

Regierungsratsbeschluss

vom 2. Februar 2021

Nr. 2021/145

KR.Nr. K 0241/2020 (FD)

Kleine Anfrage Sibylle Jeker (SVP, Erschwil): Amtsnotariat Stellungnahme des Regierungsrates

1. Vorstosstext

In 12 Kantonen ist das Notariat eine rein freiberufliche juristische Dienstleistung. In diesen Kantonen erfolgen Verurkundungen und Beglaubigungen durch private Notare im Rahmen der sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit. So zum Beispiel auch in den Nachbarkantonen Aargau und Bern. Basel-Landschaft hat das Amtsnotariat erst kürzlich abgeschafft. Amtsnotare gab es in Deutschland nur noch in Baden-Württemberg bis 2017. Im Kanton Solothurn erstellen staatliche Notare öffentlich beurkundete Verträge (Liegenschafts Kaufverträge, Erbverträge, Eheverträge etc.). Im Bereich der Liegenschaftsverträge haben sie sogar ein Monopol.

In diesem Zusammenhang bittet die Unterzeichnerin den Regierungsrat um die Beantwortung der folgenden Fragen:

1. Wie stellt sich die Regierung zum Amtsnotariat aus ordnungspolitischer Sicht und angesichts des in der Verfassung verankerten Subsidiaritätsprinzips?
2. Die Dienstleistungen des Solothurnischen Amtsnotariats - im Gegensatz zu privaten Notaren - unterliegen keiner kantonalen Steuerpflicht. Wie beurteilt der Regierungsrat diesen Fakt im Hinblick auf steuerliche Wettbewerbsverzerrungen unter Konkurrenten?
3. Das Solothurnische Amtsnotariat beaufsichtigt sich selbst. Wie beurteilt der Regierungsrat diese Tatsache unter dem Aspekt einer unabhängigen Aufsicht?
4. Wie beurteilt der Regierungsrat die Auswirkungen des geplanten Rahmenabkommens mit der EU auf das Solothurnische Amtsnotariat?

2. Begründung

Im Vorstosstext enthalten.

3. Stellungnahme des Regierungsrates

3.1 Vorbemerkungen

Das Beurkundungsrecht ist laut Art. 55 SchlT des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210) weitestgehend dem kantonalen Gesetzgeber überlassen. In diesem Sinne bestimmen heute die Kantone, in welcher Weise auf ihrem Gebiet die öffentliche Beurkundung durchgeführt wird. Dies betrifft im Grundsatz sowohl die Organisation des Notariatswesens als auch das Verfahren der öffentlichen Beurkundung selbst.

In den vergangenen Jahren haben Bestrebungen stattgefunden, das Beurkundungsverfahren in der Schweiz zu vereinheitlichen. So legte der Bundesrat bereits am 14. Dezember 2012 einen

Entwurf zur Vernehmlassung vor, welcher mitunter die von Lehre und Rechtsprechung anerkannten Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung im ZGB kodifizieren sollte. Dadurch sollte insbesondere auch Klarheit und Rechtssicherheit geschaffen werden.

Der Regierungsrat vertrat bereits damals die Ansicht, dass die vom Bundesrat beabsichtigte Kodifizierung auf Bundesebene weder angezeigt noch nötig ist. Gleicher Auffassung waren auch zahlreiche andere Kantone (so auch AI, BE, FR, GE, GL, JU, TG, TI, UR, VD, VS). Nach der Kenntnisnahme des Ergebnisberichtes der Vernehmlassung beschloss der Bundesrat, auf eine „Nachführung“ bundesrechtlicher Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung vorerst zu verzichten und stattdessen eine Expertengruppe zur weiteren Prüfung des Vorhabens einzusetzen. Der Ergebnisbericht wird per Anfang 2021 erwartet.

Unbesehen des ausstehenden Berichtes darf bereits heute davon ausgegangen werden, dass auch ein allfälliges Revisionsvorhaben auf Bundesebene sich auf eine Konsolidierung des Beurkundungsverfahrens beschränken wird und die kantonale Zuständigkeit in Bezug auf die Festlegung der eigentlichen Organisation des Notariatswesens, so namentlich in Bezug auf die Wahl des bevorzugten Modells und der Bezeichnung der Urkundspersonen, der Organisation der Aufsicht oder der geografischen Verteilung der Niederlassungen, nicht in Frage stellen wird. Demzufolge wird auch in Zukunft das kantonale Recht die *organisatorischen Regelungen* im Zusammenhang mit der öffentlichen Beurkundung festzulegen haben.

