

Postadresse:
Regierungsrat des Kantons Aargau
Regierungsgebäude
5001 Aarau
Telefon 062 835 12 40
Fax 062 835 12 50
E-Mail regierungsrat@ag.ch

Wettbewerbskommission
Monbijoustrasse 43
3003 Bern

Aarau, 22. Mai 2013

Freizügigkeit und mögliche Inländerdiskriminierung von Notaren; Vernehmlassung

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 25. März 2013 wurden die Kantone eingeladen, zur binnenmarktrechtlichen Untersuchung der Wettbewerbskommission (WEKO) in Bezug auf die Überprüfung einer drohenden Inländerdiskriminierung aufgrund der Einführung gewisser Freizügigkeitsrechte für Notare in der EU Stellung zu nehmen sowie die in der Vernehmlassung aufgeführten Fragen zu beantworten. Wir danken Ihnen dafür und nehmen die Gelegenheit gerne wahr.

Das formelle Notariatsrecht ist Teil der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit. Die Urkundsperson ist zur Unparteilichkeit sowie Unabhängigkeit verpflichtet und wendet in verfahrensrechtlicher Hinsicht Verwaltungsrecht an. Gestützt auf Art. 55 Schlusstitel Schweizerisches Zivilgesetzbuch (SchlT ZGB) ist die Organisation eine staatliche Aufgabe, welche den Kantonen obliegt. Der Kanton Aargau verleiht seinen Urkundspersonen die Befugnis – in dessen Vertretung – Beurkundungen und Beglaubigungen auf seinem Gebiet vorzunehmen (Territorialitätsprinzip). Die Qualifikation der öffentlichen Beurkundung als eine amtliche, staatliche Tätigkeit im Sinne der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist somit folgerichtig. Angesichts der hoheitlichen Funktion der notariellen Tätigkeit stellt das Schweizer Bürgerrecht eine Voraussetzung für aargauische Urkundspersonen dar.

Sollten sich ausländische Urkundspersonen für ihre Tätigkeit in der Schweiz auf das Freizügigkeitsabkommen berufen können, wäre eine Inländerdiskriminierung zu verhindern. Eine Schlechterstellung inländischer Urkundspersonen gegenüber Urkundspersonen aus der EU wäre stossend.

Der Kanton Aargau regelt zum jetzigen Zeitpunkt im geltenden Beurkundungs- und Beglaubigungsrecht (in Kraft seit 1. Januar 2013) unter bestimmten Voraussetzungen die Anerkennung von ausserkantonalen Fähigkeitsausweisen. Die Berufsausübungsbewilligung als aargauische Urkundsperson wird nach eingehender Prüfung und Erfüllung der Voraussetzungen durch die zuständige aargauische Behörde erteilt. Sobald die Berufsausübungsbewilligung des Kantons erteilt ist, muss die Urkundsperson die notarielle Tätigkeit in einem anderen Kanton einstellen. Das bedeutet, dass eine Urkundsperson, als Inhaberin der aargauischen Beurkundungs- und Beglaubigungsbefugnis, ausschliesslich im Kanton Aargau Beurkundungen und Beglaubigungen vornehmen darf.

Die Einführung einer interkantonalen Freizügigkeit im vorgeschlagenen Sinne würde zur rechtsgleichen und effizienten Umsetzung in verschiedenen Bereichen Regelungen auf Bundesebene sowie die Anpassung der kantonalen Beurkundungsrechte bedingen (vgl. dazu auch Stellungnahme zu Ziffer 3). Aufgrund der sehr unterschiedlichen kantonalen Notariatsysteme bestünden gestützt auf die geltende Rechtslage zahlreiche ungelöste Fragen in der Umsetzung.

Die gestellten Fragen können unter Beachtung der Tatsache, dass die Beurteilung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum unbestimmten Rechtsbegriff der hoheitlichen Tätigkeit durch das Bundesgericht noch nicht erfolgt ist, wie folgt beantwortet werden:

Zur 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."

