

Riccardo Brazerol

Das schweizerische Notariat im Fokus der Freizügigkeit

Die Rechtslage in der Schweiz mit Blick auf die Rechtsprechung des EuGH zur Freizügigkeit der Notare in der EU

Der schweizerische Notar nimmt im Rahmen seiner öffentlichen Beurkundungstätigkeit eine hoheitliche Funktion wahr und ist nach bisherigem Verständnis vom Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Union sowie von demjenigen des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt ausgenommen. Der Europäische Gerichtshof hat in einer Reihe von Entscheidungen nun aber festgehalten, dass sich der europäische Notar auf die Niederlassungsfreiheit berufen kann. Der Beitrag geht der Frage nach, inwiefern sich die Entscheide des Gerichtshofes auf die Schweiz auswirken und welche Freizügigkeit dem schweizerischen Notar dadurch im interkantonalen Verhältnis zukommt.

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

Zitiervorschlag: Riccardo Brazerol, Das schweizerische Notariat im Fokus der Freizügigkeit, in: Jusletter 28. Oktober 2013

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Das schweizerische Notariat im Überblick
- III. Die Grundfreiheiten des europäischen Binnenmarkts
 1. Personenfreizügigkeit
 2. Dienstleistungsfreiheit
 3. Bereichsausnahmen zur Personenfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit
 4. Rechtsprechung des EuGH zur Bereichsausnahme der Niederlassungsfreiheit
- IV. Geltung der Freizügigkeitsrechte für Notare aus der EU
 1. Freiberufliche Notare und die Niederlassungsfreiheit
 2. Amtsnotare und die Arbeitnehmerfreizügigkeit
 3. Das Notariatswesen und die Dienstleistungsfreiheit
- V. Einschränkungen der Freizügigkeitsrechte
- VI. Zusammenfassung

I. Einleitung

[Rz 1] Mit dem Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA)¹ hat die Schweiz die Grundfreiheiten des europäischen Binnenmarktes im Bereich des freien Personen- und Dienstleistungsverkehrs übernommen.

[Rz 2] Das Freizügigkeitsabkommen war für schweizerische Notare bisher unbeachtlich, denn nach herrschender Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung übernimmt der Notar² im Rahmen seiner Beurkundungstätigkeit eine *hoheitliche Funktion* und ist deshalb vom Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens sowie des Binnenmarktgesetzes (BGBM)³ ausgenommen.⁴ Diese Rechtslage hat sich aufgrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) womöglich geändert. Am 24. Mai 2011 entschied der EuGH, die öffentliche Beurkundungstätigkeit sei keine Tätigkeit mit unmittelbarer öffentlicher Gewalt und erklärte damit die Niederlassungsfreiheit auf Notare innerhalb der Europäischen Union (EU) für anwendbar.⁵

[Rz 3] Wer einem Notar aus der EU den freien Zugang zum

schweizerischen Notariat gewährt, muss dies auch seinen Landsleuten gewähren, sonst resultiert eine *Inländerdiskriminierung*.⁶ Eine interkantonale Freizügigkeit schweizerischer Notare kann aber nur im Umfang durch eine Inländerdiskriminierung gerechtfertigt werden, als dem europäischen Notar der freie Zugang zum schweizerischen Notariat gewährt wird. Die nachfolgenden Ausführungen gehen deshalb der Frage nach, inwiefern dem europäischen Notar der Zugang zum schweizerischen Notariat zu gewähren ist.

II. Das schweizerische Notariat im Überblick

[Rz 4] Notariatsrecht ist kantonales öffentliches Recht.⁷ Die kantonalen Notariatsgesetze und Verordnungen setzen bestimmte Qualifikationen für die Tätigkeit als Notar voraus, wobei im Wesentlichen zwischen dem *freiberuflichen Notariat* und dem *Amtsnotariat* zu unterscheiden ist.⁸ Während der Amtsnotar grundsätzlich eine kaufmännische Lehre mit praktischer Ausbildung absolviert, setzt das freiberufliche Notariatsmodell zur Erlangung des Notariatspatents in der Regel eine (vollwertige) juristische universitäre Ausbildung, das Absolvieren eines Praktikums und das Bestehen des Staatsexamens voraus.⁹

