

Prof. Dr. Roland Pfäffli / Fabrizio Andrea Liechi

Bemerkungen zu den rechtlichen Einschätzungen der eidgenössischen Wettbewerbskommission (WEKO) zur Freizügigkeit der Notare

Entgegen der rechtlichen Einschätzung der WEKO ist weiterhin davon auszugehen, dass der Notar eine hoheitliche Tätigkeit wahrnimmt und diesbezüglich weder eine internationale noch eine interkantonale Freizügigkeit besteht.

Rechtsgebiet(e): Bilaterale Abkommen CH-EU; Notariats- und Anwaltsrecht; Beiträge

Zitiervorschlag: Roland Pfäffli / Fabrizio Andrea Liechi, Bemerkungen zu den rechtlichen Einschätzungen der eidgenössischen Wettbewerbskommission (WEKO) zur Freizügigkeit der Notare, in: Jusletter 16. Dezember 2013

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Bilaterale Anerkennung von Berufsqualifikationen der Notare gemäss Freizügigkeitsabkommen
 1. Auslegung des Freizügigkeitsabkommens
 - a. Ausgangslage
 - b. Lehre und Rechtsprechung
 - c. Rechtliche Erwägungen der WEKO
 - d. Kritik
 2. Innerstaatliche Umsetzung des Freizügigkeitsabkommens
 - a. Ausgangslage
 - b. Rechtliche Erwägungen der WEKO
 - c. Kritik
- III. Interkantonale Anerkennung von Berufsqualifikationen der Notare
 1. Ausgangslage
 2. Rechtliche Erwägungen der WEKO
 3. Kritik
- IV. Fazit

I. Einführung¹

[Rz 1] Am 23. September 2013 hat die eidgenössische Wettbewerbskommission (WEKO) zuhanden der Kantone und des Bundesrats eine Empfehlung betreffend Freizügigkeit für Notare und Urkunden abgegeben². Nachfolgend interessieren lediglich die entsprechenden rechtlichen Erwägungen der WEKO betreffend die Freizügigkeit der Notare.

[Rz 2] Die Empfehlungen der WEKO stützen sich auf deren rechtlichen Einschätzungen, wonach bereits heute gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen mit der Europäischen Union (EU) (FZA)³ eine Freizügigkeit für Notare bestehe⁴. Von der Prämisse einer solchen Freizügigkeit ausgehend, deduziert die WEKO, dass sich ein Schweizer Notar im interkantonalen Verhältnis auf den Grundsatz der Inländerdiskriminierung berufen könne. Solch eine Rüge – so die Schlussfolgerung der WEKO – müsste im Einzelfall gutgeheissen werden. Im Ergebnis postuliert die WEKO gleichsam, dass bereits heute

¹ Grosser Dank gebührt MLaw Karl-Marc Wyss, Rechtsanwalt, Assistent am Institut für Öffentliches Recht an der Universität Bern. Mit seinen äusserst wertvollen und fundierten Hinweisen im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Problemstellungen und seiner kritischen Durchsicht des Manuskripts hat er wesentlich an der Entwicklung dieses Aufsatzes beigetragen.

² Diese Empfehlungen haben in der Lehre bereits zu mehreren Stellungnahmen geführt und ein Symposium des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern ausgelöst, vgl. etwa ISABELLE NUSPLIGER, Zusammenfassung der Podiums- und Plenumsdiskussion zur Zukunft des Notariats in der Schweiz vom 18. Oktober 2013, in: Jusletter 28. Oktober 2013; STEPHAN WOLF / ANJA PFEUTI / YANNIK MINNIG, Zur Zukunft des Notariats in der Schweiz – Einführung und Überblick, in: Jusletter 28. Oktober 2013; RICCARDO BRAZEROL, Das schweizerische Notariat im Fokus der Freizügigkeit, in: Jusletter 28. Oktober 2013.

³ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA), SR 0.142.112.681.

⁴ Empfehlung WEKO, D.1.

zumindest eine eingeschränkte bilaterale und interkantonale Freizügigkeit im Notariat bestehe⁵.

[Rz 3] Aus dieser summarischen Ausführung erhellt bereits, dass die rechtliche Einschätzung der WEKO – sollte sie denn zutreffen – zu tiefgreifenden Änderungen einer jahrhundertalten Schweizer Realität führen würde.

[Rz 4] Im nachfolgenden Beitrag soll der Versuch unternommen werden, die rechtlichen Erwägungen der WEKO kritisch zu hinterfragen und neue Elemente in die Diskussion einzubringen, die noch nicht aufgegriffen oder nicht den Umständen entsprechend berücksichtigt wurden.

[Rz 5] Auf weitergehende Ausführungen zu den gesetzgeberischen Bestrebungen, das schweizerische Notariat zu reformieren, wird vorliegend verzichtet. Dennoch sei die persönliche Annotation erlaubt, dass der in der Lehre bereits geäusserten Auffassung, wonach keinerlei Handlungsbedarf für die beabsichtigten Revisionsbestrebungen ersichtlich ist, vollumfänglich beizupflichten ist⁶.

II. Bilaterale Anerkennung von Berufsqualifikationen der Notare gemäss Freizügigkeitsabkommen

[Rz 6] Im vorliegenden Kapitel gilt es zu erörtern, ob im bilateralen Verhältnis Schweiz – EU eine Freizügigkeit der Notare besteht.

[Rz 7] Die WEKO hat diese Frage bejaht und mit zwei parallelen Erwägungen begründet:

- Einerseits sei den Urteilen des EuGH vom 24. Mai 2011⁷ im Rahmen einer europakompatiblen Auslegung des Freizügigkeitsabkommens Rechnung zu tragen. Da der EuGH in diesen Urteilen festgehalten habe, dass die notarielle Beurkundungstätigkeit keine Tätigkeit sei, welche mit öffentlicher Gewalt verbunden ist, müsse dies bei der Anwendung des Freizügigkeitsabkommens nunmehr auch berücksichtigt und die Freizügigkeit entsprechend bejaht werden (nachfolgend Ziffer II./1.)⁸.
- Andererseits habe der Schweizer Gesetz- und

⁵ Empfehlung WEKO, D.2.

⁶ STEPHAN WOLF / ANJA PFEUTI / YANNIK MINNIG (Fn. 2), Rz 34 ff., m.w.H.

