latine, Genève/Bâle/Zurich 2009, 1 ff.

³ MICHEL MOOSER, Le droit notarial en Suisse, Berne 2005, 228 ff.

⁴ Vgl. auch BGE 73 I 366, 371 f.; Urteil 2P.433/1997 vom 30. Juni 1998; Urteile 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.

⁵ Urteil BGer 2P.110/2002 und 2P.264/2002 vom 6. August 2003 E. 4.2.4.

⁶ BGE 113 II 501 E. 3.

neueren Praxis des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH),⁷ wonach die von den Notaren 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. Diese Entwicklungen im Unionsrecht können sich auch auf das bilaterale Freizügigkeitsrecht zwischen der Schweiz und der EU auswirken. Gestützt auf diese Ausgangslage stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang aus schweizerischer Binnenmarktsicht im Bereich der notariellen Tätigkeit ein Handlungsbedarf besteht.

B Zuständigkeit der WEKO

5. Gemäss Art. 8 Abs. 1 BGBM überwacht die Wettbewerbskommission WEKO die Einhaltung des Binnenmarktgesetzes durch Bund, Kantone und Gemeinden sowie andere Träger öffentlicher Aufgaben. Sie kann Untersuchungen durchführen und den betreffenden Behörden Empfehlungen abgeben (Art. 8 Abs. 3 BGBM). Weiter stellt die WEKO in Zusammenarbeit mit den Kantonen und den betroffenen Bundesstellen den Vollzug von Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM sicher und sie kann zu diesem Zweck Empfehlungen erlassen (Art. 8 Abs. 4 BGBM). Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM besagt, dass die interkantonale Anerkennung von Fähigkeitsausweisen, die unter das Freizügigkeitsabkommen fallen, nach Massgabe dieses Abkommens erfolgt. Mit Bezug auf die Umsetzung von Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM nimmt die WEKO gestützt auf Art. 8 Abs. 4 BGBM eine eigentliche Vollzugsaufgabe wahr.⁸

6. Gestützt auf den gesetzgeberischen Vollzugsauftrag hat die WEKO am 26. März 2013 eine binnenmarktrechtliche Untersuchung betreffend die Freizügigkeit von Notaren eröffnet und bei den Kantonen sowie den betroffenen Bundesstellen Staatssekretariat für Forschung, Bildung und Innovation SBFI, Bundesamt für Justiz BJ und Preisüberwachung eine Vernehmlassung durchgeführt. Im Rahmen dieser Vernehmlassung hat sich auch der Schweizerische Notarenverband SNV mit einem Gutachten des *Centre de droit notarial* der Universität Lausanne sowie der St. Galler Anwaltsverband und die Notariatskammer des Kantons Neuenburg geäussert. Am 4. September 2013 haben Vertreter der WEKO und deren Sekretariat eine Delegation des SNV empfangen, um die Auswirkungen der EuGH Urteile vom Mai 2011 auf die Schweiz sowie die interkantonale Freizügigkeit für Notare sowie der öffentlichen Urkunde zu besprechen. Der Kanton Bern hat seiner Antwort ein Gutachten von Prof. Stephan Wolf und Riccardo Brazerol der Universität Bern beigelegt.

7. Neben den binnenmarktrechtlichen Grundlagen ist die WEKO gestützt auf Art. 45 des Kartellgesetzes (KG; SR 251) beauftragt, die Wettbewerbsverhältnisse zu beobachten und den Behörden Empfehlungen zur Förderung von wirksamem Wettbewerb zu unterbreiten, insbesondere hinsichtlich die Schaffung und Handhabung wirtschaftsrechtlicher Vorschriften. Sollte die notarielle Tätigkeit aufgrund zukünftiger Entwicklungen in der Gesetzgebung oder Rechtsprechung entgegen der heutigen Rechtslage nicht in den Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens und des Binnenmarktgesetzes fallen, so haben die vorliegenden Empfehlungen der WEKO subsidiär gestützt auf Art. 45 Abs. 2 KG bestand.

⁷ Urteil des EuGH vom 24.05.2011 C-54/08, *Kommission/Deutschland*, Slg. 2011 I-4355, 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).

⁸ Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBI 2005 465 ff., 488: „Der neue Absatz 4 soll den korrekten Vollzug von Artikel 4 Absatz 3^{bis} BGBM sicherstellen. Unter Berücksichtigung der im Bereich der Anerkennung von Fähigkeitsausweisen bzw. Diplomen notwendigen Koordination zwischen Bund und Kantonen sowie zwecks Sicherstellung der Vollzugstauglichkeit ist es angezeigt, dass die Wettbewerbskommission mit den Kantonen und den mit Anerkennungsfragen betrauten Bundesstellen (Bundesamt für Berufsbildung und Technologie BBT und Integrationsbüro IB) bei der Ausarbeitung entsprechender Vollzugsempfehlungen an die betroffenen kantonalen Stellen zusammenarbeitet. Dies entspricht einer schlanken und effizienten Lösung“.

C Vernehmlassungsbericht

8. Insbesondere das Gutachten des *Centre de droit notarial* der Universität Lausanne, das Gutachten von Prof. Stephan Wolf und Riccardo Brazerol der Universität Bern, die Stellungnahmen des BJ und des St. Galler Anwaltsverbands wie auch einige Stellungnahmen der Kantone kommen zum Schluss, dass die notarielle Tätigkeit der öffentlichen Beurkundung dem bilateralen Freizügigkeitsrecht nicht unterstehe bzw. eine Unterstellung zumindest fraglich sei, und sich somit aus Schweizer Sicht die Frage der Inländerdiskriminierung und der Anwendbarkeit des Binnenmarktgessetzes nicht stelle. Dieser Punkt ist Gegenstand der rechtlichen Analyse unter Titel D hinten. Im Folgenden werden die kantonalen Stellungnahmen mit Bezug auf die Freizügigkeit der Notare und die Freizügigkeit der öffentlichen Urkunden zusammengefasst.

C.1 Zur Freizügigkeit der Notare

9. Die Kantone Basel-Landschaft und Obwalden wie auch die Preisüberwachung sprechen sich explizit für eine Einführung der Freizügigkeit und der Anerkennung ausserkantonaler Fähigkeitsausweise für Notare aus. Die Kantone Aargau, Appenzell Innerrhoden, Basel-Stadt, Bern, Glarus, Nidwalden, Schwyz, Thurgau, St. Gallen, Schaffhausen und Wallis stehen der Anerkennung ausserkantonaler Fähigkeitsausweise nicht grundsätzlich ablehnend gegenüber, sofern der ausserkantonale Notar über gleichwertige Qualifikationen verfügt (z.B. Hochschulstudium mit Masterabschluss, ähnliche Praktika) und allenfalls die Möglichkeit besteht, eine Eignungsprüfung über das kantonale Recht (insb. Steuer- und Beurkundungsrecht) durchzuführen.

10. Im Bereich der freiberuflichen Notare gewähren einige Kantone bereits heute ausserkantonalen Notaren erleichterten Zugang zur Notariatstätigkeit im eigenen Kanton. Die Modalitäten sind jedoch sehr unterschiedlich ausgestaltet. Im Kanton Neuenburg wird beispielsweise für ausserkantonale Notare lediglich die Praktikumsdauer um ein Jahr verkürzt, im Übrigen aber das normale kantonale Zulassungs- und Prüfungsverfahren angewendet. Die Kantone Schwyz und Thurgau sehen für die Anerkennung ausserkantonaler Patente bei gleichwertiger Ausbildung eine mündliche Eignungsprüfung vor. Die Kantone Aargau, Bern, Glarus und Obwalden beschränken die Anerkennung auf Notare aus Herkunftskantonen, die ein Gegenrecht gewähren.

11. Eine gewisse Freizügigkeit besteht zudem in denjenigen Kantonen, in denen bestimmte notarielle Tätigkeiten von Anwälten ausgeübt werden dürfen. Anwälte können sich grundsätzlich in jedes kantonale Anwaltsregister eintragen lassen, und zwar unabhängig davon, in welchem Kanton sie das Anwaltspatent erlangt haben. Gewisse Kantone sehen vor, dass im kantonalen Anwaltsregister eingetragene Anwälte mit ausserkantonalem Anwaltspatent auch im Register für Notare eingetragen werden dürfen (z.B. AI, AR, GL), oder zumindest zur (ggf. vereinfachten) Notariatsprüfung zugelassen werden (z.B. LU, SG, SZ, ZG). Auch hier kann ein Gegenrechtserfordernis gelten, wie beispielsweise im Kanton Glarus.

12. Trotz diesen bereits bestehenden Elementen der Freizügigkeit sind die kantonalen Systeme grundsätzlich so ausgerichtet, dass Notare nicht in mehreren Kantonen gleichzeitig tätig sein können. Dies ergibt sich insbesondere aus dem in vielen Kantonen vorgesehenen Wohn- bzw. Geschäftssitzerfordernis (z.B. AI, FR, GE, GR, LU, NE, NW, OW, SG, SZ, TI, UR, VD, VS, ZG). Im Kanton Aargau gilt zwar kein Wohnsitzerfordernis, aber ein ausserkantonaler Notar wird nach bestandener Eignungsprüfung nur zugelassen, wenn er die Tätigkeit am Herkunftskanton aufgibt.