Das aargauische Beurkundungs- und Beglaubigungsrecht enthält nur Bestimmungen betreffend Anerkennung von ausserkantonalen Fähigkeitsausweisen. Es existieren keine Bestimmungen betreffend Anerkennung von ausländischen Fähigkeitsausweisen.

Zur 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."

Bis anhin sind noch keine Gesuche von Notaren aus dem EU-Raum bei uns eingetroffen.

Zur 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."

Urkundspersonen unterstehen der Aufsichtsbehörde und dem Beurkundungsrecht ihres Kantons. Betreffend Freizügigkeit der Notare können sich organisatorische Fragen stellen in Bezug auf die Abläufe, die Zuständigkeit und die Zusammenarbeit unter den kantonalen Aufsichtsbehörden. Zudem müssten im Binnenrecht allgemeingültige Voraussetzungen für die Anerkennung von ausserkantonalen Ausbildungen beziehungsweise Anforderungen an den Nachweis der ausreichenden Ausbildung geschaffen werden, damit die interkantonale Freizügigkeit barrierefrei gewährleistet wäre.

Die Freizügigkeit öffentlicher Urkunden im Bereich der Liegenschaftsverträge wird grundsätzlich begrüsst. Allerdings könnte dies zu einem Mehraufwand für die Kantone führen, wenn gehäuft ausserkantonal beurkundete Verträge über Grundstücke bei den Grundbuchämtern zur Anmeldung gelangen sollten.

Zur 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."

Das kantonale Beurkundungsrecht sieht lediglich eine Obergrenze nicht jedoch eine Untergrenze des Tarifs vor. So darf eine Urkundsperson bei der Erhebung der Beurkundungsgebühren gemäss § 69 des Beurkundungs- und Beglaubigungsgesetzes (BeurG) vom 30. August 2011 (SAR 295.200) vom Gebührentarif voraussetzungslos nach unten abweichen.

In diesem Zusammenhang weisen wir darauf hin, dass zurzeit vor dem Verwaltungsgericht ein von der Aargauischen Notariatsgesellschaft angeregtes Verfahren nach Art. 70 ff. des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG; Normenkontrolle) hängig ist. Dabei soll überprüft werden ob § 69 BeurG mit dem übergeordneten Recht übereinstimmt.

Zur Frage 5

"Welche Voraussetzungen muss eine Person in Ihrem Kanton erfüllen, um als Notar zugelassen zu werden?"

Die Voraussetzungen für die Erteilung der Beurkundungsbefugnis im Kanton Aargau sind gestützt auf § 6 Abs. 2 BeurG:

- a) der Wohnsitz in der Schweiz,
- b) das schweizerische Bürgerrecht,
- c) die Handlungsfähigkeit,
- d) das Fehlen von Unvereinbarkeiten gemäss § 7,
- e) der Ausweis über die berufliche Befähigung gemäss § 8,
- f) geeignete Büroräumlichkeiten im Kanton,
- g) das Fehlen von Strafregistereinträgen wegen Straftaten, die mit dem Notariatsberuf nicht vereinbar sind,
- h) das Fehlen von Verlustscheinen,
- i) der Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung oder das Erbringen anderer gleichwertiger Sicherheiten,
- k) die Inpflichtnahme durch die Präsidentin oder den Präsidenten der Notariatskommission.

Zur 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."

Ein ausserkantonaler Fähigkeitsausweis wird von der Notariatskommission des Kantons Aargau anerkannt, wenn ihm gleichwertige Voraussetzungen für die Erteilung zugrunde liegen, der Gesuchsteller die deutsche Sprache beherrscht und der andere Kanton Gegenrecht hält (§ 8 BeurG).

Gestützt auf § 8 der Beurkundungs- und Beglaubigungsverordnung (BeurV) vom 4. Juli 2012 (SAR 295.211) gilt der ausserkantonale Fähigkeitsausweis als gleichwertig, wenn der Gesuchsteller über einen Hochschulabschluss gemäss § 10 Abs. 1 lit. b BeurG verfügt, mindestens zwölf Monate spezifische Praxiserfahrung vorweist und eine gleichwertige Notariatsprüfung abgelegt hat. Der Abschluss der Maturitätsprüfung, des Hochschulabschlusses oder der Notariatsprüfung in deutscher Sprache gilt als Nachweis für die Beherrschung der deutschen Sprache.