⁷ Urteil des EuGH vom 24. Mai 2011 C-54/08 Europäische Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland; Urteil des EuGH vom 24. Mai 2011 C-50/08 Europäische Kommission gegen Französische Republik; Urteil des EuGH vom 24. Mai 2011 C-47/08 Europäische Kommission gegen Belgien; Urteil des EuGH vom 24. Mai 2011 C-51/08 Europäische Kommission gegen Grossherzogtum Luxemburg; Urteil des EuGH vom 24. Mai 2011 C-53/08 Europäische Kommission gegen Republik Österreich; Urteil des EuGH vom 24. Mai 2011 C-61/08 Europäische Kommission gegen Hellenische Republik.

⁸ Die gesamte Begründung für diese Auffassung kann bei Empfehlungen WEKO, D.1.2. nachgelesen werden.

Verordnungsgeber in Ausführung des Freizügigkeitsabkommens dasselbe für Notare als anwendbar erklärt (nachfolgend Ziffer II./2.)⁹.

1. Auslegung des Freizügigkeitsabkommens

a. Ausgangslage

[Rz 8] Das Freizügigkeitsabkommen mit der EU war für schweizerische Notare bisher unbestrittenermassen unbeachtlich¹⁰. Tatsächlich hat die ständige höchstrichterliche Rechtsprechung und die herrschende Lehre bisher die notarielle (hauptberufliche) Tätigkeit vom Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens ausgenommen, da es sich dabei um eine übertragene hoheitliche Funktion handelt, welche gemäss den einschlägigen Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens¹¹ nicht unter dasselbe subsumiert werden kann¹². Im Verhältnis zur EU bestand nach bisheriger Rechtsprechung und Lehre folglich keine berufliche Freizügigkeit für Notare, da solche hoheitliche Tätigkeiten vom Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens ausgenommen sind.

[Rz 9] Am 24. Mai 2011 hat der EuGH in den oberwähnten sechs Urteilen¹³ eine andere Auffassung als das Bundesgericht geäussert: Nach dem EuGH sind die von den Notaren ausgeübten Tätigkeiten nicht unmittelbar sowie spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden und damit nicht «hoheitlich»¹⁴. Würde man diese Qualifikation notarieller Tätigkeiten auf das Freizügigkeitsabkommen anwenden, so würde diesbezüglich das Freizügigkeitsabkommen allenfalls Anwendung finden und eine bilaterale Freizügigkeit für Notare wäre nicht mehr ausgeschlossen.

[Rz 10] Es fragt sich folglich, inwiefern diese abweichende rechtliche Qualifikation des EuGH betreffend die Qualifikation notarieller Tätigkeiten im Rahmen der zukünftigen Auslegung des Freizügigkeitsabkommens zu berücksichtigen sein wird.

b. Lehre und Rechtsprechung

[Rz 11] Die Schweizerische Eidgenossenschaft ist bei der Anwendung von Begriffen des Freizügigkeitsabkommens lediglich verpflichtet, jene Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen, welche vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung – d.h. vor dem 21. Juni 1999 – ergangen ist¹⁵. Da die hier interessierenden Urteile des EuGH erst nach diesem Stichdatum ergangen sind, besteht folglich keine völkerrechtliche Verpflichtung der Schweiz, diese Rechtsprechung zu berücksichtigen¹⁶.

[Rz 12] Dieser Grundsatz, wonach die nach dem Stichdatum ergangene Rechtsprechung für die Anwendung von Begriffen nicht berücksichtigt werden muss, kann jedoch dazu führen, dass im bilateralen Verhältnis nicht dieselbe begriffliche Rechtsentwicklung stattfindet wie im innereuropäischen Raum. Um einer solchen begrifflichen Rechtszersplitterung entgegenzuwirken und eine möglichst parallele Rechtsentwicklung zu gewährleisten, wird in der Lehre von einer «Berücksichtigungsobliegenheit» betreffend all jene EuGH-Urteile gesprochen, welche nach dem Stichdatum ergangen sind und bei denen keine gewichtigen Gründe gegen eine Berücksichtigung sprechen¹⁷.

⁹ Die gesamte Begründung für diese Auffassung kann bei Empfehlungen WEKO, D.1.1. nachgelesen werden.

¹⁰ STEPHAN WOLF / ANJA PFEUTI / YANNIK MINNIG (Fn. 2), Rz 18; RICCARDO BRAZEROL (Fn. 2), Rz 2.

¹¹ Art. 10 Anhang I und Art. 16 Anhang I FZA.

¹² BGE 128 I 280; STEPHAN WOLF / AARON PFAMMATTER, Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, Bern 2009, N. 6 f. zu Art. 2 NG BE, m.w.H.

¹³ Vgl. Fn. 7 hievov.

¹⁴ Diesbezüglich gilt es jedoch zwingend zu berücksichtigen, dass der EuGH die notariellen Tätigkeiten nur bezogen auf die gegenwärtige Definition derselben in der deutschen Rechtsordnung als nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt qualifiziert hat; vgl. dazu ANDREAS SPICKHOFF, Zur Zukunft des Notariats in Europa – aus deutscher Perspektive, in: Jusletter 28. Oktober 2013, Rz 11.

¹⁵ Art. 16 Abs. 2 FZA.; statt vieler BGE 130 II 1 E. 3.6.1 m.w.H. Da für eine Fortentwicklung des prinzipiell «statischen» FZA massgeblich Art. 18 FZA geschaffen wurde, ist es bloss systemkonform, davon auszugehen, dass für die Beachtung der Rechtsprechung des EuGH nur die der Schweiz bei Vertragsschluss bekannte Rechtsprechung übernommen wird, nicht aber die danach erfolgte; NINA GAMMENTHALER, Diplomanerkennung und Freizügigkeit, in: AISUF Band/Nr. 300, Zürich 2010, S. 325. Diesbezüglich ist zudem festzuhalten, dass Art. 16 FZA im Verhältnis zu Art. 31 ff. des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1960 (WVK; SR 0.111) eine spezielle, zwischen den Parteien vereinbarte Auslegungsregel darstellt, welche als *lex specialis* den allgemeinen Auslegungsregeln der Vertragsrechtskonvention vorgeht, MATTHIAS OESCH, Niederlassungsfreiheit und Ausübung öffentlicher Gewalt im EU-Recht und im Freizügigkeitsabkommen Schweiz–EU, SZIER/RSDIE 2011, S. 605 f.

¹⁶ Ein Teil der Lehre postuliert demgegenüber, dass auch jene Rechtsprechung des EuGH berücksichtigt werden müsse, welche zwar erst nach dem Stichdatum ergangen sei, jedoch lediglich eine Fortführung, resp. Bestätigung der bisherigen (vor dem Stichdatum ergangenen) Rechtsprechung darstelle. Soweit allerdings durch die nach dem Stichdatum ergangene Rechtsprechung neue Konzepte eingeführt bzw. bestehende Konzepte in nicht vorhersehbarer Weise weitergeführt oder fortentwickelt würden, so bestünde keine Pflicht zur Übernahme dieser Rechtsprechung; ausführlicher dazu NINA GAMMENTHALER (Fn. 15), S. 325 f.; ASTRID EPINEY, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, S. 15 ff.