13. Im Bereich der staatlich tätigen Beurkundungspersonen haben einige Kantone keine Einwände dagegen, dass ausserkantonale Personen mit entsprechender Befähigung für eine Anstellung berücksichtigt werden können (z.B. GR, SG, SH).

14. Alle übrigen Kantone lehnen die Freizügigkeit für Notare ab und kennen auch kein vereinfachtes Zugangsverfahren für ausserkantonale Notare. Im Folgenden werden die Hauptgründe dargestellt, die gegen die Einführung der Freizügigkeit vorgebracht werden.

C.1.1 Unterschiedliche Notariatssysteme

15. Verschiedene Kantone bringen vor, dass die unterschiedlichen kantonalen Organisationsformen des Notariats der Freizügigkeit für Notare entgegenstünden. Im gleichen Sinne wird befürchtet, dass die Formen des Amtsnotariats im Falle der Freizügigkeit als Marktzugangshindernis betrachtet werden und unter Druck geraten könnten.

16. Diesen Anliegen muss im Falle der Einführung der Freizügigkeit Rechnung getragen werden. Die WEKO ist jedoch der Auffassung, dass die Freizügigkeit der Notare nicht zu einer Beschränkung der kantonalen Kompetenzen bezüglich der Wahl der Organisationsform führen würde. Soweit ein Kanton alle oder einen Teil der notariellen Tätigkeiten dem Staat vorbehält, besteht auch kein Raum für die Einführung der Freizügigkeit freiberuflicher Notare. Mit anderen Worten kann einem Kanton nicht zugemutet werden, ausserkantonale Notare für Tätigkeiten auf dem eigenen Kantonsgebiet zuzulassen, die ansonsten ausschliesslich durch staatlich angestellte Beurkundungspersonen ausgeübt werden. Soweit aber ein Kanton für alle oder bestimmte notarielle Tätigkeit freiberufliche Notare zulässt, auch im Wettbewerb zu staatlichen Urkundspersonen, besteht kein systeminherenter Grund, die Anerkennung ausserkantonaler Notare grundsätzlich abzulehnen.

17. Somit wäre durchaus denkbar, zwei unterschiedliche Freizügigkeitsregime einzuführen. Freiberufliche Notare könnten in mehreren Kantonen tätig sein, soweit die jeweiligen Kantone freiberufliche Notare zulassen. Staatlich angestellte Urkundspersonen (z.B. Grundbuchverwalter) hätten die Möglichkeit, sich unter Anerkennung ihrer bisherigen Qualifikationen und Erfahrungen auch auf ausserkantonale Stellenausschreibungen zu bewerben. Die WEKO ist daher der Auffassung, dass die unterschiedlichen kantonalen Organisationsformen des Notariats einer Einführung der Freizügigkeit nicht grundsätzlich entgegenstehen.

C.1.2 Unterschiedliche Ausbildungserfordernisse

18. Als weiteres Argument gegen die Einführung der Freizügigkeit für Notare wird vorgebracht, dass kantonal sehr unterschiedliche Ausbildungserfordernisse bestehen. Insbesondere für freiberufliche Notare wird in der Regel ein Hochschulstudium, Praktikumserfahrung von einer gewissen Dauer sowie das erfolgreiche Absolvieren einer Notariatsprüfung verlangt (z.B. AG, BE, GE, NE). Für staatlich angestellte Urkundspersonen ist ein Hochschulstudium oftmals keine zwingende Voraussetzung (z.B. SH, ZH).

19. Diese kantonalen Unterschiede mit Bezug auf die Zulassungserfordernisse für Notare sprechen gegen eine automatische Anerkennung der Notariatspatente. Die automatische Anerkennung würde eine Harmonisierung der kantonalen Qualifikationsanforderungen voraussetzen, wie dies beispielsweise seit Inkrafttreten des Anwaltsgesetzes (BGFA; SR 935.61) für die Anwälte gilt. Solange keine harmonisierten Ausbildungsmíndeststandards für Notare gelten, muss es den Kantonen im Rahmen eines Anerkennungsverfahrens möglich sein, die Qualifikationen des ausserkantonalen Gesuchstellers zu überprüfen um im Falle von erheblichen Unterschieden zu den eigenen Zulassungserfordernissen die Anerkennung zu verweigern.

C.1.3 Kenntnisse des kantonalen Rechts und der lokalen Gegebenheiten

20. Schliesslich wird vorgebracht, dass ausserkantonalen Notaren die Kenntnisse des kantonalen Rechts (kantonale Grundbuchverordnungen, Steuerrecht, Baurecht, Beurkundungsverfahren) und der lokalen Gegebenheiten (Marktpreise für Grundstücke, Eigenheiten des Grundstücks bezüglich Errichtung von Dienstbarkeiten, Lawinen- und Rutschzonen, Altla-

ten, Hochwasserrisiken, geologische Besonderheiten) fehlen würden. Dies führe dazu, dass der Notar seine Beratungspflicht nicht wahrnehmen und der angestrebte Schutz der Vertragsparteien nicht gewährleistet werden könne. Aufgrund der Beurkundungspflicht entstünde zudem ein erhöhtes Haftungsrisiko für Notare und Kantone (Staatshaftung).

21. Diesem Anliegen kann Rechnung getragen werden, indem den Kantonen im Rahmen des Anerkennungsverfahrens die Möglichkeit eingeräumt wird, den Nachweis zu verlangen, dass der ortsfremde Notar über ausreichend Kenntnisse des kantonalen Rechts verfügt. Dieser Nachweis könnte beispielsweise durch eine Eignungsprüfung erbracht werden. In diesem Zusammenhang ist allerdings ein Vergleich mit dem Anwaltsberuf angebracht. Mit dem Inkrafttreten des Anwaltsgesetzes am 1. Juni 2002 wurde die volle Freizügigkeit für Anwälte eingeführt. Obschon damals beispielsweise das kantonale Zivilprozess-, Strafprozess- und Verwaltungsverfahrensrecht erhebliche Unterschiede aufwies, konnten die Anwälte in allen Kantonen prozessual tätig sein, ohne jeweils vorgängig eine Eignungsprüfung über das kantonale Verfahrensrecht abzulegen. Entsprechend darf auch von den Notaren erwartet werden, dass sie ihre Eigenverantwortung wahrnehmen und sich vor Aufnahme der Tätigkeit mit dem kantonalen Recht und den lokalen Gegebenheiten vertraut machen.

C.2 Zur Freizügigkeit der öffentlichen Urkunden

22. Die Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde ist heute bereits weitgehend gewährleistet, mit Ausnahme der öffentlichen Urkunden betreffend Grundstücksgeschäfte. Die Kantone Aargau, Basel-Landschaft und Obwalden wie auch die Preisüberwachung befürworten die Ausdehnung der Freizügigkeit auf öffentliche Urkunden im Bereich der Grundstücksgeschäfte. Alle übrigen Kantone lehnen die Anerkennung von ausserkantonal erstellten Urkunden durch das Grundbuchamt ab.

23. Als Hauptargument gegen die Freizügigkeit von öffentlichen Urkunden betreffend Grundstücksgeschäfte wird wiederum vorgebracht, dass ausserkantonale Notare keine Kenntnisse über das kantonale Recht und die lokalen Gegebenheiten haben (vgl. vorn, Rz 20 f.). Dies führe zu einer Abnahme der Qualität der Urkunden und zu einem Mehraufwand für die Grundbuchämter und gefährde die Rechtssicherheit im Liegenschaftsverkehr. Problematisch sei in diesem Zusammenhang insbesondere auch die notarielle Beurkundungspflicht sowie die Beratungs- und Belehrungspflicht. Aufgrund der fehlenden Rechts- und Sachkenntnisse könne der ausserkantonale Notar seine Beratungs- und Belehrungspflichten nicht wahrnehmen, was wiederum zu einem erhöhten Haftungsrisiko führe.

24. In der Tat hätten die Kantone im Falle der Freizügigkeit von öffentlichen Urkunden betreffend Grundstücksgeschäfte im Unterschied zur Freizügigkeit von Notaren keine direkte Einflussmöglichkeit mehr auf die Ausbildung und Qualifikation der Urkundsperson. Die Einführung der Freizügigkeit der öffentlichen Urkunden setzt voraus, dass Notare in Eigenverantwortung entscheiden, ob sie eine Beurkundung eines ausserkantonalen Grundstücksgeschäfts vornehmen können oder nicht. Notare dürften daher mit Bezug auf die öffentliche Beurkundung von Geschäften über Grundstücke ausserhalb ihres Sitzkantons keiner Beurkundungspflicht unterstellt sein. Die Situation ist grundsätzlich vergleichbar mit der Situation der Anwälte, die bereits vor Inkrafttreten des Bundeszivil- und Bundesstrafprozessrechts selber darüber entscheiden durften, ob sie einen Prozess vor einem ausserkantonalen Gericht führen können oder nicht. Auch den Notaren darf das Vertrauen entgegengebracht werden, dass sie nur Grundstücksgeschäfte in denjenigen Kantonen öffentlich beurkunden, in denen sie über die nötigen, fachlichen Kenntnisse verfügen. Die Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde würde nicht zu einer Gefährdung der Rechtssicherheit im Liegenschaftsverkehr führen, da in jedem Fall die kantonalen Grundbuchämter die Richtigkeit der Urkunde prüfen. Im Übrigen lassen sich auch ortsansässige Notare die Steuerfolgen bei komplizierten Transaktionen von der Steuerverwaltung mit einem Steuerruling bestätigen; diese Möglichkeit haben auch ausserkantonale Notare.