Unvereinbar mit der Ausübung der Beurkundungstätigkeit ist gemäss § 7 Abs. 1 lit. a BeurG jedoch die Tätigkeit als Urkundsperson in einem anderen Kanton.

Zur 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 Anerkennung ausserkantonale erworbener Fähigkeitsausweise ist im Kanton Aargau im neuen Beurkundungs- und Beglaubigungsgesetz bereits vorgesehen (wobei die Beurkundungstätigkeit auf den Kanton Aargau beschränkt ist). Gründe die gegen eine Anerkennung sprechen könnten sind zum Beispiel der den Kantonen für die Überprüfung der Voraussetzungen für eine Anerkennung entstehende Mehraufwand. Ein Mehraufwand entsteht auch durch die allfällig zu ergreifenden ergänzenden Massnahmen, wenn die Voraussetzungen für die Anerkennung nicht vollständig gegeben sind (zum Beispiel auf jeweiligen Kanton zugeschnittene, ergänzende Prüfung). Die Frage, ob ein Fähigkeitsausweis als gleichwertig angesehen wird, wird wohl in den Kantonen unterschiedlich streng beurteilt werden. Dies kann vorderhand zu Ungleichbehandlungen führen. Die Grundsätze für die Beurteilung der Gleichwertigkeit werden sich erst nach und nach in der Praxis entwickeln.

Zur 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."

Gemäss § 6 BeurG ist der Wohnsitz in der Schweiz Voraussetzung für die Erteilung der Beurkundungsbefugnis. Die Voraussetzung des schweizerischen Wohnsitzes basiert auf der Überlegung, dass es unter dem Gesichtspunkt der (disziplinarrechtlichen) Aufsicht und der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit (Haftung) wünschenswert ist, dass Urkundspersonen ihre "rechtliche Adresse" und den Ort der Zwangsvollstreckung in der Schweiz haben. Erforderlich sind zudem Büroräumlichkeiten im Kanton Aargau und die Gewährleistung der Verfügbarkeit der Urkundsperson (vgl. §§ 6 Abs. 2 lit. f und 18 Abs. 1 BeurG). Da diese Voraussetzungen ausreichend sind, ist eine kantonale Wohnsitzpflicht nicht erforderlich.

Zur Frage 9

"Welche ausserkantonale erstellten öffentlichen Urkunden werden in Ihrem Kanton durch die zuständige Behörde oder das zuständige Gericht

- a. nicht anerkannt?
- b. unter gewissen Voraussetzungen anerkannt?
- c. ohne weiteres anerkannt?"

Sämtliche ausserhalb des Kantons von einer zuständigen schweizerischen Urkundsperson gültig errichteten Urkunden werden anerkannt, mit Ausnahme von Rechtsgeschäften über im Kanton gelegene Grundstücke (§ 5 BeurG). Gestützt auf das übergeordnete Recht werden

darüber hinaus ausserkantonale Urkunden über im Kanton gelegene Grundstücke im Bereich des ausserbuchlichen Erwerbs anerkannt (zum Beispiel Vermögensübertragung im Sinne von § 70 Fusionsgesetz [FusG], Abschluss eines Ehevertrags auf Gütergemeinschaft, Gestaltungsurteil, und andere).

Zur 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?"

Die Freizügigkeit öffentlicher Urkunden im Bereich der Liegenschaftsverträge wird grundsätzlich begrüsst. Allerdings könnte dies zu einem Mehraufwand für die Kantone führen, wenn gehäuft ausserkantonale beurkundete Verträge über Grundstücke bei den Grundbuchämtern zur Anmeldung gelangen sollten.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Vernehmlassung und versichern Sie, sehr geehrte Damen und Herren, unserer ausgezeichneten Hochachtung.

IM NAMEN DES REGIERUNGSRATS

Landammann:

Staatsschreiber:

Alex Hürzeler

Dr. Peter Grünenfelder

Kopie an:

- Departement Volkswirtschaft und Inneres
- Abteilung Register und Personenstand DVI