¹⁷ NINA GAMMENTHALER, (Fn. 15), S. 327; MATTHIAS OESCH, ZBJV 2012, S. 388 f. sowie SZIER/RSDIE 2011, S. 609; THOMAS BURRI / BENEDIKT PIRKER, Stromschnellen im Freizügigkeitsfluss: Von der Bedeutung von Urteilen des Europäischen Gerichtshofs im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens, SZIER/RSDIE 2010, S. 166 f. Die konkrete Bindungswirkung der nach dem Stichdatum ergangenen EuGH-Urteile scheint jedoch nach wie vor unklar zu sein, NINA GAMMENTHALER (Fn. 15), S. 324, 335; ASTRID EPINEY, Zur Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens im Amateursport, Anmerkungen zu einem Entscheid des Gesichtskreises VIII Bern-Laupen vom 13. Juni 2008, AJP 2008, S. 1237. Als solche «gewichtige Gründe» kommen laut einem Teil der Lehre primär im Freizügigkeitsabkommen selbst

[Rz 13] Das Bundesgericht äusserte sich zur Berücksichtigung von EuGH-Urteilen in BGE 136 II 5 (E. 3.4) wie folgt:

«Um das Abkommensziel einer parallelen Rechtslage nicht zu gefährden, wird das Bundesgericht in angemessener Weise nach dem Stichtag (21. Juni 1999) ergangene Rechtsprechungsänderungen des EuGH in seine Beurteilung einbeziehen und ihnen Rechnung tragen. Das gilt allerdings nur, soweit das Abkommen auf gemeinschaftsrechtliche Grundsätze zurückgreift. Da der EuGH nicht berufen ist, für die Schweiz über die Auslegung des Abkommens verbindlich zu bestimmen, ist es dem Bundesgericht überdies nicht verwehrt, aus triftigen Gründen zu einer anderen Rechtsauffassung als dieser zu gelangen. Es wird dies aber mit Blick auf die angestrebte parallele Rechtslage nicht leichthin tun.»

[Rz 14] In Anbetracht dessen, stehen sich die Ansichten des Bundesgerichts¹⁸ und der Lehre bezüglich der Berücksichtigungspflicht nicht grundsätzlich entgegen, auch wenn das Bundesgericht Art. 16 Abs. 2 FZA tendenziell eher zurückhaltend auslegt¹⁹. Das Bundesgericht scheint dabei die (neuere) Rechtsprechung des EuGH als ein Auslegungselement neben anderen anzuwenden und lehnt sich falls erforderlich an diese an oder lässt sich davon inspirieren²⁰.

[Rz 15] Zusammenfassend kann für die hier interessierende Fragestellung mithin folgendes festgehalten werden:

- Es besteht keine vertragliche Verpflichtung der

angelegte Gründe in Frage, NINA GAMMENTHALER (Fn. 15), S. 330; ASTRID EPINEY (Fn. 17), S. 1234. Abweichungen drängen sich laut OESCH namentlich dann auf, wenn eine Abkommensbestimmung zu einem anderen Zweck geschaffen wurde, als die ähnlich formulierte oder wortgleiche unionsrechtliche Norm, mit andern Worten, es nicht angestrebt wird, das in der Union geltende Recht auf das Verhältnis zu Drittstaaten auszuweiten, MATTHIAS OESCH, Die Auslegung und Weiterentwicklung des Freizügigkeitsabkommens Schweiz – EU, in: GAUCH/ ZUFFEREY / DUBEY / PREVITALI (Hrsg.), L'Homme et son droit – Mélanges en l'honneur de Marco Borghi, Zürich 2011, S. 367. Diesbezüglich gilt es nach richtiger Auffassung jedoch zu berücksichtigen, dass bereits das Freizügigkeitsabkommen hoheitliche Tätigkeiten als besonders schützenswert erachtet und vom Anwendungsbereich desselben ausklammert (vgl. Art. 10 Anhang I FZA; Art. 16 Anhang II FZA; Art. 22 Abs. 1 Anhang III FZA). Die Schweiz und die EU haben bei Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens folglich im Rahmen der hoheitlichen Tätigkeiten die jeweilige Souveränität äusserst hoch gewichtet. Daraus erhellt *a maiore minus*, dass auch die jeweilige Souveränität bei der Definition des hoheitlichen Handelns mit dieser Ausnahmebestimmung einhergeht. Im Freizügigkeitsabkommen selbst ist folglich ein «gewichtiger Grund» angelegt, welcher für die Beibehaltung der bisherigen Rechtsprechung und damit unseres Rechtsverständnisses von hoheitlichem Handeln spricht.

¹⁸ Siehe neben obigem Entscheid auch BGE 134 V 428 sowie BGE 130 II 113.

¹⁹ NINA GAMMENTHALER (Fn. 15), S. 329.

²⁰ NINA GAMMENTHALER (Fn. 15), S. 330. Leicht anders THOMAS BURRI / BENEDIKT PIRKER, welche in BGE 136 II 5 einen neuen Ansatz der Rechtsprechung des Bundesgerichts sehen. Danach müsse grundsätzlich von einer Europafreundlichkeit des schweizerischen Rechts ausgegangen und lediglich bei Vorliegen triftiger Gründe von der neuen EuGH-Rechtsprechung abgewichen werden, THOMAS BURRI / BENEDIKT PIRKER (Fn. 17), S. 166 f.

Schweiz, die am 24. Mai 2011 ergangenen Urteile des EuGH zu berücksichtigen. Trotzdem trägt das Bundesgericht der nach dem 21. Juni 1999 ergangenen EuGH-Rechtsprechung bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens im Einzelfall Rechnung.