25. Mit der Einführung der Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde hätten die Vertragsparteien eines Grundstücksgeschäfts eine wesentlich grössere Freiheit bezüglich der Wahl einer Urkundsperson. Diese Wahlfreiheit führt auch zu mehr Eigenverantwortung; es obliege an den Vertragsparteien unter Berücksichtigung von Aspekten wie Qualität, Leistungsumfang und Preis zu entscheiden, ob sie eine lokale, kantonale oder ausserkantonale Urkundsperson beauftragen. Allfällige notwendige Informationen betreffend die rechtlichen und sachlichen Gegebenheiten im Zusammenhang mit einem Grundstücksgeschäft könnten die Parteien auch von anderen Stellen beziehen, wie beispielsweise von Anwälten, Immobilienmaklern, Banken, Architekten, Ingenieuren, Verbänden oder Gemeindeverwaltungen.

26. Schliesslich ist auch zu bedenken, dass gemessen an allen Grundstücksgeschäften nur ein sehr kleiner Anteil aufgrund lokaler Gegebenheiten (Eigenheiten des Grundstücks bezüglich Errichtung von Dienstbarkeiten, Lawinen- und Rutschzonen, Altlasten, Hochwasserrisiken, geologische Besonderheiten) problematisch ist und selbst in diesen Fällen die notarielle Beratungspflicht des kantonalen Notars keine Gewähr für eine optimale Transparenz bietet. Die Pflicht zur Berücksichtigung des lokalen Notariats birgt auch Risiken. Es ist nicht auszuschliessen, dass gerade in ländlichen Gebieten ein mit der ansässigen Bevölkerung verwurzeltes Notariat eine Parteilichkeit zugunsten der einheimischen Veräuferpartei aufweisen könnte.⁹ Im Übrigen ist das Argument betreffend die Notwendigkeit der Kenntnisse lokaler Gegebenheiten insofern inkonsistent, als beispielsweise ein Notar mit Sitz in Interlaken ein Grundstücksgeschäft in Langenthal beurkunden darf, obschon er aber die Gegebenheiten in Langenthal möglicherweise weniger gut kennt als ein Notar im angrenzenden Nachbargebiet der Kantone Aargau und Solothurn.

27. Ferner ändert die Freizügigkeit der Urkunde auch nichts an den aufsichtsrechtlichen Verhältnissen. Die Notare bleiben weiterhin der Aufsicht ihres Zulassungskantons unterstellt. Begeht ein Notare im Zusammenhang mit der Errichtung einer Urkunde betreffend eines ausserkantonal gelegenen Grundstücks ein aufsichtsrechtlich relevantes Fehlverhalten, haben die Vertragsparteien wie das ausserkantonale Grundbuchamt die Möglichkeit, die Aufsichtsbehörde im Zulassungskanton des Notars darüber zu informieren.

28. Schliesslich wird seitens der Kantone vorgebracht, dass die Freizügigkeit der Urkunde zu einem unerwünschten Wettbewerb zwischen den verschiedenen kantonalen Notariatsformen führen würde. Dies sei insbesondere auch deshalb nicht gerechtfertigt, weil im freien Notariat anders als im Amtsnotariat eine Beratungsleistung mitenthalten sei. Ein durch die Freizügigkeit der Urkunde bedingter Wettbewerb zwischen den kantonalen Notariatsformen besteht bereits heute in allen Bereichen mit Ausnahme der Grundbuchgeschäfte. Aus den Stellungnahmen geht nicht hervor, dass die Freizügigkeit der Urkunden beispielsweise im Bereich des Familien- oder Gesellschaftsrechts und der damit verbundene Wettbewerb zwischen Notariatsformen zu Problemen geführt hätten. Der durch die Freizügigkeit der Grundbuchurkunden bedingte Wettbewerb würde daher nicht die verschiedenen kantonalen Organisationsformen des Notariats in Frage stellen, sondern einen Qualitäts- und Preiswettbewerb auslösen.

D Rechtliche Analyse

29. Das Binnenmarktgesetz gilt gemäss Art. 1 Abs. 3 BGBM für jede nicht hoheitliche, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit. Gleichzeitig garantiert das Binnenmarktgesetz gemäss Art. 6 Abs. 1 und 4 Abs. 3^{bis} BGBM, dass jede Person mit Sitz in der Schweiz im interkantonalen Verhältnis über die gleichen Marktzugangsrechte verfügt, wie der Bund in völkerrechtlichen Vereinbarungen ausländischen Personen gewährt. Im vorliegenden Fall ist daher in einem ersten Schritt zu prüfen, welche Marktzugangsrechte der Bund mit dem Freizügigkeitsab-

⁹ CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, 226.

kommen an Notare aus der EU gewährt (nachfolgend, D.1). Gestützt auf die Ergebnisse aus dieser Prüfung ist in einem zweiten Schritt zu analysieren, über welche Marktzugangsrechte Notare mit Sitz in der Schweiz im interkantonalen Verhältnis verfügen (nachfolgend, D.2).

D.1 Bilaterale Anerkennung von Berufsqualifikationen der Notare gemäss Freizügigkeitsabkommen

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

31. Diese Freizügigkeitsrechte gelten 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 hoheitlicher Befugnisse umfasst und der Wahrung der allgemeinen Interessen des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften dient.“
- *Ausübung hoheitlicher Befugnisse* (Bereichsausnahme zur Freizügigkeit für Selbstständige, 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.“

32. 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.

33. Vor diesem Hintergrund ist vorab zu klären, ob sich Notare auch auf die Marktzugangsrechte gemäss Freizügigkeitsabkommen berufen können oder ob die notarielle Tätigkeit als hoheitlich gilt und deshalb von der bilateralen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit ausgenommen ist (Anhang I FZA, Art. 16 und 22 Abs. 1).

D.1.1 Unterstellung der Notare durch innerstaatliche Umsetzung von Anhang III FZA

34. In diesem Zusammenhang ist von zentraler Bedeutung, dass der Schweizer Gesetz- und Verordnungsgeber mit der innerstaatlichen Umsetzung der Regeln über die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen (Anhang III FZA) das Freizügigkeitsabkommen für Notare als anwendbar erklärt hat.

35. Anhang III zum Freizügigkeitsabkommen sieht vor, dass sich die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU nach der Richtlinie 2005/36/EG richtet (Berufsqualifikationsrichtlinie). Im September 2011 hat der Gemischte Ausschuss zum Freizügigkeitsabkommen beschlossen, dass die Berufsqualifikationsrichtlinie mit Ausnahme des Titels II per 1. November 2011 zur Anwendung kommt.

36. Der bis anhin nicht anwendbare Titel II der Berufsqualifikationsrichtlinie regelt die Anerkennung von Berufsqualifikationen im Bereich des freien Dienstleistungsverkehrs zwischen der Schweiz und der EU von bis zu 90 Tagen pro Jahr. Die Schweiz hat im Rahmen von Titel II der Richtlinie die Möglichkeit, ein Melde- und Nachprüfungsverfahren einzuführen. Demnach können Dienstleistungserbringer aus der EU im Bereich der reglementierten Berufe verpflichtet werden, vor Aufnahme ihrer Tätigkeit in der Schweiz eine Meldung einzureichen. Entspricht die Qualifikation der Anbieterin aus der EU nicht den Schweizer Anforderungen und tangiert die Tätigkeit die öffentliche Gesundheit oder Sicherheit, so kann die Schweiz verlangen, dass die Anbieterin aus der EU eine Eignungsprüfung absolviert (Art. 7 Abs. 4 RL 2005/36).

37. Die Schweiz hat Titel II der Berufsqualifikationsrichtlinie innerstaatlich umgesetzt. Zu diesem Zweck erliess das Parlament am 14. Dezember 2012 das neue Bundesgesetz über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringern und -erbringern in reglementierten Berufen verabschiedet (BGMD; SR 935.01). Dieses Gesetz ist am 1. September 2013 in Kraft getreten.

38. Gemäss Art. 2 BGMD müssen Dienstleistungserbringerinnen dem SBFI vor Aufnahme ihrer beruflichen Tätigkeit in der Schweiz Meldung erstatten. Bei reglementierten Berufen mit Auswirkung auf die öffentliche Gesundheit oder Sicherheit, leitet das SBFI die Meldung an die für die Anerkennung der Berufsqualifikation zuständige Stelle des Bundes oder der Kantone weiter.

39. Die Verordnung über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen (VMD; SR 935.011) hält in Anhang I fest, welche reglementierten Berufe eine Auswirkung auf die öffentliche Gesundheit oder Sicherheit haben und entsprechend unter die Meldepflicht fallen. Unter Titel 11 „Bereich der juristischen Berufe“ von Anhang I VMD sind unter anderem die Notare aufgeführt. Der Verordnungsgeber geht somit explizit davon aus, dass Notare anders als etwa Richter, Polizisten oder Jagdaufseher nicht als hoheitlich tätige Organe im Sinne von Art. 22 Abs. 1 Anhang I FZA handeln.¹⁰ Vielmehr handelt es sich um einen reglementierten Beruf mit Auswirkung auf die öffentliche Sicherheit, der in den Anwendungsbereich der Berufsqualifikationsrichtlinie 2005/36/EG und folglich generell in den sachlichen Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens fällt.

