

Isabelle Nuspliger

Zusammenfassung der Podiums- und Plenumsdiskussion zur Zukunft des Notariats in der Schweiz vom 18. Oktober 2013

Am 18. Oktober 2013 fand das Symposium des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern zur Zukunft des Notariats in der Schweiz statt. Der Beitrag fasst die Podiums- und Plenumsdiskussion zusammen.

Rechtsgebiet(e): Notariats- und Anwaltsrecht; Tagungsberichte

Zitiervorschlag: Isabelle Nuspliger, Zusammenfassung der Podiums- und Plenumsdiskussion zur Zukunft des Notariats in der Schweiz vom 18. Oktober 2013, in: Jusletter 28. Oktober 2013

Inhaltsübersicht

1. Einleitung Prof. Dr. Stephan Wolf
2. Dr. Nicolas Diebold zu den Empfehlungen der WEKO vom 23. September 2013
3. Dr. Hermann Schmid zum Vorentwurf des Bundesamtes für Justiz vom 14. Dezember 2012 zur Revision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Öffentliche Beurkundung)
4. Martin Bichsel als Vertreter des lateinischen Notariats
5. René Biber als Vertreter des staatlichen Notariats Zürich
6. Widersprüche zwischen den Empfehlungen der WEKO und dem Vorentwurf?
7. Vereinheitlichung des Beurkundungsverfahrens?
8. Voten aus dem Plenum
9. Schluss

[Rz 1] Anlässlich des Symposiums des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern zur Zukunft des Notariats in der Schweiz vom 18. Oktober 2013 wurde im Anschluss an die Referate eine Podiums- und Plenumsdiskussion mit den Referenten und den Veranstaltungsteilnehmern durchgeführt.

[Rz 2] An der Podiumsdiskussion unter der Leitung von Prof. Dr. STEPHAN WOLF, Ordinarius für Privatrecht sowie Notariatsrecht, Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern, nahmen teil:

- Prof. Dr. ANDREAS SPICKHOFF, Ordinarius für Bürgerliches Recht, Medizinrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung sowie geschäftsführender Leiter des Instituts für Notarrecht an der Universität Göttingen;
- Ass.-Prof. Dr. SIMON LAIMER, LL.M., Rechtsanwalt, Assistenzprofessor am Institut für Zivilrecht/Europäisches, Vergleichendes und Internationales Privatrecht an der Universität Innsbruck;
- RENÉ BIBER, Notariatsinspektor des Kantons Zürich;
- MARTIN BICHSEL, Anwalt und Notar, Lehrbeauftragter an der Universität Bern, Vizepräsident des Schweizerischen Notarenverbandes;
- Dr. NICOLAS DIEBOLD, Rechtsanwalt, LL.M., Wettbewerbskommission, Leiter Kompetenzzentrum Binnenmarkt;
- Dr. HERMANN SCHMID, Rechtsanwalt, Vorsteher Eidgenössisches Amt für Grundbuch- und Bodenrecht, Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement.

[Rz 3] Im folgenden Beitrag wird – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – über die diskutierten Themen berichtet. Die Berichterstattung beschränkt sich auf eine sinngemässe Wiedergabe der wichtigsten Punkte anlässlich der Diskussion, und es wird keine persönliche Stellungnahme abgegeben. Vorab folgt eine Zusammenfassung der Aussagen der Podiumsteilnehmer, welche sich frei und ohne Bindungswirkung – und ohne dass die Möglichkeit zum Gegenlesen der nachfolgend dargestellten Aussagen bestand – äusserten. Anschliessend werden einzelne Voten aus dem Publikum ohne namentliche Erwähnung zusammengefasst.