- Die Lehre und die Rechtsprechung lehnen eine Berücksichtigung von nach dem Stichtag ergangenen EuGH-Urteilen bei Vorliegen sog. «triftiger Gründe» ab.

c. Rechtliche Erwägungen der WEKO

[Rz 16] Aufgrund der hievore erwähnten Diskrepanz zwischen der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der neueren Judikatur des EuGH postuliert die WEKO, dass das Bundesgericht die Qualifikation des EuGH betreffend notarielle Tätigkeit im Rahmen einer europakompatiblen Auslegung übernehmen müsse. Durch diese Rechtsprechungsübernahme würden schliesslich die Notare dem Freizügigkeitsabkommen unterstellt, womit im Ergebnis eine bilaterale Freizügigkeit derselben dem Grundsatz nach zu bejahen sei. Nach Auffassung der WEKO seien überdies keine triftigen Gründe für die Rechtfertigung einer abweichenden Auslegung ersichtlich²¹.

d. Kritik

[Rz 17] Im vorliegenden Fall ergingen die sechs Urteile am 24. Mai 2011 und damit nach Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens. Folglich besteht keine vertragliche Verpflichtung der Schweiz, dieselben zu berücksichtigen²². Das Bundesgericht wird folglich insbesondere dann von einer Anpassung seiner Rechtsprechung absehen, wenn triftige Gründe für eine Beibehaltung derselben sprechen²³.

²¹ Empfehlung WEKO, D.1.2.

²² Vgl. II./1.b. hievore.

²³ Ob die besagten Urteile im Lichte der vorangehenden Rechtsprechung des EuGH blosser Fortbildung oder doch Präzisierung mit Neuheitscharakter darstellen (vgl. Fn. 16 hievore) kann nach der hier vertretenen Auffassung offengelassen werden, da die «triftigen Gründe» unabhängig davon zu prüfen sind. Tatsächlich gilt die Rechtspflicht von Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA nicht absolut, so dass begründete Abweichungen von der Berücksichtigungspflicht auch gegenüber der bereits bei Abkommensunterzeichnung bekannten Rechtsprechung zulässig sind, NINA GAMMENTHALER (Fn. 15), S. 322. Dennoch sei der guten Ordnung halber festgehalten, dass der EuGH mit diesen Urteilen nach richtiger Auffassung ein neues Konzept entwickelt hat, welches nicht als blosser Fortentwicklung qualifiziert werden kann. Dies erhellt bereits aus der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung in BGE 128 I 280 E. 3., welche unter ausdrücklicher Erwähnung und Berücksichtigung der damals ergangenen EuGH-Rechtsprechung davon ausgegangen ist, dass auch der EuGH die notariellen Tätigkeiten als «hoheitlich» und unmittelbar sowie spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden qualifiziert. Aus Schweizer Perspektive stellen die oberwähnten Urteile vom 24. Mai 2011 folglich eine Abweichung – und keine blosser Fortbildung – der bisherigen EuGH-Rechtsprechung dar. Im Ergebnis wohl gleich auch DENIS PIOTET, welcher feststellte, dass die hier besprochene neue Rechtsprechung des EuGH im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens für die Schweiz

[Rz 18] Vorliegend ist gleichsam essentiell, ob triftige Gründe ersichtlich sind, welche die Beibehaltung der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Qualifikation der notariellen Tätigkeit indizieren.

[Rz 19] Die WEKO hält diesbezüglich – ohne weiter darauf einzugehen – lapidar fest, es seien keine solchen triftigen Gründe ersichtlich²⁴. Mit Blick auf den unklaren Rechtsbegriff «triftiger Grund» und den Auswirkungen auf das schweizerische Rechtssystem, welche eine Übernahme dieser neuen EuGH-Rechtsprechung mit sich bringen würde²⁵, erscheint diese summarische Feststellung der WEKO als nicht haltbar²⁶. Entsprechend bedarf die Prüfung des Vorliegens von «triftigen Gründen» nachfolgend einer vertieften Abklärung:

[Rz 20] Beim Begriff des «triftigen Grundes» handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff²⁷. Ob eine sich stellende Rechtsfrage unter diesen Begriff subsumiert werden kann, bedarf damit einer einzelfallgerechten Interessensabwägung. Dabei ist zu klären, ob die Interessen an der Beibehaltung der bisherigen schweizerischen Rechtspraxis ausreichend gewichtig sind, um das Interesse an einer möglichst parallelen Rechts- und Begriffsentwicklung mit der EU ausser Acht zu lassen. Nach der hier vertretenen Auffassung müssen all jene Gründe als «triftig» anerkannt werden, deren Berücksichtigung als zumindest gleichwertig oder höher einzustufen sind, als die für die Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung sprechenden Interessen:

- **Für die Übernahme** der neueren EuGH-Rechtsprechung zur Qualifikation notariellen Handelns spricht die Wahrung der angestrebten parallelen Rechtslage im europäischen Verhältnis²⁸. Tatsächlich

nicht voraussehbar gewesen sei. Gestützt auf die bisherige Rechtsprechung des EuGH habe man vielmehr davon ausgehen müssen, dass auch notarielle Tätigkeiten als hoheitlich qualifiziert werden würden, DENIS PIOTET, *Quel marché intérieur pour les notaires et les actes authentiques? Réflexions à partir de la consultation 614-0002 de la commission fédérale de la concurrence*, in: not@lex 2013, S. 116 f.

²⁴ Empfehlungen WEKO, D.1.2.

²⁵ Siehe Kapitel II. hiernach. Lehre und Bundesgericht gehen davon aus, dass der sachliche Geltungsbereich von FZA und BGBM übereinstimmen müssen, um sinnwidrige Ergebnisse zu verhindern. Folglich kann eine Änderung des sachlichen Geltungsbereichs des FZA nicht ohne Folgen für die Anwendung des BGBM bleiben (Stichwort Inländerdiskriminierung); vgl. STEPHAN WOLF / RICCARDO BRAZEROL, *Bemerkungen zur Personenfreizügigkeit von Notaren – Ein schriftlicher Nachtrag vom 6. Mai 2013 zur mündlichen Stellungnahme vom 30. April 2013 beim Verband bernische Notare*, S. 2; DENIS PIOTET (Fn. 23), S. 123 f.

²⁶ In Anbetracht des seit langem bestehenden Rechtsverständnisses und der tief verankerten Rechtspraxis in der Schweiz bräuchte eine Übernahme der neuen und europakompatiblen Begriffsauslegung der hoheitlichen Tätigkeit eine Praxisänderung mit derart weitgehenden Konsequenzen mit sich, dass diese als «triftiger Grund» zumindest ernsthaft geprüft werden muss, MATTHIAS OESCH (Fn. 15), S. 620.

²⁷ NINA GAMMENTHALER (Fn. 15), S. 324.