40. Konkret bedeutet dies, dass ein Notar aus einem Mitgliedstaat der EU beim SBFI ein Gesuch um Anerkennung seiner Berufsqualifikation für einen bestimmten Kanton stellen kann. Das SBFI leitet das Gesuch und die dazugehörigen Unterlagen an die für die Anerkennung zuständige kantonale Stelle weiter (Art. 3 Abs. 1 BGMD, Art. 8 VMD). Diese führt das Verfahren zur Nachprüfung der Berufsqualifikationen durch (Art. 3 Abs. 3 BGMD, Art. 10 VDM). Bestehen zwischen den Qualifikationen des EU-Notares und den kantonalen Anforderungen für Notare wesentliche Unterschiede, gibt die kantonale Stelle dem Gesuchsteller die Möglichkeit nachzuweisen, dass er die fehlenden Kenntnisse und Fähigkeiten erworben hat (Art. 7 Abs. 4, Unterabs. 3 RL 2005/36/EG). Sie kann zu diesem Zweck eine Eignungsprüfung durchführen. Das Zulassungsverfahren muss innerhalb von zwei Monaten abgeschlossen sein (Art. 10-12 VMD). Besteht der Notar aus der EU das kantonale Zulassungsverfahren, so darf er im entsprechenden Kanton seine Dienstleistungen während maximal 90 Tagen pro Jahr erbringen (Art. 17 Anhang I FZA).

¹⁰ Erläuternder Bericht zur Verordnung über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und –erbringern in reglementierten Berufen, S. 6 f. (erhältlich auf www.sbfi.admin.ch > Themen > Anerkennung ausländischer Diplome > Meldeverfahren für Dienstleistungserbringende).

41. Das Freizügigkeitsabkommen garantiert neben dem freien Dienstleistungsverkehr auch die Niederlassungsfreiheit für Selbstständige (Art. 12 ff. Anhang I FZA). Wie dargelegt fällt die notarielle Tätigkeit nicht in die Bereichsausnahme zur Dienstleistungsfreiheit (Art. 22 Abs. 1 Anhang I FZA); folglich fällt die notarielle Tätigkeit auch nicht in die Bereichsausnahme zur Niederlassungsfreiheit (Art. 16 Anhang I FZA). Indem die Notare von der Anerkennung ihrer Berufsqualifikationen zum Zwecke des freien Dienstleistungsverkehrs profitieren (Titel II der Richtlinie 2005/36/EG i.V.m. FZA Anhang III), muss folglich das Gleiche auch für die Niederlassungsfreiheit gelten. Das Anerkennungsverfahren zum Zwecke der Niederlassung richtet sich nicht nach Titel II, sondern nach dem strengeren „allgemeinen System“ gemäss Titel III der Richtlinie 2005/36/EG i.V.m. FZA Anhang III.

42. Die Richtlinie 2005/36/EG unterscheidet in Art. 11 je nach Dauer und Niveau der Ausbildung zwischen fünf unterschiedlichen Qualifikationsniveaus a (niedrigste Stufe) bis e (höchste Stufe). Die zuständige Stelle in der Schweiz prüft, welches Niveau von a bis e gemäss ihren eigenen Vorschriften für die Aufnahme der Tätigkeit erforderlich ist, und welchem Niveau die Qualifikation des Anbieters aus der EU entspricht. Gemäss Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie wird die Anerkennung der Qualifikation gewährt, wenn die Qualifikation des Anbieters aus der EU dem erforderlichen Niveau des Zielkantons entspricht oder unmittelbar unter dem geforderten Niveau liegt.

43. Sind die Anerkennungsvoraussetzungen erfüllt, kann die kantonale Stelle unter den Voraussetzungen von Art. 14 Abs. 1 bis 5 der Richtlinie 2005/36/EG gegebenenfalls Ausgleichsmassnahmen ergreifen und verlangen, dass der Anbieter aus der EU einen Eignungstest oder einen Anpassungslehrgang absolviert. Dieses „allgemeine System“ der Anerkennung von Berufsqualifikationen findet auch Anwendung auf den Notarsberuf.

44. Die Anerkennung von Berufsqualifikationen im Rahmen der Dienstleistungs- und der Niederlassungsfreiheit hat keine Geltung mit Bezug auf Tätigkeiten, die im Zielkanton ausschliesslich Staatsangestellten vorbehalten sind. Für das Notariatswesen bedeutet dies, dass Kantone mit einem Amtsnotariat kein Anerkennungsverfahren für auswärtige Notare vorsehen müssen. Das Gleiche gilt auch für Kantone mit einem gemischten Notariat mit Bezug auf diejenigen notariellen Tätigkeiten, die ausschliesslich dem Staat bzw. staatlich angestellten Urkundspersonen vorbehalten sind.

D.1.2 Unterstellung der Notare durch europakompatible Auslegung des FZA

45. Nachdem der Gesetz- und Verordnungsgeber das Freizügigkeitsabkommen für die notarielle Tätigkeit mit dem Erlass des BGMD und der VMD als anwendbar erklärt hat, erübrigt sich grundsätzlich eine weitere Prüfung und Auslegung der Bereichsausnahmen gemäss Anhang I FZA, Art. 16 und 22 Abs. 1. Der Vollständigkeit halber wird an dieser Stelle ausgeführt, dass auch unabhängig vom gesetzgeberischen Akt die Auslegung des Freizügigkeitsabkommen den Schluss zulässt, wonach die erwähnten Bereichsausnahmen für die notarielle Tätigkeiten nicht gelten.

46. 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.

47. Das Bundesgericht berücksichtigt bei der Anwendung des Freizügigkeitsabkommens konsequent die einschlägige Praxis des EuGH vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des

Abkommens.¹¹ Auch die nach Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens ergangene Rechtsprechung des EuGH berücksichtigt das Bundesgericht, wenn sie blos die bisherige Rechtsprechung weiterführt und bestätigt oder präzisiert.¹² 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.¹³

48. 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 dienten Art. 45 Abs. 4 AEUV (Bereichsausnahme zur Arbeitnehmerfreizügigkeit) sowie Art. 51 AEUV (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.

49. Der EuGH wendet die Bereichsausnahme der „mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbundenen Tätigkeiten“ im Sinne von Art. 51 AEUV eng an.¹⁴ Von Ausübung öffentlicher Gewalt ist grundsätzlich nur auszugehen, wenn die Tätigkeit „eine hinreichend qualifizierte Ausübung von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien oder Zwangsbefugnissen“ beinhaltet.¹⁵ Zudem muss die Tätigkeit „unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden“ sein;¹⁶ entsprechend ist die Ausübung öffentlicher Gewalt zu verneinen, wenn eine Tätigkeit lediglich dazu dient, die Ausübung öffentlicher Gewalt eines anderen Organs

¹¹ 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 BVGer 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.

¹² BGE 133 V 329 E. 7; 133 V 265 E. 4.1.

¹³ BGE 136 II 5 E. 3.4; 136 II 65 E. 3.1; MATTHIAS OESCH, Niederlassungsfreiheit und Ausübung öffentlicher Gewalt im EU-Recht und im Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, SIER/RSDIE 2011, 583 ff., 606 f.; CARL BAUDENBACHER, Wie sollen Konflikte im Verhältnis Schweiz-EU gelöst werden?, in: Rolf Sethe et al. (Hrsg.), Kommunikation. Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, 2011, 821 ff., 829; THOMAS COTTIER/ERIK EVTOMOV, Probleme des Rechtsschutzes bei der Anwendung der sektorellen Abkommen mit der EG, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Die sektorellen Abkommen Schweiz-EG, Bern 2002, 179 ff., 200; EPINEY (Fn 11), 23–31; ASTRID EPINEY, Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Personenfreizügigkeitsabkommen, SJZ 105/2009, 25 ff., 26 f.

¹⁴ MARTIN SCHLAG, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2009, Art. 45 EGV Rz 5; OESCH (Fn 13), 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.

¹⁵ Urteil des EuGH vom 29.04.2010 C-160/08, *Kommission/Deutschland*, Slg. 2010 I-3713, Rz 79 ff. (keine Ausübung öffentlicher Gewalt durch Rettungsdienste mit Blaulicht und Einsatzhorn); Urteil des EuGH vom 29.10.1998 C-114/97, *Kommission/Spanien*, Slg. 1998 I-6717, Rz 37 (Zwangsbefugnisse verneint im Falle von privaten Sicherheitsunternehmen).

¹⁶ Urteil des EuGH vom 22.10.2009 C-438/08, *Kommission/Portugal*, Slg. 2009 Seite I-10219, Rz 36 (technische Überwachung von Fahrzeugen).

vorzubereiten oder zu unterstützen.¹⁷ Für die Ausübung öffentlicher Gewalt ist schliesslich auch untypisch, wenn die Tätigkeit unter Wettbewerbsbedingungen ausgeübt wird oder wenn ein Fehlverhalten keine Staatshaftung begründet.¹⁸

50. Gestützt auf diese langjährige Praxis hat der EuGH mit einem vielbeachteten Urteil vom 24. Mai 2011 verkündet, dass es sich bei der öffentlichen Beurkundung nicht um eine Tätigkeit handle, die im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AEUV (ehem. Art. 45 Abs. 1 EGV) mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sei.¹⁹ Der EuGH begründete diesen Entscheid 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 beurkundenden 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).