1. Einleitung Prof. Dr. Stephan Wolf

[Rz 4] Prof. Dr. Stephan Wolf erklärt die Diskussion für eröffnet und steigt ein mit deren beiden Auslösern – einerseits der Empfehlung der Wettbewerbskommission (nachfolgend WEKO) vom 23. September 2013 zuhanden des Bundesrates betreffend Freizügigkeit für Notare und öffentliche Urkunden¹ und andererseits dem Vorentwurf vom 14. Dezember 2012 zur Revision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Öffentliche Beurkundung)². Das gemeinsame Stichwort sei «Freizügigkeit», d.h. der Wettbewerb und ein möglichst weitgehender, freier Marktzugang. Nun sei Wettbewerb ja grundsätzlich durchaus etwas Positives, aber im Zusammenhang mit unserem Thema lägen verschiedene, teils ganz komplexe Fragen auf dem Tisch. Nicht zu vergessen seien hierbei die folgenden Stichworte: Rechtssicherheit, Qualität und letztlich auch Klientenschutz.

[Rz 5] Prof. Dr. Stephan Wolf stellt die Einstiegsfrage, was denn «Freizügigkeit» eigentlich bedeute, und wirft dazu zwei pointierte Beispiele in die Diskussionsrunde: Dürfe beispielsweise ein Notar aus Palermo einen Kaufvertrag über ein landwirtschaftliches Gewerbe in Meiringen-Hasliberg beurkunden? Dürfe er das von Sizilien aus oder müsse er ins Haslital reisen für die Beurkundung? Kenne er das landwirtschaftliche Bodenrecht? Wenn er das nicht beachte, komme es gegebenenfalls zu einer Grundbuchabweisung. Kenne er die Beurkundungssprache im Oberhasli? Oder um ein anderes Beispiel zu erwähnen: Solle die Notarin in Hamburg Stockwerkeigentum in Zermatt begründen und Kaufverträge über Stockwerkeinheiten beurkunden können? Kenne sie die Zweitwohnungsinitiative? Wenn nein, komme es auch hier zu Schwierigkeiten.

[Rz 6] Prof. Dr. Stephan Wolf erteilt das Wort zunächst Dr. Nicolas Diebold für die WEKO. Die WEKO scheine ja offenbar mehr Wettbewerb zu wünschen, als das der Europäische Gerichtshof verlange. Warum gehe man weiter als Europa?

2. Dr. Nicolas Diebold zu den Empfehlungen der WEKO vom 23. September 2013

[Rz 7] Dr. Nicolas Diebold erläutert eingangs den Bericht der WEKO, welcher vor einer Woche herausgegeben wurde.

¹ Empfehlung 614-0002 der WEKO vom 23. September 2013 zuhanden der Kantone und des Bundesrats betreffend Freizügigkeit der Notare und öffentliche Urkunden, einsehbar unter <http://www.news.admin.ch/NS-BSsubscriber/message/attachments/32316.pdf> (zuletzt besucht am 19. Oktober 2013).

² Zum Ganzen Erläuternder Bericht mit Vorentwurf zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Änderung betreffend öffentliche Beurkundung, einsehbar unter <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2012/2012-12-14/vn-ber-d.pdf> (zuletzt besucht am 19. Oktober 2013).

Was unter der Freizügigkeit verstanden werde, lasse sich in vier Punkten zusammenfassen. Erstens gehe es um die Anerkennung der Berufsqualifikationen von Notaren aus anderen Kantonen bei gleichwertiger Ausbildung. Also darum, dass es einem Berner Notar möglich sein sollte, dass seine Qualifikation anerkannt werde und er bei einem Wechsel in den Kanton Aargau nicht noch einmal das Notariatspraktikum machen müsse. Zweitens werde die Aufhebung der Gegenrechtsbestimmungen vorgeschlagen. Ausserdem sollten drittens weitere einschränkende Massnahmen wie die Wohnsitzpflicht und das Staatsbürgerschaftserfordernis aufgehoben werden. Schliesslich werde viertens dem Bundesrat empfohlen, im Rahmen der aktuellen Revision des Zivilgesetzbuches (SchIT ZGB zur öffentlichen Beurkundung) eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, die es den Notaren ermögliche, öffentliche Urkunden im Bereich der Liegenschaftsübertragungen interkantonal anzuerkennen und bei den kantonalen Grundbuchämtern eintragen zu lassen.