²⁸ Diese parallele Rechtslage trägt zur Verwirklichung einer zentralen Zielsetzung des Freizügigkeitsabkommens bei und bildet Bestandteil der

liegt es unbestrittenermassen (auch) im Interesse der Schweiz, dass den gleichen Bestimmungen im gesamten Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens dieselbe Bedeutung zuerkannt wird²⁹. Die hohe Priorität, welche das Bundesgericht dem Parallelismus zwischen dem Regime unter dem Freizügigkeitsabkommen und dem europäischen Binnenmarkt zumisst, wird bereits aus der Formulierung ersichtlich, dass es «mit Blick auf die angestrebte parallele Rechtslage nicht leichthin» einer dieser zuwiderlaufenden Rechtsauffassung Folge leisten wird³⁰.

- **Gegen die Änderung** und für die Beibehaltung der bestehenden Rechtspraxis hinsichtlich der Qualifikation der notariellen Tätigkeit sprechen demgegenüber insbesondere die nachfolgenden Gründe:
- In der Schweiz ist die Rechtsprechung zur «Hoheitlichkeit» notariellen Handelns klar und unbestritten. Das Bundesgericht hat (zuletzt im Jahr 2002) bei der Anwendung des Freizügigkeitsabkommens festgehalten, dass es sich bei Urkundstätigkeiten *zweifelloso* um Tätigkeiten handle, welche für sich genommen eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt mit sich einschliessen³¹. Das Bundesgericht hat gleichsam keinerlei Raum für Zweifel an der unmittelbaren Verbindung der Urkundstätigkeit mit dem hoheitlichen Handeln offengelassen.
- Gemäss schweizerischer Rechtsauffassung kommt im hoheitlichen Charakter der notariellen Tätigkeit nichts anderes zum Ausdruck als der Kern des demokratischen schweizerischen Staatsverständnisses, wonach die Staatsgewalt durch die Staatsunterworfenen selber ausgeübt wird³². Für Lehre und Rechtsprechung ist die notarielle Tätigkeit denn auch vergleichbar mit richterlichen Funktionen oder hohen politischen Ämtern. Zu Recht wird der Notar denn auch mit dem Richter verglichen, da in dessen Hände die nichtstreitige Gerichtsbarkeit (*jurisdictio voluntaria*) liegt³³. Entsprechend kann auch nicht ernsthaft bestritten werden, dass allein das Gemein-

schweizerischen Integrationspolitik, MATTHIAS OESCH, ZBJV 2012, S. 402.

²⁹ Eröffnung Meinungsaustausch zwischen Bundesrat und dem Bundesgericht über die Mechanismen zur Auslegung der bilateralen Abkommen Schweiz – EU, vom 29. Juni 2011, S. 2.

³⁰ BGE 136 II 5 E. 3.4.

³¹ BGE 128 I 280 E. 3.

³² BGE 128 I 280 E. 4.3.

³³ HANS MARTI, *Notariatsprozess – Grundzüge der öffentlichen Beurkundung in der Schweiz*, Bern 1989, S. 18 f.; CHRISTIAN BRÜCKNER, *Schweizerisches Beurkundungsrecht*, Basel 1993, Rz 481; PETER RUF, *Notariatsrecht*, Langenthal 1995, S. 76; ALEX DÉPRAZ, *L'acte authentique en droit fédéral et en droit cantonal comparé*, Lausanne 2002, S. 137 ff.; J. SCHLAEPLI, *La rémunération du notaire de tradition latine*, Genève 2009, S. 12 f.; DENIS PIOTET, (Fn. 23), S. 119.

wesen berechtigt ist, diese Tätigkeit den eigenen Angehörigen vorzubehalten und autonom zu definieren, welche Handlungen es als «hoheitlich» und welche als «privat» qualifiziert³⁴. Diese Befugnis eines Staates, sein Handeln souverän zu qualifizieren, tangiert folglich den Kern unseres Staats- und Demokratieverständnisses. Es ist denn auch geradezu das kennzeichnende Merkmal des modernen Staates, seine eigene Verknüpfung mit der Rechtsordnung selbständig zu definieren³⁵. Anzumerken ist, dass die älteste Form der Ausübung öffentlicher Gewalt eines Staates jene der Rechtsprechung und Rechtsanwendung ist, worunter nach der Lehre auch die notariellen Tätigkeiten zu subsumieren sind³⁶. Die Idee, dass ein Staat sein diesbezügliches Verständnis aufgrund eines fremden Gerichts revidiert, ist nicht leichthin gutzuheissen.

- Die Qualifikation von Urkundstätigkeiten als verliehene Hoheitsrechte entspricht dem Bedürfnis nach Verkehrssicherheit und dem Schutz der Parteien vor ungenauen, unklaren und ihrem Willen zuwiderlaufenden Verträgen. Tatsächlich genießt der neutrale – durch öffentliches Recht mit hoheitlichen Funktionen ausgestattete – Notar ein hohes und unparteiisches Ansehen unter den Vertragsparteien. Würde man dem Notar bei der Schaffung qualifizierter privatrechtlicher Verhältnisse seiner staatlichen (hoheitlichen) Funktion berauben, würde dies zu einer Verkehrsun-sicherheit führen und dem Übereilungsschutz entgegenwirken³⁷.
- Eine neue Qualifikation notariellen Handelns hätte ungeahnte Konsequenzen für die Aufsicht, die Disziplinargewalt und die Gebühren-/Honorarfestlegung. Wahrlich würde die «Entlassung» der notariellen Tätigkeit aus seiner hoheitlichen Funktion in dogmatischer Hinsicht zu einem revolutionären Paradigmenwechsel führen³⁸. Dabei gilt es zu erwägen,

dass es sich beim schweizerischen Verständnis der notariellen Tätigkeit um eine während mehr als sieben Jahrhunderten³⁹ gewachsene und tradierte Rechtsüberzeugung handelt, deren Änderung die bestehende Rechtssicherheit qualifizieren würde.

- Die Neudefinierung notariellen Handelns hätte allenfalls erhebliche finanzielle Konsequenzen für die Kantone: Tatsächlich erfüllt der Notar nach bisheriger Lehre und Rechtsprechung eine staatliche Funktion. Im Rahmen des freiberuflichen Notariats (z.B. im Kanton Bern) wird folglich eine Privatperson mittels Konzession mit der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben autorisiert. Damit stellt die Bewilligung zur (hoheitlichen) Ausübung notarieller Tätigkeiten ein wohl erworbenes Recht dar⁴⁰. Sollte der notariellen Tätigkeit die «Hoheitlichkeit» abgesprochen werden, müsste dies als Entzug dieses wohl erworbenen Rechts qualifiziert werden. Dies würde beim Kanton eine Entschädigungspflicht auslösen⁴¹.