Die Belassung dieser kantonalen Kompetenz ist Ausdruck des Subsidiaritätsprinzips in Art. 5a der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101). Entgegen einer weitläufigen Ansicht hat das besagte Subsidiaritätsprinzip indes ausschliesslich die Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben im *bundesstaatlichen* Kontext zum Thema. Das in der vorliegenden Anfrage thematisierte Verhältnis zwischen Staat und Privaten bleibt von der erwähnten verfassungsrechtlichen Subsidiaritätsregelung demgegenüber bewusst ausgeblendet. Dem Subsidiaritätsverständnis zwischen Staat und Privaten liegt insofern einzig die freiheitliche Verfassungsordnung als solche zugrunde (vgl. Botschaft NFA, BBI 2002 2291, 2457). Gleiches gilt auch für das Solothurnische Verfassungsrecht, welches etwa im Unterschied zu anderen Kantonsverfassungen ebenfalls keine explizite Verankerung einer derartigen Subsidiarität vorsieht (vgl. dazu etwa Art. 5 Abs. 3 KV/ZH).

Der erwähnte föderalistische Ansatz hat in Bezug auf die Organisation des Beurkundungswesens zum Teil zu sehr unterschiedlichen Lösungen in den Kantonen geführt. Grob kann festgestellt werden, dass die Kantone ihr Notariatswesen heute vorwiegend nach drei Modellen organisieren:

- Freiberufliches Notariat (AG, BE, BL, BS, FR, GE, NE, JU, TI, UR, VD, VS)
- Amtsnotariat (SH und ZH)
- Mischform (AI, AR, GL, GR, LU, NW, OW, SG, SO, SZ, TG, ZG).

Das heutige Recht sieht in § 4 Abs. 1 des Gesetzes über die Einführung des Zivilgesetzbuches vom 4. April 1954 (EG ZGB; BGS 211.1) vor, dass öffentliche Beurkundungen im Kanton Solothurn grundsätzlich durch den Amtschreiber bzw. die Amtschreiberin, den Betreibungs- und Konkursbeamten bzw. die Betreibungs- und Konkursbeamtin oder einen Notar bzw. eine Notarin erfolgen. In spezialgesetzlich vorgesehenen Fällen kann die Beurkundung auch durch den Gerichtspräsidenten bzw. die Gerichtspräsidentin, den Zivilstandsbeamten bzw. die Zivilstandsbeamtin oder den Gemeindeschreiber bzw. die Gemeindeschreiberin erfolgen. Allgemein gilt, dass die konkrete Zuständigkeit in Abhängigkeit des Beurkundungsgegenstandes entweder den freiberuflichen Notarinnen und Notaren, den Amtsnotarinnen und -notaren oder beiden gleichzeitig zukommt.

So ist gemäss § 5 EG ZGB der Amtschreiber bzw. die Amtschreiberin für die öffentliche Beurkundung von Rechtsgeschäften über Grundstücke, die ganz oder zum grössten Teil in seinem Amtskreis liegen, alleine zuständig. Demgegenüber fallen etwa Vorverträge zur Übertragung von Grundeigentum in die gemeinsame Zuständigkeit der privaten Notarinnen und Notare und der Amtsnotarinnen und -notare. Gleiches gilt auch für Beurkundungen, die im Zusammenhang mit Gesellschaftsgründungen und -änderungen erfolgen. Faktisch erfolgen diese Beurkundungen mehrheitlich durch die privaten Notarinnen und Notare.

Der Kanton Solothurn kennt folglich weder ein reines Amtsnotariat noch ein rein freiberufliches Notariat. Vielmehr bedient sich der Kanton einer Mischform, welche für die überwiegende Zahl der Beurkundungsgeschäfte eine parallele Zuständigkeit vorsieht.

3.2 Zu den Fragen

3.2.1 Zu Frage 1:

Wie stellt sich die Regierung zum Amtsnotariat aus ordnungspolitischer Sicht und angesichts des in der Verfassung verankerten Subsidiaritätsprinzips?