51. Gestützt auf diese Erwägungen kommt der EuGH zum Schluss, dass die notarielle Tätigkeit nach ihrer Definition in den Rechtsordnungen von Deutschland, Österreich, Frank-

¹⁷ Urteil des EuGH vom 13.07.1993 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); Urteil des EuGH vom 21.06.1974 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).

¹⁸ Urteil des EuGH vom 24.05.2011 C-54/08, *Kommission/Deutschland*, Slg. 2011 I-4355, 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).

¹⁹ Urteil des EuGH vom 24.05.2011 C-54/08, *Kommission/Deutschland*, Slg. 2011 I-4355, Rz 110 f.

reich, Luxemburg, Belgien, Griechenland und Portugal nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist.²⁰

52. Obschon diese Urteile nach Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens ergangen sind, sind sie gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 16 Abs. 2 FZA für die Auslegung der Bereichsausnahmen des Freizügigkeitsabkommens relevant. 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 47 und Verweise in Fn 12 f.). Diese Voraussetzung scheint vorliegend erfüllt zu sein. 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 Abs. 1 AEUV (vgl. Rz 84-87). 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.

53. Unter Berücksichtigung der vom Bundesgericht entwickelten Grundsätze zu Art. 16 Abs. 2 FZA bezüglich die Übernahme von Urteilen des EuGH, die nach Unterzeichnung des Abkommens ergangen sind, gelangt die WEKO zum Schluss, dass die Praxis des EuGH gemäss den Urteilen vom 24. Mai 2011 auch für die Auslegung der Bereichsausnahmen im Freizügigkeitsabkommen heranzuziehen ist. Gestützt auf diese Erwägungen ist die WEKO der Auffassung, dass die Tätigkeit der öffentlichen Beurkundung – auch unabhängig vom BGMD und der VMD – nicht unter die Bereichsausnahmen gemäss Art. 10, 16 und 22 Abs. 1 Anhang I FZA fällt und das Freizügigkeitsabkommen Anwendung findet. Zu diesem Schluss gelangt auch die Lehre²¹ und das Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation SBFI (vormals BBT).²²

D.2 Interkantonale Anerkennung von Berufsqualifikationen der Notare

D.2.1 Anerkennung gemäss Freizügigkeitsabkommen (Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM)

54. Gemäss Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM erfolgt die interkantonale Anerkennung von Berufsqualifikationen, die unter das Freizügigkeitsabkommen fallen, nach den Regeln dieses Abkommens. Diese Bestimmung konkretisiert den allgemeinen Grundsatz von Art. 6 Abs. 1 BGBM, wonach jede Person mit Sitz in der Schweiz über die gleichen Marktzugangsrechte verfügt, die der Bund in völkerrechtlichen Vereinbarungen ausländischen Personen gewährt.

55. Damit diese Bestimmung überhaupt ihre Wirkung entfalten kann, ist vorausgesetzt, dass alle dem Freizügigkeitsabkommen und anderen völkerrechtlichen Vereinbarungen unterstellten Berufe auch vom Binnenmarktgesezt erfasst werden. Eine historische Betrachtung über die Entwicklung der Bestimmung über den sachlichen Geltungsbereich des Binnenmarkgesetzes (Art. 1 Abs. 3 BGBM) zeigt denn auch, dass es dem Gesetzgeber anlässlich der letz-

²⁰ 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.

²¹ OESCH (Fn 13), 621; VÉRONIQUE BOILLET, Le notariat suisse en passe de s'europeaniser?, 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; a.M. UNIL Centre de droit notarial, Prise de position sur le document appuyant la consultation des cantons touchant à une libre circulation des notaires (www.notalex-online.ch), Rz 14.

²² Notiz BBT zuhanden der Kantone vom Juli 2011, Diplomanerkennung zwischen der Schweiz und der EU, Zugang von Staatsangehörigen der EU zum Notarberuf.

ten Revision dieser Bestimmung ein Anliegen war, den Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes auf den Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens abzustimmen:

56. In seiner ursprünglichen Fassung von 1995 galt das Binnenmarktgesetz für „jede auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, die den Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit geniesst.“²³ 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 sollte.²⁴ Dies war notwendig, weil die Handels- und Gewerbefreiheit aufgrund der föderalistisch-freundlichen 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.

57. Im Jahr 2005 wurde das Binnenmarktgesetz einer weitgehenden 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.²⁵ Mit der Teilrevision von 2005 sollte somit primär die Wirksamkeit des Binnenmarktgesetzes erhöht werden.

58. 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.“²⁶

59. 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.“²⁷ Diese Fassung von Art. 1 Abs. 3 BGBM geht auf einen Vorschlag des Ständerats zurück, der sich gegenüber dem bundesrätlichen Vorschlag durchsetzte.²⁸ Der Gesetzgeber verzichtete somit in Abweichung zum bundesrätlichen Vorschlag auf die Anknüpfung an den Schutzbereich der Wirtschafts-

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

²⁴ Botschaft BGBM (Fn 23), 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.

²⁵ Bericht GPK-N vom 27.06.2000 über die Auswirkungen des Binnenmarktgesetzes auf den freien Personen- und Dienstleistungsverkehr in der Schweiz, BBI 2000 6027 ff.

²⁶ Botschaft revBGBM (Fn 8), 505.

²⁷ 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.

²⁸ Zur Entstehung von Art. 1 Abs. 3 auch ZWALD (Fn 24), Rz 27-30 und Fn 30; DANIEL KETTIGER, Die amtliche Vermessung im Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes, recht 2010, 30 ff.

freiheit und führte gleichzeitig den Begriff der hoheitlichen Tätigkeit ein, ohne diesen aber näher zu definieren.

60. 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.²⁹ Entsprechend profitieren beispielsweise auch Lehrpersonen an öffentlichen Schulen von den Binnenfreiheiten.³⁰

61. Andererseits sollte mit der Einführung des Begriffs der hoheitlichen Tätigkeit eine Angleichung an den Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens erfolgen.³¹ Diese Anknüpfung an den Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens dient der Verhinderung der Inländerdiskriminierung. Damit die materiellen Bestimmungen des Binnenmarktgesetzes zur Verhinderung der Inländerdiskriminierung gemäss Art. 6 Abs. 1 und 4 Abs. 3^{bis} BGBM (vgl. vorn, Rz 55) 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.

62. 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.³²

63. Wie vorstehend ausgeführt, fallen Notare und deren Berufsqualifikationen in den Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens. Folglich verfügen Notare mit Sitz in der Schweiz im interkantonalen Verhältnis mindestens über die gleichen Marktzugangsrechte wie die Notare im Verhältnis zwischen der EU und der Schweiz.

64. Das Freizügigkeitsabkommen sieht im Verhältnis Schweiz-EU grundsätzlich zwei Anerkennungsregime vor. Im Vordergrund stehen die Anerkennungsregeln gemäss Art. 9 und Anhang III FZA, wonach die sekundärrechtlichen Anerkennungsregeln der EU gemäss Richtlinie 2005/36/EG im Verhältnis Schweiz-EU als direkt anwendbar erklärt werden. 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 heranzuziehen.³³

²⁹ Botschaft revBGBM (Fn 8), 484.

³⁰ BGE 136 II 470, 476 E. 3.2.

³¹ Botschaft revBGBM (Fn 8), 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 27), 382 f.; DIEBOLD (Fn 27), 1166; ZWALD (Fn 24), Rz 27.

³² DIEBOLD (Fn 27), 1166 f.

³³ 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; so auch BGE 133 V 33 E. 9.4; WEKO-Gutachten vom 16. Juli 2012 betreffend Interkantonaler Marktzugang einer Assistenzzahnärztin aus dem Kanton Appenzell A. Rh., RPW 2012/3 708 ff., Rz 46; NINA GAMMENTHALER, Diplomanerkennung und Freizügigkeit, Diss., Zürich 2010, 338, 364.

D.2.1.1 Sekundärrechtliche Anerkennung gemäss Art. 9 und Anhang III FZA i.V.m. Richtlinie 2005/36/EG

65. Wie vorstehend ausgeführt, hat die Schweiz mit dem Erlass des BGBD und der VMD Anhang III FZA innerstaatlich umgesetzt und so festgehalten, dass Notare Anspruch auf Anerkennung ihrer Berufsqualifikationen zum Zwecke des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit nach Massgabe von Titel II und III der Berufsqualifikationsrichtlinie 2005/36/EG haben (vorn, Rz 39-41).

66. Mit Bezug auf das Binnenverhältnis und Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM bedeutet dies konkret, dass ein Notar mit Sitz in einem Kanton seine Tätigkeit im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs auch in einem anderen Kanton ausüben darf (maximal 90 Tage pro Jahr) und dabei mindestens über die Anerkennungs- und Marktzugangsrechte gemäss Titel II der Berufsqualifikationsrichtlinie 2005/36/EG sowie den Umsetzungserlassen BGMD und VMD verfügt.

67. Im Rahmen der Niederlassungsfreiheit kann sich ein Notar mit Sitz in einem Kanton in einem anderen Kanton niederlassen und zu diesem Zweck die Marktzugangs- und Anerkennungsrechte gemäss dem „allgemeinen System“ im Sinne von Titel III der Berufsqualifikationsrichtlinie 2005/36/EG geltend machen.