[Rz 21] In Anbetracht der Tatsache, dass lediglich die «Parallelität der Begriffsverwendungen» eine Übernahme der neuen EuGH-Rechtsprechung indiziert, wogegen die Änderung der seit langem bestehenden und tief im schweizerischen Rechtsverständnis verwurzelten Rechtspraxis die oben genannten Konsequenzen zur Folge hätte, liegen unseres Erachtens triftige Gründe für die Beibehaltung der bisherigen Rechtsprechung vor⁴².

[Rz 22] Da gleichsam «triftige Gründe» für die Beibehaltung des bisherigen Verständnisses notarieller Tätigkeiten vorliegen, ist die neuere Rechtsprechung des EuGH vom Bundesgericht nicht zu übernehmen. Es ist folglich weiterhin davon auszugehen, dass nach schweizerischem Verständnis notarielle Tätigkeiten hoheitlich und damit unmittelbar sowie spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Das Freizügigkeitsabkommen bleibt folglich – zumindest für

³⁴ REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 268; HANGARTNER / KLEY, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, S. 628, Rz 1576; BGE 128 I 280 E. 4.3., m.w.H.

³⁵ Schlussanträge des Generalanwalts PEDRO CRUZ VILLALÓN vom 14. September 2010 in den Rechtssachen C-54/08 Europäische Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland; C-50/08 Europäische Kommission gegen Französische Republik; C-47/08 Europäische Kommission gegen Belgien; C-51/08 Europäische Kommission gegen Grossherzogtum Luxemburg; C-53/08 Europäische Kommission gegen Republik Österreich; C-61/08 Europäische Kommission gegen Hellenische Republik, Rz 115.

³⁶ HANS MARTI (Fn. 33), S. 18 f.; CHRISTIAN BRÜCKNER (Fn. 33), Rz 481; PETER RUF (Fn. 33), S. 76; ALEX DÉPRAZ (Fn. 33), S. 137 ff.; J. SCHLAEPPI (Fn. 33), S. 12 f.; DENIS PIOTET (Fn. 23), S. 119.

³⁷ HEINRICH NUSSBAUM, Beispiele mit Anmerkungen und Erläuterungen über öffentliche Beurkundungen mit einer einleitenden Darstellung des massgebenden Rechts, Baden 1941, S. 25 f.

³⁸ In Anbetracht des seit langem bestehenden Rechtsverständnisses und der

tief verankerten Rechtspraxis in der Schweiz brächte eine Übernahme der neuen und europakompatiblen Begriffsauslegung der hoheitlichen Tätigkeit eine Praxisänderung mit derart weitgehenden Konsequenzen mit sich, dass diese als triftigen Grund um vom Grundsatz einer europakompatiblen Auslegung abzuweichen zumindest ernsthaft geprüft werden muss; vgl. MATTHIAS OESCH (Fn. 15), S. 620.

³⁹ LOUIS CARLEN, Notariatsrecht der Schweiz, Zürich 1976, S. 1 ff., m.w.H.; PETER RUF (Fn. 33), 17 ff.

⁴⁰ PETER RUF (Fn. 33), S. 76 f.; HANS MARTI, Der Notar des Kantons Bern, Notar und Recht, Festschrift des Verbandes bernischer Notare, Bern 1953, S. 30 f.; STEPHAN WOLF / ANJA PFEUTI / YANNIK MINNIG (Fn. 2), Rz 17; DENIS PIOTET (Fn. 23), S. 121; J. SCHLAEPPI (Fn. 33), S. 3.

⁴¹ PETER RUF (Fn. 33), S. 75, m.w.H.

⁴² Auch STEPHAN WOLF und RICCARDO BRAZEROL äussern Zweifel, ob das Bundesgericht mit Blick auf das Territorialitätsprinzip und seiner bisherigen Praxis die Rechtsprechung des EuGH tel quel auf das Freizügigkeitsabkommen übertragen wird; STEPHAN WOLF / RICCARDO BRAZEROL (Fn. 25), S. 3. MATTHIAS OESCH hält die Argumentation, dass die besagte Praxisänderung einen triftigen Grund darstellen könnte, zumindest für diskutabel, MATTHIAS OESCH (Fn. 15), S. 620.

die hauptberufliche Tätigkeit des Notars⁴³ – auch weiterhin nicht anwendbar⁴⁴.

2. Innerstaatliche Umsetzung des Freizügigkeitsabkommens

a. Ausgangslage

[Rz 23] Am 30. September 2011 übernahm die Schweiz die Richtlinie 2005/36/EG⁴⁵ in den Anhang III des Freizügigkeitsabkommens. Der zweite Titel dieser Richtlinie wurde vom Schweizer Gesetzgeber durch den Erlass eines Ausführungsgesetzes (BGMD)⁴⁶ und einer Ausführungsverordnung (VMD)⁴⁷ konkretisiert.

[Rz 24] Das BGMD findet gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. c nur dann Anwendung, wenn sich die Person (zusätzlich zu den Voraussetzungen von lit. a und b) nach Anhang III des Freizügigkeitsabkommens oder nach Anhang K des Übereinkommens zur Errichtung der EFTA⁴⁸ auf die Richtlinie 2005/36/EG berufen kann. Auf das bilaterale Verhältnis mit der EU vereinfacht ausgedrückt bedeutet dies, dass dieses Ausführungsgesetz nur auf jene EU-Staatsangehörige anwendbar ist, welche einen Beruf ausüben, der vom Freizügigkeitsabkommen abgedeckt ist⁴⁹. In der Ausführungsverordnung zu diesem Ausführungsgesetz hat der Ordnungsgeber schliesslich festgehalten, dass auch Notare unter die reglementierten Berufsgattungen zu subsumieren seien⁵⁰. Interessant ist dabei, dass der Ordnungsgeber gemäss dem einschlägigen

erläuternden Bericht davon ausgegangen ist, dass alle Tätigkeiten, die in Ausübung hoheitlicher Befugnisse ergehen, nicht unter das BGMD und die VMD fallen sollen⁵¹. Entgegen der ständigen Judikatur und Lehre ist der Ordnungsgeber folglich offensichtlich davon ausgegangen, dass es sich bei Notaren nicht um hoheitlich tätige Organe handelt⁵².

b. Rechtliche Erwägungen der WEKO

[Rz 25] Nach Auffassung der WEKO habe der Gesetzgeber mit dieser Auflistung der Notare in der Ausführungsverordnung den bisherigen Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens dergestalt erweitert, dass sich nunmehr auch Notare auf dasselbe berufen können⁵³.