[Rz 5] Für die Eintragung ins Notariatsregister und die damit einhergehende Zulassung zum praktizierenden Notar verlangen die Kantone nebst der Notariatsausbildung verschiedene *persönliche* und *fachliche Voraussetzungen*. Zu den wichtigsten gehören ein mit der Notariatstätigkeit vereinbarer Leumund, den Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung, das Vorhandensein geeigneter Büroräumlichkeiten und einen schweizerischen Wohnsitz.¹⁰

[Rz 6] Aus arbeitsrechtlicher Sicht steht der Amtsnotar in einem unselbständigen Arbeitsverhältnis zum Staat. Der freiberufliche Notar ist hingegen als selbständig erwerbstätige Person in eigenem Namen und auf eigene Rechnung tätig.¹¹

¹ 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.

² Der Leserbarkeit halber wird im Folgenden lediglich vom «Notar» gesprochen. Selbstverständlich sind darunter auch Notarinnen zu verstehen.

³ Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 6. Oktober 1995, SR 943.03.

⁴ STEPHAN WOLF/AARON PFAMMATTER, Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, Bern 2009, N. 6 f. zu Art. 2 NG BE; BGE 128 I 280, E. 3. Die gleiche Auffassung herrscht in anderen europäischen Ländern mit lateinischem Notariat, vgl. dazu THOMAS COTTIER/CHRISTOPHE GERMANN, Das Notariat im Europarecht: ein Blick in die Zukunft, in: Peter Ruf/Roland Pfäffli (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Verband bernischer Notare, Langenthal 2003, S. 102.

⁵ Vgl. EuGH Rs. C-47/08, Kommission/Belgien, Slg. 2011 I-04105; C-50/08, Kommission/Frankreich, Slg. 2011 I-04195; C-51/08, Kommission/Luxemburg, Slg. 2011 I-04231; C-53/08, Kommission/Österreich, Slg. 2011 I-04309; C-54/08, Kommission/Deutschland, Slg. 2011 I-04355; C-61/08, Kommission/Griechenland, Slg. 2011 I-04399.

⁶ Vgl. hierzu die Empfehlung der Wettbewerbskommission (WEKO) vom 23. September 2013 zuhanden der Kantone und des Bundesrats betreffend Freizügigkeit für Notare und Urkunden, S. 3 ff.

⁷ Zumindest was die Organisation des Notariats und das Beurkundungsverfahren betrifft. Hierzu und zur Rechtsetzungskompetenz im Bereich des Notariatsrechts STEPHAN WOLF/ANJA PFEUTI/YANNICK MINNIG, Zur Zukunft des Notariats in der Schweiz – Einführung und Überblick, in: Jusletter vom 28. Oktober 2013; DENIS PIOTET, Not@lex 2013, S. 114-124, Rz. 1.

⁸ Die Bezeichnung «freier Beruf» besagt, dass jedermann als Notar tätig sein kann, wer die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Eintragung ins Notariatsregister erfüllt, WOLF/PFAMMATTER, KNB N. 10 zu Art. 2 NG BE. Als Amtsnotar kann nur tätig sein, wer in einem entsprechenden Anstellungsverhältnis zum Kanton steht, vgl. § 18 Notariatsgesetz des Kantons Zürich vom 9. Juni 1985 (im Folgenden «NG ZH»).

⁹ Vgl. Art. 5 des Notariatsgesetzes des Kantons Bern vom 22. November 2005 (im Folgenden «NG BE»).

¹⁰ Vgl. § 6 NG ZH, Art. 9 NG BE.

¹¹ Darunter ist auch die Arbeit des freiberuflichen Notars im Rahmen einer

Unabhängig der Organisation übt der Notar im Rahmen der Beurkundungstätigkeit eine hoheitliche Funktion aus, welche der hoheitlichen Jurisdiktion und damit dem Territorialitätsprinzip unterliegt.¹² Der örtliche Wirkungsbereich des Notars beschränkt sich nach bisherigem Verständnis deshalb grundsätzlich auf das jeweilige Kantonsgebiet bzw. beim Amtsnotar auf dessen Notariatskreis.