68. Die Kantone mit Amtsnotariat bleiben von der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit freiberuflicher Notare insofern unberührt, als Letztere gestützt auf diese Freiheiten nicht das Recht erhalten, in Kantonen mit ausschliesslichem Amtsnotariat eine freiberufliche Notariatspraxis zu eröffnen. Das Gleiche gilt auch für Kantone mit einem gemischten Notariat mit Bezug auf diejenigen notariellen Tätigkeiten, die ausschliesslich dem Staat vorbehalten sind. Umgekehrt ist auch nicht zu erwarten, dass Amtsnotariate in Kantonen mit freiberuflichem Notariat tätig werden und etwa eine Niederlassung begründen würden.

D.2.1.2 Primärrechtliche Anerkennung gemäss Art. 2 und Anhang I FZA

69. Ferner ist zu erwähnen, dass die Anerkennung von Berufsqualifikationen gemäss konstanter Rechtsprechung des EuGH auch aufgrund der primärrechtlichen Grundfreiheiten gemäss dem Vertrag über die Arbeitsweise der EU (AEUV)³⁴ gewährleistet ist. Ein Unionsbürger hat primärrechtlich Anspruch darauf, dass die Behörde des Aufnahmestaates auf sein Gesuch um 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 vergleichen.³⁵ Diese Praxis des EuGH gilt für alle Konstellationen, die nicht in den Geltungsbereich der sekundärrechtlichen Anerkennungsregeln wie die Richtlinie 2005/36/EG fallen.³⁶ Dabei ist zu beachten, dass diese Rechtsprechung nur einen den Grundfreiheiten des AEUV innewohnenden Grundsatz zum Ausdruck bringt und dass diesem Grundsatz nicht dadurch ein Teil seiner rechtlichen Bedeutung genommen wird, dass Richtlinien für die gegenseitige Anerkennung von Diplomen erlassen werden.³⁷

70. Sollte folglich entgegen der aktuell geltenden Regelung gemäss BGBD und VMD die derzeit in der EU laufende Revision der Richtlinie 2005/36/EG zum Resultat führen, dass Notare explizit vom Geltungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen werden sollten, so unter-

³⁴ Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13. Dezember 2007 (Vertrag von Lissabon), ABI. C 83 vom 30.3.2010 S. 47.

³⁵ Urteil des EuGH vom 14.9.2008, C-238/98, *Hocsman*, Slg. 2000 I-6623 Rz 23 f., 34, 37-40.

³⁶ Urteil des EuGH vom 7.5.1991, C-340/89, *Vlassopoulou*, Slg. 1991 I-2357, Rz 16; Urteil des EuGH vom 10.12.2009, C-345/08 *Pešla*, Slg. 2009 I-11677, Rz 23-24, 34-41.

³⁷ Urteil des EuGH vom 22.01.2002 C-31/00, *Dreessen*, Slg. 2002 I-663, Rz 24 f.

stünden Notare innerhalb der EU immerhin noch den primärrechtlichen Grundfreiheiten gemäss AEUV und damit auch den primärrechtlichen Anerkennungsregeln. Die Anerkennung von Berufsqualifikationen würde sich für Notare diesfalls nicht nach der Richtlinie 2005/36/EG, sondern nach den geschilderten Anerkennungsregeln des Primärrechts richten. Diese primärrechtlichen Anerkennungsregeln der EU kommen gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen auch im Verhältnis Schweiz-EU zum tragen (vorn, Rz 64) und gelten aufgrund von Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM auch im Innenverhältnis zwischen den Kantonen.

D.2.2 Anerkennung gemäss Binnenmarktrecht (Art. 4 Abs. 1 und 3 BGBM)

71. Nachdem sich Notare mit Sitz in der Schweiz zur Verhinderung der Inländerdiskriminierung wie dargestellt auf Art. 4 Abs. 3^{bis} und Art. 6 Abs. 1 BGBM berufen können, und mithin das Binnenmarktgesetz auf die notarielle Tätigkeit generell Anwendung finden muss (Art. 1 Abs. 3 BGBM), steht den Notaren mit Sitz in der Schweiz im interkantonalen Verhältnis grundsätzlich auch das binnenmarktrechtliche Anerkennungsregime gemäss Art. 4 Abs. 1 und 3 BGBM offen.

72. 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.“³⁸ Darunter fallen insbesondere auch Berufsausübungsbewilligungen.³⁹ Als Fähigkeitsausweise gelten nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu Art. 4 BGBM – soweit diese vor Inkrafttreten des Anwaltsge setzes (BGFA; SR 935.61) ergangen ist – kantonale Bewilligungen zur Berufsausübung als Rechtsanwalt.⁴⁰ Entsprechend gelten auch kantonale Bewilligungen zur Berufsausübung als Notar bzw. zur öffentlichen Beurkundung als Fähigkeitsausweis im Sinne von Art. 4 Abs. 1 BGBM.

73. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts umfasst die gegenseitige Anerkennung von Fähigkeitsausweisen die Nachweise über die fachliche und die persönliche Befähigung eines Anbieters.⁴¹ Mit anderen Worten muss die Behörde des Bestimmungsorts gestützt auf den ausserkantonalen Fähigkeitsausweis die fachlichen und persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen als erfüllt betrachten und grundsätzlich eine entsprechende Bewilligung ausstellen. Eine Bewilligung kann nur verweigert werden, wenn der ortsfremde Anbieter allfällige weitere Bewilligungsvoraussetzungen nicht erfüllt, oder wenn die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 und 2 BGBM gegeben sind.

74. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass 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.

³⁸ BGE 125 II 315 E. 2b/bb; 136 II 470 E. 3.2

³⁹ 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 Assistenzzahnärztin 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.

⁴⁰ BGE 125 II 406 E. 2b; 125 I 276 E. 5b; Urteil BGer 2P.180/2000 vom 22. Februar 2001 E. 3b.

⁴¹ Das Bundesgericht hat wiederholt bestätigt, dass die Behörde des Bestimmungsortes nur in Ausnahmesituationen befugt ist, die positive Beurteilung des Herkunftsports 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.

75. Gestützt auf diese Erwägungen gelangt die WEKO zum Schluss, dass die kantonalen Berufsausübungsbewilligungen für Notare grundsätzlich schweizweit anzuerkennen sind. Allfällige Einschränkungen des Marktzugangs für ausserkantonale Notare sind in Form von Auflagen oder Bedingungen zulässig, sofern die Gleichwertigkeitsvermutung gemäss Art. 2 Abs. 5 BGBM widerlegt werden kann und die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 und 2 BGBM erfüllt sind. Dafür muss die zuständige Behörde in einem ersten Schritt prüfen, ob die generell-abstrakten Zulassungsregeln für Notare und die darauf beruhende Praxis des Herkunftslands einen gleichwertigen Schutz der in Frage stehenden öffentlichen Interessen erreichen, wie die Vorschriften des Bestimmungsorts. Diesbezüglich gilt die Gleichwertigkeitsvermutung gemäss Art. 2 Abs. 5 BGBM. Ist die Gleichwertigkeitsvermutung in einem konkreten Fall nicht widerlegt, ist dem ausserkantonalen Notar ohne weiteres Marktzugang zu gewähren.⁴²

76. Eine Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung ist dann zu bejahen, wenn die Ausbildungserfordernisse im Herkunftsland bedeutend tiefer sind als im eigenen Kanton. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein Hochschulstudium nur im Bestimmungs- und nicht im Herkunftsland vorausgesetzt wird. Wird die Gleichwertigkeitsvermutung in einem konkreten Fall widerlegt, ist der ortsfremden Person der Nachweis zu ermöglichen, dass sie die erforderlichen Kenntnisse im Rahmen ihrer praktischen Tätigkeit erworben hat (Art. 4 Abs. 3 BGBM). Gelingt dieser Nachweis nicht, kann 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 Marktzutrittschranken zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen (Art. 3 Abs. 3 BGBM) und Marktzugangsverweigerungen (Art. 3 Abs. 1 BGBM).

77. Die zuständige Behörde des Bestimmungskantons muss folglich unter Berücksichtigung dieser Regeln prüfen, ob die ausserkantonale Bewilligung zur Ausübung des Berufs als Notar frei von Auflagen oder allenfalls mit Auflagen anzuerkennen ist.⁴³

78. In der Praxis und Umsetzung unterscheidet sich das binnenmarktrechtliche Anerkennungssystem kaum vom Anerkennungssystem gemäss Berufsqualifikationsrichtlinie 2005/36/EG. Wie nach dem europarechtlichen Anerkennungsverfahren muss die zuständige Stelle auch im binnenmarktrechtlichen Verfahren in einem ersten Schritt prüfen, ob die Qualifikationen des Gesuchstellers den eigenen kantonalen Anforderungen entsprechen (Art. 4 Abs. 3 und Art. 2 Abs. 5 BGBM). Besteht keine Gleichwertigkeit und kann der Gesuchsteller nicht nachweisen, dass er die erforderlichen Kenntnisse durch eine Ausbildung oder eine praktische Tätigkeit erworben hat (Art. 4 Abs. 3 BGBM), darf die zuständige Stelle gemäss Art. 3 Abs. 1 und 2 BGBM Auflagen verfügen. Eine Auflage könnte etwa darin bestehen, dass der ausserkantionale Notar eine angepasste Eignungsprüfung über das kantonale Recht absolvieren muss.