[Rz 8] Für die WEKO stehe die Freizügigkeit der Notare im Vordergrund und damit die Anerkennung der Berufsqualität und nicht die Frage der Tarife. Einer möglichen Inländerdiskriminierung solle somit entgegengewirkt werden. Mit der Anerkennung der öffentlichen Urkunde im Immobilienbereich gehe nicht ein Erdbeben durch die Welt. Der Kunde könne denjenigen Notar vor Ort wählen, den er kenne und es sei für ihn einfacher. So könne er jemanden wählen, zu dem er allenfalls bereits ein Vertrauensverhältnis aufgebaut habe, auch wenn dieser in einem anderen Kanton als Notar tätig sei. Es gehe um das Preis-Leistungs-Verhältnis und den Wettbewerb hierum und nicht um den Preis. Etwas Gutes könne dann auch mehr kosten. Die Qualität sinke damit nicht, sondern werde im Gegenteil steigen.

3. Dr. Hermann Schmid zum Vorentwurf des Bundesamtes für Justiz vom 14. Dezember 2012 zur Revision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Öffentliche Beurkundung)

[Rz 9] Dr. Hermann Schmid erklärt die getroffenen Überlegungen und Mehrwerte des Vorentwurfes für eine Revision der SchIT ZGB, was in den Zuständigkeitsbereich des Eidgenössischen Grundbuchamtes fällt. Der Vorentwurf könne in zwei Teile geteilt werden. Erstens gehe es um eine strenge Nachführung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Lehre und zweitens um das innovative Element der Freizügigkeit. Die Freizügigkeit von öffentlichen Urkunden mache namentlich dann wenig Sinn, wenn es an der Ausbildung mangle. So werde in der Vernehmlassung im Wesentlichen bemängelt, dass die Anforderungen an die Ausbildung ungenügend seien. Hierbei handle es sich aber um einen

rechtspolitischen Prozess, in welchem der mangelnden Ausbildung entgegengewirkt werden müsse.

[Rz 10] Das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens sehe nicht gut aus und es gebe wenige Kantone, welche der Freizügigkeit der öffentlichen Urkunden zustimmen würden. Der Bundesrat müsse von diesem Ergebnis zunächst offiziell Kenntnis nehmen.

4. Martin Bichsel als Vertreter des lateinischen Notariats

[Rz 11] Prof. Dr. Stephan Wolf erwähnt den kürzlich unter dem Titel «Den Notaren Dampf machen» erschienenen NZZ-Artikel³ und stellt Martin Bichsel die Frage, ob das lateinische Notariat Dampf brauche.

[Rz 12] Martin Bichsel, seit 30 Jahren praktizierender Notar, erkenne das Bedürfnis und den Wert der Revision nicht. Es bestehe kein zwingender Revisionsbedarf und er sehe nicht, dass es an Wettbewerb mangeln würde. Nicht erkennbar sei, wo denn die Malaise sein solle. Seiner Ansicht nach bestehe ein gut funktionierendes Notariat. Handlungsbedarf bestehe andernorts und er habe Mühe mit den Bestrebungen, welche sich auf einen Punkt isolieren. Wenn man das System verbessern wolle, müsse man koordinieren und nicht eine isolierte Betrachtung vornehmen. Wenn schon, dann bestehe umgekehrt bei den Behörden Handlungsbedarf.

[Rz 13] Es werde verkannt, dass das Notariat mit der Freizügigkeit an sich keine Probleme habe. Man habe andere Bedenken und man müsse die Qualität wahren und die Rechtssicherheit dürfe nicht darunter leiden. Das Niveau sei nicht das gleiche mit einem Mindeststandard, sondern es sei eine Nivellierung nach unten zu befürchten.

5. René Biber als Vertreter des staatlichen Notariats Zürich

[Rz 14] Auf die Frage, ob denn das Amtsnotariat Dampf brauche, führt René Biber aus, dass die Staatsangestellten wohl nach Ansicht des Durchschnittsbürgers Dampf bräuchten. Als Vertreter des staatlichen Notariats sei er aber zufrieden mit der Organisationsform und auch eine Bevölkerungsumfrage bestätigte mit über 90% die Zufriedenheit mit diesem System.