Die geltende Organisation des Beurkundungswesens im Kanton Solothurn und die bestehenden, sachlichen Zuständigkeiten sind historisch bedingt und vom kantonalen Gesetzgeber gewollt. Der Kantonsrat und der Regierungsrat haben sich letztmals im Rahmen der erfolgten Anpassung des kantonalen Beurkundungsrechts (RG 0018a/2015) für das Amtsnotariat ausgesprochen.

Nach wie vor sind wir der Auffassung, dass sich das Amtsnotariat in der bestehenden Form für den Kanton Solothurn bewährt. So vermag etwa die in § 5 Abs. 1 EG ZGB vorgesehene alleinige Zuständigkeit der Amtsnotarinnen und -notare für Rechtsgeschäfte über Grundstücke dazu beitragen, dass eine mehrfache Veräusserung ausgeschlossen werden kann. Die getroffene Kompetenzregel erlaubt es zudem, den nachgelagerten Vollzug solcher Geschäfte im Grundbuch unter einem Dach vorzunehmen, womit Verzögerungen vermieden und die rechtsgültige Eintragung beschleunigt werden kann. Schliesslich darf festgestellt werden, dass die zahlreichen Dienstleistungen der Amtschreibereien von der Bevölkerung sehr geschätzt und zum Teil sogar bevorzugt werden. Die regelmässigen Umfragen belegen eine hohe Kundenzufriedenheit.

Im Verlauf der vergangenen Jahre wurde wiederholt versucht, Vorzüge und Nachteile der erwähnten Modellvarianten aufzuzeigen und gegenseitig abzuwägen. Alleine der Umstand, dass sich keines der Modelle bislang im föderalistischen System durchsetzen konnte, dürfte Beleg dafür sein, dass die Varianten zumindest als gleichwertig eingestuft werden können.

In ordnungspolitischer Hinsicht ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass die Beurkundung Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist. Unabhängig davon, ob eine Notarperson freiberuflich tätig ist oder als Mitglied einer Behörde arbeitet, hat eine Beurkundungstätigkeit den Charakter einer übertragenen *hoheitlichen Funktion*. Dies hat laut Bundesgericht insbesondere zur Folge, dass die Beurkundungstätigkeit nicht unter dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit steht. Dementsprechend findet auch das Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (BGBM; SR 943.02) sowie das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits, über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (SR 0.142.112.681) keine Anwendung auf die Beurkundungstätigkeit der freiberuflichen Notarinnen und Notare (zum Ganzen: BGE 131 II 639, E.6.1).

Die höchstrichterlich anerkannte hoheitliche Funktion der Beurkundungstätigkeit bedeutet in der Konsequenz aber auch, dass ein Festhalten am kantonalen Amtsnotariat im Lichte des erwähnten Subsidiaritätsprinzips zwischen *Staat und Privaten* durchaus seine Rechtfertigung hat. Denn staatliche Aufgaben zeichnen sich letztlich dadurch aus, dass sie dem freien Markt zum Teil entzogen bleiben können.

Aus den genannten Gründen erachten wir einen grundlegenden Systemwechsel im solothurnischen Notariatswesen weder als angezeigt noch als sinnvoll.

3.2.2 Zu Frage 2:

Die Dienstleistungen des Solothurnischen Amtsnotariats - im Gegensatz zu privaten Notaren - unterliegen keiner kantonalen Steuerpflicht. Wie beurteilt der Regierungsrat diesen Fakt im Hinblick auf steuerliche Wettbewerbsverzerrungen unter Konkurrenten?

Als Staatsangestellte unterliegen die Amtsnotarinnen und -notare der Einkommenssteuer. Die Amtschreibereien sind demgegenüber, wie sämtliche Verwaltungsbehörden, von der kantonalen Steuerpflicht ausgenommen. Dies auch zu Recht. Denn es wäre systemfremd, wenn der Kanton Solothurn sich bei der Erfüllung staatlicher Aufgaben selber besteuern würde. Daraus resultiert nach unserer Auffassung aber keine Wettbewerbsverzerrung unter Konkurrenten. Denn wie bereits eingehend dargelegt, stehen hoheitliche Staatsaufgaben wie die Beurkundungstätigkeit nicht unter dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit. Insofern steht der Kanton bei der Erfüllung solcher Aufgaben auch nicht in einem Wettbewerb mit den einzelnen Anbietern auf dem Markt. Eine steuerliche Wettbewerbsverzerrung kann folglich nicht vorliegen.