D.2.3 Zusammenfassung zur Anerkennung von Berufsqualifikationen der Notare

79. Bereits heute bestehen in gewissen Kantonen Regeln über die Anerkennung von ausserkantonalen Notariatspatenten, sei es in Form einer verkürzten Praktikumsdauer, sei es in Form der vollumfänglichen Anerkennung bei gleichwertiger Ausbildung und Bestehen einer angepassten Eignungsprüfung. Anerkennungsregeln gelten auch zwischen Kantonen, in denen bestimmte notarielle Tätigkeiten durch kantonal registrierte Anwälte (mit ausserkantonaalem Anwaltschein) ausgeübt werden dürfen. Diese vereinzelt bestehenden Anerkennungsregeln werden jedoch wiederum eingeschränkt durch Gegenrechtsbestimmungen und Wohnsitzerfordernisse (dazu ausführlich vorn, C.1).

⁴² BGE 135 II 12 E. 2.4.

⁴³ Vgl. BGE 136 II 470 E. 5.3.

80. Die gegenwärtige Situation ist wenig befriedigend. Einerseits führt es zu Ungleichbehandlungen, wenn gewisse Kantone Anerkennungsmöglichkeiten vorsehen, gewisse Kantone ein Gegenrecht des Herkunftskantons fordern und gewisse Kantone gar keine Anerkennung gewähren (Art. 8 Abs. 2 BV, Art. 6 Abs. 3 BGBM).⁴⁴ Andererseits lässt sich auch aus Sicht des Verhältnismässigkeitsgebots gemäss Art. 5 Abs. 2 BV kaum begründen, weshalb beispielsweise ein Notar, der über ein Hochschulstudium verfügt, ein mehrjähriges Praktikum und eine Prüfung absolviert hat und mehrere Jahre als selbständiger Notar tätig war, nicht in einem anderen Kanton zugelassen werden kann, ohne wiederum ein mehrjähriges Praktikum und die komplette Prüfung absolvieren zu müssen. Ganz unabhängig von den Entwicklungen im Unionsrecht und im bilateralen Freizügigkeitsrecht ist die WEKO daher der Auffassung, dass die kantonalen Regelungen betreffend die gegenseitige Anerkennung von Notariatspatenten im Binnenverhältnis Schweiz nach einheitlichen und diskriminierungsfreien Kriterien ausgestaltet sein sollten.

81. In binnennmarktrechtlicher Hinsicht lässt sich zusammenfassen, dass die Kantone gestützt auf Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM und Art. 6 Abs. 1 BGBM verpflichtet sind, im interkantonalen Verhältnis zumindest Titel II der Richtlinie 2005/36/EG i.V.m. dem Bundesgesetz über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen (BGMD) und der Verordnung über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen (VMD) auf die Anerkennung von notariellen Berufsqualifikationen im interkantonalen Dienstleistungsverkehr anzuwenden. Ob das SBFI und die Kantone zu diesem Zweck direkt das im BGMD vorgesehene Melde- und Anerkennungsverfahren auch im interkantonalen Verhältnis anwenden oder ob die Kantone eigene Zulassungsverfahren vorsehen, spielt keine Rolle. Eigene kantonale Zulassungsverfahren müssten aber zumindest die gleichen Rechte gewähren wie Titel II der Richtlinie 2005/36/EG.

82. Indem die Notare im bilateralen Verhältnis den Anerkennungsregeln gemäss Titel II der Richtlinie 2005/36/EG (Anerkennung im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit) unterstellt sind, lässt sich schliessen, dass Notare keine hoheitlichen Befugnisse im Sinne von Art. 22 Abs. 1 Anhang I FZA (Bereichsausnahme zur Dienstleistungsfreiheit) ausüben. Entsprechend üben Notare auch keine hoheitliche Befugnisse im Sinne von Art. 16 Anhang I FZA aus (Bereichsausnahme zur Niederlassungsfreiheit), woraus zu schliessen ist, dass Notare im bilateralen Verhältnis Schweiz-EU auch von den Anerkennungsregeln gemäss Titel III der Richtlinie 2005/36/EG (Anerkennung im Rahmen der Niederlassung) profitieren. Entsprechend sind die Kantone gestützt auf Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM verpflichtet, die Anerkennung von Berufsqualifikationen ausserkantonaler Notare, die sich im Bestimmungskanton niederlassen, nach der allgemeinen Regelung für die Anerkennung von Ausbildungsnachweisen gemäss Art. 10-15 der Richtlinie 2005/36/EG zu beurteilen.

83. Als Alternative zu den beiden Anerkennungsverfahren gemäss Art. 4 Abs. 3^{bis} i.V.m. der Richtlinie 2005/36/EG steht es den Kantonen frei, die binnennmarktrechtlichen Anerkennungsregeln gemäss Art. 4 Abs. 1 und 3 i.V.m. Art. 3 BGBM anzuwenden. Die Anwendung der binnennmarktrechtlichen Anerkennungsregeln darf einzig nicht dazu führen, dass die Anerkennung nach strengerem Kriterien beurteilt wird als unter der Richtlinie 2005/36/EG.

⁴⁴ Vgl. MICHAEL PFEIFER, Die Zukunft des Notariats in Basel, BJM 1999, 20 ff., 24 f., der einen Anspruch auf die Gleichbehandlung von Gewerbegenosßen für freie Notare (wenigstens innerhalb eines Kantons) fordert, wenn der Staat z.B. durch die Zulassungsvoraussetzungen die Wettbewerbsneutralität verletzt.

D.3 Interkantonale Anerkennung von öffentlichen Urkunden gemäss Binnenmarktrecht

84. Das Binnenmarktgesetz garantiert den freien Dienstleistungsverkehr nach dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung. 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 Leistungsempfängers. 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.

85. 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

86. 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 Herkunftsamt. 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.

87. Gemäss dem in Art. 2 Abs. 3 BGBM verankerten Herkunftsprinzip verfügen Urkundspersonen über ein Recht, ihre Leistung grundsätzlich schweizweit anzubieten. Folglich stellt die Verweigerung der Anerkennung ausserkantonaler öffentlicher Urkunden eine vom Herkunftsprinzip abweichende Marktzugangsbeschränkung dar. Das gleiche Resultat ergibt sich unter Anwendung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung. Die Nichtanerkennung ausserkantonaler öffentlicher Urkunden stellt eine Marktzugangsbeschränkung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 BGBM dar, die ausserkantonale Urkundspersonen direkt diskriminiert und damit gegen den Grundsatz der Nichtdiskriminierung verstösst.

88. Gestützt auf diese Erwägungen kommt die WEKO zum Schluss, dass die Kantone ausserkantonale öffentliche Urkunden unter Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 BGBM gleich behandeln müssen wie öffentliche Urkunden, die von ortsansässigen Urkundspersonen erstellt worden sind. Entsprechend sind die Handelsregister- und Grundbuchämter wie auch die kantonalen Gerichte und Vollstreckungsbehörden gehalten, öffentliche Urkunden, die von ausserkantonalen Urkundspersonen erstellt worden sind, vollumfänglich anzuerkennen. Die Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde ist heute bereits weitgehend gewährleistet, mit Ausnahme der öffentlichen Urkunden betreffend Grundstücksgeschäfte. Nach Auffassung der WEKO vermag diese Ausnahme den binnenmarktrechtlichen Anforderungen nicht mehr standzuhalten. Dar-

⁴⁵ Botschaft BGBM (Fn 23), 1257.

über hinaus ist zu beachten, dass die Freizügigkeit öffentlicher Urkunden betreffend Grundstücksgeschäfte auch in der Lehre bereits seit geraumer Zeit starke Zustimmung findet.⁴⁶

89. In diesem Zusammenhang ist auch auf den Vorentwurf betreffend die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Öffentliche Beurkundung) und den diesbezüglichen erläuternden Bericht vom Dezember 2012 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 (Art. 55m VE-SchIT ZGB). Der erläuternde Bericht hält diesbezüglich fest, dass grundsätzlich keine öffentlichen Interessen gegen die Freizügigkeit öffentlicher Urkunden im Bereich der Grundstückverträge sprechen (S. 28 ff.).

90. Die WEKO befürwortet die spezialgesetzliche Einführung der Anerkennung öffentlicher Urkunden und die damit verbundene Belebung des interkantonalen Wettbewerbs im Bereich des Grundbuchnotariats. Die spezialgesetzliche Lösung bringt gegenüber der binnenmarktrechtlichen Lösung den Vorteil, dass die Freizügigkeit der Urkunde durch eine konkrete Norm präzise geregelt werden kann und nicht von den abstrakten Marktzugangsgrundsätzen des Binnenmarktgesetzes abgeleitet werden muss. In diesem Sinne spricht sich die WEKO auch unabhängig von den binnenmarktrechtlichen Erwägungen und gestützt auf ihr wettbewerbspolitisches Empfehlungsrecht gemäss Art. 45 Abs. 2 KG für die Einführung der interkantonalen Anerkennung von öffentlichen Urkunden im Bereich der Grundstücksgeschäfte aus.