[Rz 15] Zürich sei im Übrigen zusammen mit Schaffhausen nicht der einzige Exot auf der Schweizer Landkarte mit einem Amtsnotariat. Auch in Appenzell Ausserrhodens und im Thurgau seien die Beurkundungen im Immobilienbereich den staatlichen Notaren übertragen.

³ CHRISTOPH G. SCHMUTZ: Den Notaren Dampf machen, NZZ vom 12. Oktober 2013.

[Rz 16] In Zürich bestünden drei Zweige und drei Funktionen: das Notariat, das Grundbuch- und das Konkursamt. Zürich sei in 44 fixe Kreise eingeteilt und die Notare würden alle vier Jahre von der Stimmbevölkerung ihres Kreises gewählt. Diese würden im stillen Wahlverfahren jeweils problemlos bestätigt. Im Immobilienbereich könne der Notar jeweils nur für seinen Kreis tätig sein, die Freizügigkeit bestehe also nicht einmal innerhalb des Kantons Zürich. Die übrigen Beurkundungen wie z.B. im wirtschaftsrechtlichen Bereich seien demgegenüber ohne weiteres beispielsweise auch in Winterthur möglich. Es bestehe ein Numerus clausus der Notare und beurkunden dürften nur diese in ihrem abschliessenden Kreis. Es gäbe aber auch Notare, welche freiberuflich in Treuhandfirmen arbeiteten, welche aber ausschliesslich beraten und nicht beurkunden dürften. Dies sei eine Spezialität in Zürich.

[Rz 17] Die WEKO verlange nicht, dass das Amtsnotariat in Zürich niedergelegt werden solle, von dem her sehe er der Empfehlung gelassen entgegen. Aber wenn z.B. Notare aus dem Aargau oder Bern einen Grundstückskauf in Zürich beurkunden dürften, dann sähe er ein Problem. In Zürich bestünde eine Gebühr von einer Promille des Kaufpreises/der Pfandsomme. Damit finde eine Quersubventionierung statt und die Gebühren seien gegen oben offen. Wenn also ein Gebäude für eine Milliarde verkauft werde, müsse man in Zürich eine Gebühr von einer Million bezahlen. Mit der vorgeschlagenen Freizügigkeit bestünde nun das Problem, dass ausserkantonale/internationale Notare diesen Vorgang beurkunden könnten und damit das Gebührenwesen im Kanton Zürich in Frage gestellt würde.

[Rz 18] Er befürworte die Kodifizierung der Mindestvorschriften auf Bundesebene und es sei vergleichbar mit dem Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG).

6. Widersprüche zwischen den Empfehlungen der WEKO und dem Vorentwurf?

[Rz 19] Prof. Dr. Stephan Wolf weist darauf hin, dass die WEKO kantonale Eignungsprüfungen (z.B. bezüglich Amtssprachen und dem kantonalen Recht) zulassen würde und diesbezüglich ein gewisser Widerspruch zur Freizügigkeitsbestimmung in den SchIT ZGB geschaffen würde. Denn der Notar im Kanton A könne dann zwar nicht im Kanton B Grundstücksgeschäfte beurkunden, aber er könne in seinem Kanton A ohne jede Ergänzungsprüfung die Beurkundung über ein Grundstück im Kanton B vornehmen, und das Grundbuchamt im Kanton B sei dann zur Entgegennahme und Eintragung des Geschäftes verpflichtet.

[Rz 20] Dr. Nicolas Diebold weist vorweg darauf hin, dass auch die Rechts- und Sachkenntnisse der lokalen Verhältnisse innerhalb des Kantons – beispielsweise in Langenthal

und Interlaken – unterschiedlich seien. Zum möglichen Widerspruch und zum Votum von Martin Bichsel, dass keine Malaise bestehe, führt er Argumente an, weshalb die Anerkennung der öffentlichen Urkunde im Liegenschaftsbereich im Interesse des Konsumenten möglich sein sollte. Mit dem Erfordernis der Ergänzungsprüfung sollen klare Verhältnisse geschaffen werden. Bei einem Kantonswechsel müsste der Konsument andere Zulassungsvoraussetzungen konsultieren und sich informieren, wen er als Notar beziehen wolle. Mit der Anerkennung von öffentlichen Urkunden betreffend Grundstücksgeschäfte könnte der Kunde einen ihm bekannten Notar schweizweit auswählen, zu dem beispielweise bereits ein Vertrauensverhältnis bestehe.

