

Regierungsrat

Rathaus / Barfüssergasse 24
4509 Solothurn
www.so.ch

Wettbewerbskommission
Monbijoustrasse 43
3003 Bern

312.13.003

28. Mai 2013

Vernehmlassung betreffend Freizügigkeit und einer möglichen Inländerdiskriminierung von Notaren

Sehr geehrter Herr Präsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf Ihr Schreiben vom 25. März 2013, mit welchem Sie uns einladen, eine Stellungnahme zu der von der WEKO eröffneten binnenmarktrechtlichen Untersuchung betreffend Freizügigkeit bzw. möglicher Inländerdiskriminierung von Notaren einzureichen sowie einen Fragenkatalog zu beantworten. Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und äussern uns wie folgt:

1. Zum Vernehmlassungsbericht im Allgemeinen

Einleitend halten wir fest, dass das Vorgehen der WEKO kritisch zu hinterfragen ist, eine binnenmarktrechtliche Untersuchung zu eröffnen, mit welcher geprüft werden soll, ob aufgrund der Einführung gewisser Freizügigkeitsrechte für Notare in der EU ein Anlass besteht, eine (angeblich) drohende Inländerdiskriminierung von Schweizer Notaren mittels Anwendung des Binnenmarktgesetzes (BGBM) abzuwenden. Unseres Erachtens fehlt der WEKO dafür die Zuständigkeit, nachdem das Binnenmarktgesetz auf die Notare gerade nicht anwendbar ist (s. nachfolgende Bemerkungen).

Die WEKO begründet ihre Untersuchung damit, dass der Europäische Gerichtshof (EuGH) im Jahr 2011 mehrere „wegweisende“ Entscheide betreffend Freizügigkeit der Notare in der EU gefällt habe. Danach sei die notarielle Tätigkeit nicht (mehr) als hoheitlich zu betrachten, woraus zu folgern sei, dass für Notare die absolute Freizügigkeit gelten müsse. Diese Ansicht teilen wir nicht. Wie die WEKO in ihrem Vernehmlassungsbericht selber festhält (Ziff. 14 f.), legt die Schweiz ihre Staatsverträge grundsätzlich autonom aus und das schweizerische Bundesgericht berücksichtigt die seit der Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens mit der EU ergangene Rechtsprechung des EuGH nur, wenn sie bloss die bisherige Rechtsprechung weiterführt und bestätigt oder präzisiert. Das Bundesgericht hat sich nun jedoch mehrfach mit der Frage der Unterstellung der Notariatstätigkeit unter das Binnenmarktgesetz auseinandergesetzt und

festgehalten, dass die öffentliche Beurkundung eine amtliche, hoheitliche Tätigkeit darstelle. Dabei werde die Beurkundungsbefugnis einem Notar vom Kanton verliehen und habe den Charakter einer übertragenen hoheitlichen Funktion. Das Bundesgericht kommt damit in konstanter Rechtsprechung zu Art. 1 Abs. 3 BGBM zum Schluss, dass die hoheitliche Beurkundungstätigkeit nicht dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit unterstehe und folglich auch nicht vom Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes erfasst sei (z.B. BGE 131 II 639, E. 6.1). Weiter stellte das Bundesgericht fest, dass auch das Freizügigkeitsabkommen nicht auf die Beurkundungstätigkeit anwendbar sei (z.B. BGE 128 I 280, E. 3). An dieser Beurteilung ist festzuhalten.

Der Notar ist Teilhaber der staatlichen Gewalt. Die Kantone verleihen die Beurkundungsbefugnis im Sinne einer staatlichen Konzession, wobei ihnen seit jeher die Kompetenz zur Regelung des Beurkundungswesens zusteht (vgl. auch Art. 55 SchlT ZGB). Die Organisation des Notariats, die Zulassungsvoraussetzungen, Ausbildungen, Berufspflichten und Verfahren unterscheiden sich denn auch erheblich unter den Kantonen. Bereits diese unterschiedlichen kantonalen Regelungen stehen der geforderten Freizügigkeit entgegen.

Auch die erwähnten, im Jahr 2011 ergangenen Entscheide des EuGH führen zu keiner anderen Beurteilung. Erstens verlangten diese Urteile von den betroffenen Mitgliedstaaten der EU nur, bei den in ihrem Gebiet praktizierenden Notaren auf das Staatsangehörigkeitserfordernis zu verzichten. Zweitens ist über die Frage der Dienstleistungsfreiheit der Notare auch innerhalb der EU noch nicht entschieden bzw. ist dies umstritten, fordert doch z.B. Deutschland im Rahmen der derzeitigen Revision der Berufsqualifikationsanerkennungsrichtlinie 2005/36, die Notare seien ausdrücklich vom Anwendungsbereich gänzlich auszunehmen. Und drittens führt die WEKO zur Stützung ihrer Sichtweise ausschliesslich EU-Rechtsprechung aus der Zeit nach 1999 (Unterzeichnung Freizügigkeitsabkommen) an, bei welcher es sich aber nicht um blosser Präzisierungen der bisherigen Rechtsprechung, sondern um eine bedeutende Weiterentwicklung handelt. Wir sind klar der Ansicht, dass auch diesbezüglich kein Anlass für das Bundesgericht besteht, seine langjährige und bewährte Rechtsprechung in diesen Fragen zu ändern.