91. Die volle Anerkennung öffentlicher Urkunden im Bereich der Grundstückverträge führt zu einer gewissen Abschwächung des Rechts der Kantone, die Anerkennung ausserkantonaler Notariatspatente zu verweigern, wenn im Herkunftsland deutlich tiefere Ausbildungserfordernisse gelten. Auch öffentliche Urkunden, die von ausserkantonalen Notaren mit einer tieferen Ausbildung erstellt wurden, müssen anerkannt werden. Aus Sicht der Konsumenten ist dieses Resultat insofern gerechtfertigt, als sich Konsumenten, die eine Urkunde in ihrem Wohnsitzkanton erstellen lassen, gewähr haben, dass alle im Kanton tätigen Notare über die gleiche, in diesem Kanton geforderten Qualifikationen verfügen. Gleichzeitig haben die Konsumenten aber die Möglichkeit, die Urkunde unter Berücksichtigung von Qualifikation, Leistung und Preis von ausserkantonalen Notaren erstellen zu lassen.

E Schlussfolgerungen

92. Der EuGH hat mit seinen Urteilen vom Mai 2011 einen Paradigmenwechsel eingeleitet, indem er die Geltung der europarechtlichen Grundfreiheiten auf die notarielle Tätigkeit ausgedehnt und Staatsbürgerschaftserfordernisse für unzulässig erklärt hat. Damit gelten innerhalb der EU für Notare auch die primärrechtlichen Regeln zur Anerkennung von Berufsqualifikationen. Die Frage der Geltung der sekundärrechtlichen Anerkennungsregeln für Notare ist Gegenstand der laufenden Revision der Richtlinie 2005/36/EG. Diese Entwicklungen bilden den Anstoss für die binnenmarktrechtliche Untersuchung der WEKO betreffend die interkan-

⁴⁶ MOOSER (Fn 3), 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 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 intercantonales 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.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2012/2012-12-14/vn-ber-d.pdf und www.admin.ch.

tonale Freizügigkeit für Notare sowie die interkantonale Anerkennung von öffentlichen Urkunden im Binnenmarkt Schweiz. Unter dem Titel „Freizügigkeit für Notare“ prüfte die WEKO die kantonalen Regelungen betreffend die interkantonale Anerkennung der Berufsqualifikationen von freiberuflichen Notaren und von Amtsnotaren sowie die kantonalen Wohnsitzerfordernisse. Die Prüfung der interkantonalen Anerkennung von öffentlichen Urkunden betrifft vorwiegend die Anerkennung ausserkantonal errichteter Urkunden im Bereich der Grundstücksgeschäfte.

93. Aufgrund der Urteile des EuGH vom Mai 2011 gelangt die WEKO unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und Lehre zu Art. 16 Abs. 2 FZA sowie der per 1. September 2013 in Kraft getretenen Erlasse im Bereich der innerstaatlichen Umsetzung des Freizügigkeitsabkommens (BGMD, VMD) zur Auffassung, dass für die interkantonale Anerkennung von Berufsqualifikationen ein Handlungsbedarf besteht. So wie sich die rechtliche Situation momentan präsentiert, können Notare aus der EU gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen in den Kantonen die Anerkennung ihrer Berufsqualifikationen beantragen und im Rahmen des Anerkennungsverfahrens gegebenenfalls eine Eignungsprüfung durchführen. Damit sind Notare aus der EU mit Bezug auf den Marktzugang in der Schweiz besser gestellt als Schweizer Notare im Binnenverhältnis. Ob sich diese potentiell bestehende Gefahr der Inländerdiskriminierung verwirklicht, wird sich im Verlaufe der nächsten Zeit zeigen.

94. Nach Auffassung der WEKO besteht im Binnenmarkt Schweiz aber selbst dann ein Handlungsbedarf, wenn eine Inländerdiskriminierung vorderhand ausbleiben sollte. Ganz unabhängig von den europarechtlichen Entwicklungen zeigt auch die von der WEKO durchgeführte Untersuchung und Vernehmlassung, dass zwar bereits heute vereinzelt kantonale Anerkennungsregeln bestehen, diese sich aber aufgrund von Gegenrechtsbestimmungen in sachlich unbegründeter Weise diskriminierend auswirken. Dort, wo jegliche Anerkennungsregeln fehlen, erscheint es unverhältnismässig, dass einem Notar mit Hochschulabschluss, mehrjährigem Praktikum, bestandener Notariatsprüfung und möglicherweise mehrjährigen Berufserfahrung im Rahmen der Zulassung in einem anderen Kanton nichts davon angerechnet und dieser einem Studienabgänger gleichgestellt wird. Schliesslich profitieren insbesondere Anwälte von einem erleichterten interkantonalen Zugang zur notariellen Tätigkeit, soweit die Kantone Anwälte für diese Tätigkeit zulassen.

95. Neben den beschränkten Möglichkeiten der interkantonalen Anerkennung von Berufsqualifikationen für Notare wirkt sich insbesondere auch die in vielen Kantonen vorgesehene Wohnsitzpflicht als Handelshemmend aus. Diese Wohnsitzerfordernisse für Notare sind aus Sicht der WEKO nicht mehr zeitgemäß. Sowohl vor dem Hintergrund der Niederlassungsfreiheit, der Verhältnismässigkeit als auch des Binnenmarktrechts ist die Wohnsitzpflicht sachlich nicht begründbar. Sie zielt einzig darauf ab zu verhindern, dass Notare in mehr als einem Kanton gleichzeitig tätig sein können. Aus wettbewerblicher Sicht wäre aber zu begrüssen, dass ein Notar bei entsprechender Eignung in mehr als einem Kanton gleichzeitig als Urkundsperson tätig sein kann, zumindest im Umfang die jeweiligen Kantone freiberufliche Notare zulassen.

96. Ferner befürwortet die WEKO die Einführung der interkantonalen Anerkennung von öffentlichen Urkunden im Bereich der Grundstücksgeschäfte. Wird von der Anwendbarkeit des Binnenmarktgesetzes ausgegangen, ergibt sich die Anerkennungspflicht aus der passiven Dienstleistungsfreiheit und dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung, selbst wenn in diesem Bereich keine Gefahr der Inländerdiskriminierung droht. Im Rahmen der derzeit laufenden Revision des SchLT ZGB sieht das BJ die Einführung einer Bestimmung betreffend die interkantonale Anerkennung aller öffentlichen Urkunden vor. Die WEKO unterstützt diese Bestrebungen und empfiehlt dem Bundesrat, den Vorschlag des BJ in den Entwurf des revidierten SchLT ZGB aufzunehmen. Den Kantonen wird empfohlen das kantonale Recht dahingehend anzupassen, dass die kantonalen Grundbuchämter ausserkantonal erstellte öffentliche Urkunden uneingeschränkt anerkennen und eintragen müssen.

97. In diesem Sinne empfiehlt die WEKO sowohl vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Entwicklungen als auch zur Belebung eines Leistungs- und Preiswettbewerbs im Bereich der notariellen Tätigkeiten und zur Gewährleistung der beruflichen Mobilität von Notaren die Einführung von binnenmarktrechtlichen Kriterien zur Anerkennung von Berufsqualifikationen von Notaren, die Abschaffung der Wohnsitzpflichten sowie die interkantonale Anerkennung von öffentlichen Urkunden im Bereich der Grundstücksgeschäfte.

F Empfehlungen

98. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen erlässt die WEKO gestützt auf Art. 8 Abs. 3 und 4 BGBM sowie subsidiär auf Art. 45 Abs. 2 KG folgende Empfehlungen:

1. Die Kantone werden *ersucht*, ausserkantonale Notare unter Anerkennung deren Fähigkeitsausweise für diejenigen Tätigkeiten zuzulassen, die im eigenen Kanton ebenfalls durch freierwerbende Notare ausgeübt werden dürfen. Die Anerkennung ausserkantonaler Fähigkeitsausweise richtet sich nach folgenden Hauptgrundsätzen:
 - Die Anerkennung eines ausserkantonalen Fähigkeitsausweises kann – muss aber nicht – verweigert werden, wenn die Ausbildungserfordernisse im Herkunftsamt bedeutend tiefer sind als im eigenen Kanton. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein Hochschulstudium mit Masterabschluss nur im Bestimmungs- und nicht im Herkunftsamt vorausgesetzt wird.
 - Bei gleichwertigen Ausbildungserfordernissen kann – muss aber nicht – ein Eignungstest über kantonales Recht und lokale Gegebenheiten durchgeführt werden, sofern sich diese von Recht und Gegebenheiten des Herkunftsamts bedeutend unterscheiden.
2. Die Kantone werden *ersucht*, im Bereich des freien Notariats auf Marktzugangsbeschränkungen wie Gegenrechtbestimmungen, Wohnsitzpflichten und Staatsbürgerschaftserfordernisse zu verzichten.
3. Die Kantone werden *ersucht*, im Rahmen der Stellenbesetzung von staatlichen Urkundspersonen auch Personen zu berücksichtigen, die ihre Berufsqualifikation in einem anderen Kanton erlangt haben.
4. Dem Bundesrat wird *empfohlen*, im Entwurf zur Revision des SchIT ZGB (Öffentliche Beurkundung) die Anerkennung aller öffentlichen Urkunden zwischen den Kantonen zu normieren.
5. Den Kantonen wird vor dem Hintergrund der anstehenden Revision des SchIT ZGB wie auch von Art. 2 Abs. 1-3 BGBM und Art. 45 Abs. 2 KG *empfohlen*, im kantonalen oder interkantonalen Recht die Grundlagen zu schaffen, nach denen die Anerkennung von ausserkantonalen Urkunden betreffend Grundstücksgeschäfte möglich wird.

[sig.]

Prof. Dr. Vincent Martenet
Präsident

Dr. Rafael Corazza
Direktor