[Rz 21] Dr. Hermann Schmid fügt hinzu, dass eine genügende Ausbildung mit der Freizügigkeit vorausgesetzt sei. Dies sei ein offener Punkt, welchen man mit Rücksicht auf das Ergebnis der Vernehmlassung genauer prüfen müsse. Das Vernehmlassungsverfahren betreffend die Freizügigkeit sei der grösste Block, hierzu sei schon alles gesagt, nur noch nicht alles von jedem. Da werde noch Klärungsbedarf sein.

7. Vereinheitlichung des Beurkundungsverfahrens?

[Rz 22] Prof. Dr. Stephan Wolf stellt die Frage, ob die Freizügigkeit nicht voraussetzen würde, dass das Beurkundungsverfahren schweizweit einheitlich – wie nun die Zivilprozessordnung (ZPO) / Strafprozessordnung (StPO) – geregelt würde. Das wäre nach seinem Dafürhalten sehr viel sinnvoller als eine Kodifikation der Mindestanforderungen bzw. man würde zusätzlich einen Mehrwert erhalten. So könnte man 26 verschiedene Verfahren sinnvoll vereinheitlichen.

[Rz 23] Dies sei der springende Punkt und absolut sinnvoll, findet Martin Bichsel. Dann könne man entscheiden, ob man die Organisation beibehalten wolle oder nicht. Auch René Biiber teilt diese Auffassung.

[Rz 24] Anderer Meinung ist demgegenüber Dr. Hermann Schmid. Eine Vereinheitlichung des Beurkundungsverfahrens sei nicht realistisch und man würde nach den Sternen greifen. Realistisch sei lediglich die Kodifikation der Mindestvoraussetzungen. Es sei beispielsweise ein Vorentwurf für ein Bundesgesetz mit einem einheitlichen Verfahren für die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden in der Vernehmlassung gewesen und nach dieser in der Ära Blocher gestrichen und lediglich die Mindestvoraussetzungen im Zivilgesetzbuch (ZGB) festgehalten worden. Dies sei so in Kraft gesetzt worden und funktioniere. Ein Nebeneinander mit kantonalem Recht gehe zwar nicht ohne Schwierigkeiten, das sei jedoch das tägliche Brot des Juristen.

8. Voten aus dem Plenum

[Rz 25] Prof. Dr. Stephan Wolf erteilt anschliessend das Wort

auch dem Plenum und fragt, wie die Meinungen seien. Nachfolgend werden einzelne Voten wiedergegeben.

[Rz 26] Die Verleihung der Urkundsbefugnis sei ein hoheitlicher Akt und die Gebühr keine frei verhandelbare Entschädigung. Im Bereich der Freizügigkeit würden die Grundstücksgeschäfte am Ziel vorbeischiessen. Man wolle verhindern, dass man zu einem reinen Stempelnotar werde. Die Beratung im Zusammenhang mit den baurechtlichen und steuerrechtlichen Konsequenzen sei aufgrund der kantonalen Unterschiede wichtig. Wenn die Freizügigkeit für die Grundstücksgeschäfte interkantonal zulässig sei, dann trete die Beratungstätigkeit in den Hintergrund und sei nicht mehr gefragt.

[Rz 27] Die WEKO solle zugeben, dass es eigentlich um das Drücken der Gebühren gehe und hierzu Transparenz schaffen, und die Notare nicht vor Tatsachen stellen. Dr. Hermann Schmid entgegnet hierauf, dass das Bundesamt für Justiz diese Ansichten nicht teile. Dem Bundesrat gehe es darum, die Mindestvoraussetzungen zu regeln. Es ändere sich nichts mit der Revision der SchIT ZGB. Ziel sei nicht ein reines Stempelnotariat, sondern es solle die Rechtsprechung und die Lehre und damit der Stand des Notariatsrechts kodifiziert werden. Es handle sich um nichts weiter als um heute bereits geltendes Recht und er verstehe die Aufregung nicht. Nach unten gäbe es keine Nivellierung.