3.2.3 Zu Frage 3:

Das Solothurnische Amtsnotariat beaufsichtigt sich selbst. Wie beurteilt der Regierungsrat diese Tatsache unter dem Aspekt einer unabhängigen Aufsicht?

Die freiberuflichen Notarinnen und Notare im Kanton Solothurn unterstehen gemäss § 11 EG ZGB der Aufsicht des Regierungsrates, wobei die Aufsichtstätigkeit gemäss § 63 Notariatsverordnung vom 21. August 1959 (BGS 129.11) weitestgehend von der Staatskanzlei wahrgenommen wird. Zutreffend ist insofern, dass die Amtsnotariate nicht unter diese Aufsicht des Regierungsrates fallen.

Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass die kantonalen Amtsnotariate keiner Aufsicht unterstehen würden. Vielmehr steht die Geschäftsführung der Amtschreibereien und damit auch die Amtsnotariate selbst unter der Aufsicht des Obergerichts (§ 10 EG ZGB). Die Aufsichtstätigkeit wird in diesem Zusammenhang vom Amtschreiberei-Inspektorat ausgeübt (vgl. dazu § 22 RVOG i.V.m. §§ 10, 225 und 298 EG ZGB sowie § 5 EV SchKG). Konkret umfasst die Aufsichtstätigkeit mitunter jährliche Inspektionen der Amtschreibereien, Bewilligungen von Vertragsgestaltungen sowie den Erlass von Weisungen und Instruktionen.

3.2.4 Zu Frage 4:

Wie beurteilt der Regierungsrat die Auswirkungen des geplanten Rahmenabkommens mit der EU auf das Solothurnische Amtsnotariat?

Das bestehende Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EU (SR 0.142.112.681) belässt den Vertragsstaaten die Befugnis, die selbständige Erwerbstätigkeit einzuschränken, wenn sie dauernd oder zumindest zeitweise mit der Ausübung der öffentlichen Gewalt verbunden ist (vgl. Art. 16 Anhang I des Abkommens). Verlangt wird, dass die Tätigkeit für sich genommen eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt mit einschliesst. Dies trifft auf Urkundspersonen zweifellos zu (vgl. dazu auch BGE 128 I 280). Insofern steht das heutige Freizügigkeitsabkommen der Führung eines kantonalen Amtsnotariates nicht entgegen.

Eine Änderung dieser Regelung erwarten wir auch mit dem geplanten Institutionellen Abkommen mit der EU nicht. Zwar wird das Freizügigkeitsabkommen Gegenstand des Rahmenabkommens sein, doch gilt es in diesem Kontext zu berücksichtigen, dass die Personenfreizügigkeitsrechte innerhalb der EU in erster Linie den Zweck verfolgen, jegliche ungleiche Behandlung von Arbeitnehmenden der jeweiligen Mitgliedstaaten zu vermeiden. Mit dem Festhalten am Amtsnotarariat findet eine solche Ungleichbehandlung indessen nicht statt. Eine Anpassung des EU-Rechts, welche die obenerwähnte Befugnis gemäss Art. 16 des heute gültigen Freizügigkeitsabkommens in Frage stellen würde, ist folglich nicht zu erwarten.

Zudem ist laut heutigem Verhandlungsergebnis zum Rahmenabkommen nicht vorgesehen, dass eine automatische Übernahme eines EU-Rechtsaktes in das Abkommen erfolgen soll. Vielmehr wird die Schweiz an ihren verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Genehmigungsverfahren weiter festhalten und damit ihre Selbständigkeit in diesem Zusammenhang wahren.



Andreas Eng
Staatsschreiber

Verteiler

Finanzdepartement
Parlamentsdienste
Traktandenliste Kantonsrat
Leiter Amtschreiberei + Controlling
Amtschreiberei-Inspektorat
Amtschreibereien (6; Versand durch FD)