[Rz 26] In Anbetracht der bisherigen Ausführungen ist es jedoch zumindest fraglich, ob der Ordnungsgeber mit der Aufnahme der Notare in der Ausführungsverordnung nicht seine Kompetenzen überschritten hat und der Verordnung, resp. dieser Ausdehnung des sachlichen Anwendungsbereichs, nicht die Anwendung untersagt werden müsste.

c. Kritik

[Rz 27] Der Inhalt von Verordnungen, zu deren Erlass der Bundesrat in einem Bundesgesetz ermächtigt worden ist, kann daraufhin überprüft werden, ob der Bundesrat sich an die Grenzen der ihm im Bundesgesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat (Gesetzeskonformität)⁵⁴.

[Rz 28] Vorliegend ist gleichsam zu prüfen, ob die VMD mit dem zugrundeliegenden Gesetz (BGMD) konform ist:

[Rz 29] Der sachliche Anwendungsbereich des BGMD wird in dessen Art. 1 Abs. 2 festgelegt⁵⁵. Im Verhältnis zur EU fin-

⁴³ Vgl. zur Abgrenzung STEPHAN WOLF / AARON PFAMMATTER (Fn. 12), N7 zu Art. 2 NG.

⁴⁴ Im Ergebnis gleich, DENIS PIOTET (Fn. 23), S. 118, 121.

⁴⁵ Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABI EU L 255/22.

⁴⁶ Bundesgesetz über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen (BGMD) vom 14. Dezember 2012, SR 935.01.

⁴⁷ Verordnung über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen (VMD) vom 26. Juni 2013, SR 935.011.

⁴⁸ Übereinkommen vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA), SR 0.632.31.

⁴⁹ Botschaft zur Genehmigung des Beschlusses Nr. 2/2011 des Gemischten Ausschusses EU-Schweiz zum Freizügigkeitsabkommen (Änderung von Anhang III des Abkommens, gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen) und zur Umsetzung des Beschlusses (Bundesgesetz über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen) vom 4. April 2002 (BOTSCHAFT BGMD), BBl 2012 4401, S. 4420. Der Bundesrat hat in der Botschaft klargestellt, dass dieses Ausführungsgesetz nicht beabsichtige, den Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/36/EG auszudehnen, sondern lediglich das Melde- und Nachprüfungsverfahren regelt, da ohne solch eine Regelung jeder EU-Bürger, welcher sich auf die Richtlinie berufen könnte, seinen Beruf ohne jegliche vorgehende Überprüfung in der Schweiz ausüben könnte; BOTSCHAFT BGMD (Fn. 49), S. 4419.

⁵⁰ Art. 1 i.V.m. Anhang 1 Ziffer 11 VMD.

⁵¹ 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; besucht am 6. November 2013).

⁵² Empfehlung WEKO D.1.1., Rz 39.

⁵³ Empfehlung WEKO D.1.1.

⁵⁴ ULRICH HÄFELIN / WALTER HALLER / HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 2012, Rz 2099; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2011, § 8 Rz 14. Im Rahmen einer richterlichen Überprüfung der Rechtmässigkeit von Verordnungsbestimmungen ist aufgrund einer sorgfältigen Auslegung zu ermitteln, ob Verordnung und Gesetz eine rechtliche Einheit bilden; HANS GEORG NUSSBAUM, Rahmenbedingungen der Ordnungsgebung: Rechtliche Grundlagen und Funktionen von Verordnungen, in: LeGes 2003, S. 19 f.

⁵⁵ Weder aus anderen Artikeln des BGMD noch aus dessen Ingress lässt sich ein weitergehender sachlicher Geltungsbereich des BGMD ableiten. Das BGMD stützt sich gemäss dessen Ingress auf Art. 95 Abs. 1 BV und erging in Ausführung von Anhang III FZA (über die Gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen). Art. 95 Abs. 1 BV ermächtigt den Bund, Vorschriften zu erlassen über die Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit. Die Kompetenz umfasst nur Tätigkeiten, die unter dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit stehen und bietet damit folglich keine Grundlage für den Erlass von Vorschriften, die Tätigkeiten der öffentlichen Hand regeln; BERNHARD EHRENZELLER, Kommentar zur Schweizerischen

det das BGMD – wie hievor bereits erwähnt – lediglich auf jene Berufe Anwendung, welche unter das Freizügigkeitsabkommen subsumiert werden können⁵⁶.

[Rz 30] Folgt man der oben vertretenen Auffassung, wonach das Freizügigkeitsabkommen zumindest auf die hauptberufliche notarielle Tätigkeit keine Anwendung findet, so sind diese notariellen Tätigkeiten weiterhin vom Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens ausgeschlossen. Der Verordnungsgeber unterstellte damit die notarielle Tätigkeit in Art. 1 i.V.m. Anhang 1 Ziffer 11 VMD dem Verfahren nach BGMD, obschon dieses sachlich nicht auf diese Tätigkeiten anwendbar ist.

[Rz 31] Bewegt sich eine sog. unselbständige Verordnung – wie vorliegend die VMD – nicht in dem durch das Bundesgesetz vorgegebenen Rahmen, ist ihr die Anwendung im Einzelfall zu versagen⁵⁷. Es handelt sich in solchen Fällen um eine Verletzung des die Verordnung tragenden Bundesgesetzes, womit ein Verstoss gegen das Gesetzmässigkeitsprinzip vorliegt⁵⁸. Es ist mithin staatsrechtlich nicht möglich, mittels einer Verordnung den sachlichen Geltungsbereich eines Bundesgesetzes zu erweitern⁵⁹. Der Verordnungsgeber bewegte sich folglich ausserhalb des durch das BGMD vorgegebenen Rahmens (sachlicher Geltungsbereich), womit die Gesetzeskonformität der Verordnung hinsichtlich der Aufnahme der Notare in Anhang 1 Ziffer 11 zu verneinen ist. Dieser Bestimmung ist folglich die Anwendung zu versagen⁶⁰.

[Rz 32] Unabhängig vom soeben Dargelegten erstaunt es, dass der Bundesrat notarielle Tätigkeiten unter die Richtlinie 2005/36/EG subsumieren wollte, obschon gemäss EuGH-Urteile vom 24. Mai 2011 im Moment gestützt auf diese Richtlinie⁶¹ noch keine innereuropäische Freizügigkeit der Notare besteht⁶². Tatsächlich gilt es in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass momentan im innereuropäischen Verhältnis keine Freizügigkeit des Notariats besteht⁶³. Dadurch, dass der Schweizer Verordnungsgeber die notarielle Tätig-

keit dem Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/36/EG unterstellen wollte, räumte er gegenüber den EU-Mitgliedstaaten eine Freizügigkeit ein, welche sich die EU-Staaten untereinander nicht einräumen. Mit einer einseitigen Anerkennung der besagten Richtlinie für die Berufsgruppe der Notare würde die Schweiz folglich, ohne Gegenrechte zu erhalten, im bilateralen Verhältnis weitergehende Rechte gewähren als die EU-Mitgliedstaaten untereinander. Es besteht jedoch keinerlei Handlungsbedarf, gegenüber der EU eine entsprechende Freizügigkeit einzuräumen.