Eine interkantonale Freizügigkeit für Notare oder eine solche für Notare aus EU-Staaten in der Schweiz lehnen wir deshalb klar ab.

2. Zum Fragenkatalog

Frage 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.

Nein.

Frage 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.

Nein.

Frage 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.

Grundsätzlich ist auf unsere allgemeinen Ausführungen, oben, zu verweisen. Wie dem Richter in der streitigen kann auch dem Notar in der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit die staatlich verliehene Jurisdiktionsbefugnis nur innerhalb des Territoriums des konzessionierenden Staatswesens zukommen. Am Territorialitätsprinzip muss deshalb festgehalten werden.

Auch ist zu befürchten, dass das bewährte Amtsnotariat in unserem Kanton mit der Zulassung der Freizügigkeit der öffentlichen Urkunden massiv unter Druck gerät und mittelfristig sogar abgeschafft werden könnte. Das Amtsnotariat ist vor allem im Liegenschaftengeschäft tätig, für welches es über ein Monopol verfügt. Gerade im Liegenschaftengeschäft ist Ortskenntnis zwingend (zu denken ist z.B. auch an die Eigenheiten des kantonalen Baupolizeirechts). Die Konzentration der Urkundenerstellung in unserem Kanton auf die Amtschreibereien garantiert eine hohe Rechtssicherheit, beste Qualität und ist zudem für die Urkundsparteien kostengünstig.

Frage 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.

Die Festsetzung der Tarife für die Beurkundungstätigkeit ist Sache der Kantone. Die Beantwortung der Frage, ob es Gründe gegen eine Senkung der Tarife gibt, erübrigt sich damit. Im Übrigen wäre zu befürchten, dass mit einer Freigabe auch eine Senkung des Qualitätsstandards verbunden wäre.

Frage 5: Welche Voraussetzungen muss eine Person in ihrem Kanton erfüllen, um als Notar zugelassen zu werden?

Die Bewilligungsvoraussetzungen für die Berufsausübungsbewilligung als freierwerbender Notar sind: Solothurnisches Notariatspatent, Berufshaftpflichtversicherung, Schweizerbürgerrecht, Zahlungsfähigkeit (keine Verlustscheine), Handlungsfähigkeit und Geschäftsdomizil im Kanton (vgl. §§ 4 und 61 Notariatsverordnung; BGS 129.11). Die Erlangung des Notariatspatents ist in der Juristischen Prüfungsverordnung geregelt (JPV; BGS 128.213). Für die Anstellung als Amtsnotar im öffentlichen Dienst ist ebenfalls das Solothurnische Notariatspatent erforderlich.

Frage 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.

Nein.

Frage 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.

Die Beurkundungstätigkeit in einem Kanton setzt spezielle Kenntnisse der örtlichen rechtlichen Situation voraus. Diese sind in der Notariatsprüfung unter Beweis zu stellen. Eine Anerkennung der notariellen Fähigkeitsausweise aus anderen Kantonen lehnen wird deshalb ab.

Frage 8: Besteht in Ihrem Kanton eine Wohnsitzpflicht für freiberufliche Notare? Falls ja, erläutern Sie bitte die öffentlichen Interessen, die für eine solche Wohnsitzpflicht sprechen.

Nein.

Frage 9: Welche ausserkantonal 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?

Nicht anerkannt werden sämtliche Verträge über Grundstücke.

Nicht anerkannt werden zudem Eheverträge mit Bezug zu Grundstücken, Vorverträge über Grundstücksgeschäfte sowie Sacheinlage- und Sachübernahmeverträge für Grundstücke (§ 4 Abs. 2 i.V.m. § 5 EG ZGB; BGS 211.1).

Vorbehalten bleiben Rechtsgeschäfte, für welche bereits heute von Bundesrechts wegen interkantonale Freizügigkeit gilt (z.B. im Rahmen des FusG).

Die übrigen öffentlichen Urkunden werden anerkannt, insbesondere im Bereich des Gesellschaftsrechts.

Frage 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?

Vgl. dazu die Antwort zu Frage 3, oben.

Mit freundlichen Grüssen

IM NAMEN DES REGIERUNGSRATES

sig.
Esther Gassler
Frau Landammann

sig.
Andreas Eng
Staatsschreiber