[Rz 28] Martin Bichsel führt an, dass es sich bei den Notaren eben nicht um freie Marktteilnehmer handle und sie Berufsvorschriften zu beachten hätten. Wenn man Wettbewerb betreiben würde, würde man aus dem Notariatsregister gestrichen.

[Rz 29] Die Notare hätten keine Angst vor dem Wettbewerb, es gehe aber vor allem um die Qualität und den Konsumentenschutz. Auch die Frage der Aufsicht sei ein entscheidendes Kriterium für die Konsumenten. Es bestünden unterschiedliche Systeme, was nicht einfach übersehen werden dürfe. Wesentliche Fragen, die sich stellen, seien vom Tisch gefegt worden, weil es sonst schwierig würde. Man solle keinen Schnellschuss machen, sondern es systematisch durchbringen. Es funktioniere gut und wenn Dr. Nicolas Diebold sage, dass es für die Kunden keine Rolle spiele, dann erkenne er die Realität. Wenn der Kunde z.B. eine Frage im Steuerrecht habe, dann werde man in Zürich zum Steueramt weitergeschickt. In Bern kann dies alles der Notar beantworten. Es gäbe also deutliche Unterschiede mit Kenntnissen der kantonalen Gegebenheiten. Die Notare seien offen für Veränderungen, diese dürften aber nicht auf Kosten der Qualität des Notariats und der Konsumenten gehen.

[Rz 30] Gegen die Freizügigkeit habe man nichts einzuwenden, aber nicht in Form der Revision der SchIT ZGB. Die Kodifikation sei unnötig und schädlich. Es müssten zudem weitere Fragen wie die Unvereinbarkeiten geklärt werden, der Weg über die Revision der SchIT ZGB sei aber der falsche.

[Rz 31] Der Vorentwurf könne einen positiven Effekt auf die Qualität haben, er bringe es aber noch nicht zum Ausdruck, da er die rechtliche Realität ungenügend abbilde. Die Kodifizierung eines einheitlichen Beurkundungsverfahrens sei politisch unrealistisch und man habe lieber den Spatz in der Hand mit der Vorlage des Bundesrates. Man sei auf dem richtigen Weg.

[Rz 32] Prof. Dr. Andreas Spickhoff beantwortet die Frage, was wir Schweizer am besten tun sollen, dahingehend, dass es mit 26 unterschiedlichen kantonalen Regelungen politisch sehr schwierig sei. Man müsse als ausländischer Jurist ein guter Fotograf sein und bei der Rechtsfortbildung ein guter Architekt. Er halte sich tunlichst zurück mit Ratschlägen, denn man müsse ein sehr guter Fotograf sein, wenn man 26 verschiedene notarielle Regelungen in den Griff kriegen wolle.

[Rz 33] Auch Ass.-Prof. Dr. Simon Laimer hält sich zurück und erwähnt das Bild von Ernst Rabel, welcher die Rechtsvergleicher vor Eingeborenen mit Pfeilen warne. Die Themen Haftung, Aufsicht und Ausbildung müssten wohl ebenfalls noch mehr berücksichtigt werden. Jedenfalls scheine noch nicht alles beantwortet zu sein.

9. Schluss

[Rz 34] Prof. Dr. Stephan Wolf stellt fest, dass «alles noch nicht beantwortet zu sein scheint» gerade einen guten Schlusssatz darstelle und die Frage, wie es weiter gehen solle, offen sei. Auf jeden Fall dürfe es zu keinem Qualitätsverlust im Notariat kommen. Er bedankt sich bei allen Referenten, den Podiumsdiskussionsteilnehmern und dem Plenum für die Ausführungen und die offene Diskussion.

ISABELLE NUSPLIGER, MLaw, Assistentin am Zivilistischen Seminar der Universität Bern

* * *