III. Interkantonale Anerkennung von Berufsqualifikationen der Notare

1. Ausgangslage

[Rz 33] Nach bisher unbestrittener Rechtsprechung und Lehre war auf Notare im interkantonalen Verhältnis das Binnenmarktgesetz⁶⁴ nicht anwendbar⁶⁵. Diese Auffassung ist wiederum Ausdruck des jahrhundertealten schweizerischen Rechtsverständnisses, wonach der Notar eine hoheitliche Tätigkeit ausübt, welche vom Anwendungsbereich des Binnenmarktgesetzes (BGBM) nach dessen Art. 1 Abs. 3 ausgeschlossen ist.

[Rz 34] Mit der Novelle von Art. 4 Abs. 3bis BGBM, welche am 1. Juli 2006 in Kraft trat, unterstellte der Bundesgesetzgeber die interkantonale Anerkennung von Berufsqualifikationen, welche unter das Freizügigkeitsabkommen fallen, nach den Regeln dieses Abkommens. Dies führt dazu, dass die entsprechende Anerkennung von Fachausweisen nicht nach den allgemeinen Anerkennungsregeln gemäss Art. 4 BGBM, sondern nach dem Freizügigkeitsabkommen (und den entsprechenden Ausführungserlassen) erfolgen muss.

[Rz 35] Wie dem Gesetzeswortlaut und der entsprechenden Botschaft zu entnehmen ist, fallen lediglich jene Berufsgattungen unter diese Gesetzesnovelle, welche vom Freizügigkeitsabkommen mitumfasst sind⁶⁶.

2. Rechtliche Erwägungen der WEKO

[Rz 36] Von der Prämisse ausgehend, dass notarielle Tätigkeiten unter das Freizügigkeitsabkommen zu subsumieren seien, deduziert die WEKO, dass – aufgrund der Novelle von Art. 4 Abs. 3bis BGBM – nunmehr auch eine interkantonale Freizügigkeit unter den Notaren bestehe. Dies wird nicht

Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008, Rz 8 f. zu Art. 95 BV.

⁵⁶ Vgl. II./2./a. hievor.

⁵⁷ PIERRE TSCHANNEN (Fn. 54), § 8 Rz 15 ff.

⁵⁸ PIERRE TSCHANNEN / ULRICH ZIMMERLI / MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 19 Rz 45; THOMAS GÄCHTER, in: BIAGGINI / GÄCHTER / KIENER (Hrsg.) Staatsrecht, Zürich / St. Gallen 2011, § 22 Rz 41.

⁵⁹ ULRICH HÄFELIN / WALTER HALLER / HELEN KELLER (Fn. 54), Rz 2099; PIERRE TSCHANNEN (Fn. 54), § 8 Rz 14.

⁶⁰ Zudem gilt es zu beachten, dass der Bundesrat allenfalls nicht bloss mit dieser Ausdehnung des sachlichen Anwendungsbereichs des BGMD seine Kompetenzen überschritten hat. Nach DENIS PIOTET wäre es dem Bundesrat überdies verwehrt gewesen, in einer Verordnung die den Kantonen in Art. 55 SchIT ZGB – mithin in einem Bundesgesetz – delegierte Hoheit in notariellen Bereichen zu derogieren; DENIS PIOTET (Fn. 23), S. 118.

⁶¹ Resp. der Vorgänger-Richtlinie 89/48/EWG.

⁶² MARIE-CHRISTINE FUCHS, Kein Staatsangehörigkeitsvorbehalt für den Zugang zum Notarberuf, EuZW 2011, S. 475 f.; ANDREAS SPICKHOFF (Fn. 14), Rz 13 ff.; STEPHAN WOLF / RICCARDO BRAZEROL (Fn. 25), S. 3; DENIS PIOTET (Fn. 23), S. 116.

⁶³ MARIE-CHRISTINE FUCHS (Fn. 62), S. 475 f.

⁶⁴ Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 6. Oktober 1995, SR 943.02.

⁶⁵ Urteil des Bundesgerichts 2P.433/1997 vom 30. Juni 1998, publ. in: ZBGR 2000, S. 72 ff.; BGE 128 I 280; HANS MARTI, Bernisches Notariatsrecht, Bern 1983, N 5 zu Art. 2 a NG; STEPHAN WOLF / AARON PFAMMATTER (Fn. 12), N 6 zu Art. 2 NG, m.w.H.

⁶⁶ Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004 (BOTSCHAFT BGBM), BBl 2005 465, S. 487.

zuletzt auch mit einer möglichen Inländerdiskriminierung begründet⁶⁷.

3. Kritik

[Rz 37] In Anbetracht der obigen Ausführungen, wonach die notariellen Tätigkeiten vom Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens ausgenommen sind⁶⁸, entfällt das Fundament der von der WEKO als Begründung für die interkantonale Freizügigkeit der Notare erwähnte Vermeidung von Inländerdiskriminierungen⁶⁹. Überdies ist dem Art. 4 Abs. 3bis BGBM betreffend notarielle Tätigkeiten die Anwendbarkeit zu versagen, da sich derselbe ausschliesslich auf Berufe bezieht, welche vom Freizügigkeitsabkommen mitumfasst sind.

IV. Fazit

[Rz 38] Weder die Rechtsprechung des EuGH zur Rechtsnatur notarieller Tätigkeiten noch die am 1. September 2013 in Kraft getretene VMD vermögen an der Freizügigkeit der Notare etwas zu ändern. Es ist demgemäss – entgegen den Ausführungen der WEKO – an der bisherigen Lehre und Rechtsprechung festzuhalten, wonach das BGBM sowie das Freizügigkeitsabkommen auf die hauptberufliche Tätigkeit des Notars nicht anwendbar und (hauptberufliche) notarielle Tätigkeiten nach wie vor als «hoheitlich» zu qualifizieren sind.

Prof. Dr. iur. ROLAND PFÄFFLI ist Notar und Grundbuchverwalter von Thun sowie Titularprofessor an der Universität Freiburg.

MLaw FABRIZIO ANDREA LIECHTI ist Fürsprecher in Bern.

* * *

⁶⁷ Empfehlung WEKO D.2.

⁶⁸ Vgl. II. hievor.

⁶⁹ Empfehlung WEKO D.2.