III. Die Grundfreiheiten des europäischen Binnenmarkts

[Rz 7] Die zentralen Grundpfeiler des europäischen Binnenmarkts sind der freie Personen-, Dienstleistungs-, Waren- und Kapitalverkehr.¹³ Diese vier Grundfreiheiten sind im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)¹⁴ verankert, welcher das Grundgerüst der Europäischen Union bildet und mit der schweizerischen Bundesverfassung (BV)¹⁵ verglichen werden kann. Als oberste Rechtsquelle des europäischen Gemeinschaftsrechts werden die Bestimmungen des AEUV gemeinhin als *europäisches Primärrecht* bezeichnet.

[Rz 8] Mit der hierarchischen Stellung des AEUV geht einher, dass die primärrechtlichen Bestimmungen allgemein gehalten sind und deshalb grundsätzlich der Konkretisierung bedürfen.¹⁶ Aus diesem Grund sind die Organe der Europäischen Union befugt, auf Grundlage des Vertrages Verordnungen, Richtlinien und Beschlüsse zu erlassen sowie völkerrechtliche Verträge einzugehen.¹⁷ Weil sich diese Rechtsakte auf das europäische Primärrecht stützen, spricht man gemeinhin vom abgeleiteten EU-Recht oder dem *europäischen Sekundärrecht*.

[Rz 9] Die Schweiz ist nicht Mitglied der Europäischen Union, weshalb für sie das europäische Primär- und Sekundärrecht keine unmittelbare Anwendung findet. Im Rahmen der bilateralen Abkommen übernimmt die Schweiz aber punktuell und statisch das europäische Recht, wobei sie mit dem eingangs erwähnten Freizügigkeitsabkommen vom 21. Juni 1999 die Grundprinzipien des freien Personen- und

Dienstleistungsverkehrs übernommen hat.¹⁸ Die Bestimmungen des Abkommens sind grundsätzlich denjenigen des AEUV nachgebildet, denn mit dem Freizügigkeitsabkommen soll zwischen der Schweiz und der EU eine parallele Rechtslage geschaffen werden.¹⁹ Im Folgenden werden die hier interessierenden Freizügigkeitsrechte kurz dargestellt.

1. Personenfreizügigkeit

[Rz 10] Die Personenfreizügigkeit steht als Oberbegriff für das Recht einer Person, sich in einem anderen Vertragsstaat niederzulassen und dort der angelernten Erwerbstätigkeit nachzugehen. Das Freizügigkeitsrecht des Selbständigen, also dasjenige der Freiberufler, Handwerker und sonstigen Gewerbetreibenden, findet sich in Art. 12-16 Anhang I FZA und wird als *Niederlassungsfreiheit* bezeichnet.²⁰ Unselbständig Erwerbstätige können sich nicht auf die Niederlassungsfreiheit berufen, sondern werden durch die *Arbeitnehmerfreizügigkeit* gemäss Art. 6-11 Anhang I FZA geschützt.

[Rz 11] Der freiberufliche Notar könnte sich demnach auf die Niederlassungsfreiheit berufen, falls das Freizügigkeitsabkommen diesbezüglich auf ihn Anwendung findet.²¹ Der Amtsnotar als unselbständig erwerbstätige Person wäre allenfalls durch die Arbeitnehmerfreizügigkeit geschützt.²²

2. Dienstleistungsfreiheit

[Rz 12] Die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 17-23 Anhang I FZA schützt das grenzüberschreitende Erbringen einer Dienstleistung, wobei sich der Dienstleistungserbringer nicht dauerhaft im Empfängerstaat aufhält. Von der *aktiven Dienstleistungsfreiheit* wird gesprochen, wenn der Dienstleistungserbringer vorübergehend in den Empfängerstaat reist, um seine Dienstleistungen zu erbringen. Dies im Gegensatz zur *passiven Dienstleistungsfreiheit*, wo sich der Dienstleistungsempfänger in den Erbringungsstaat begibt. Bei der *Korrespondenzfreiheit* bleiben sowohl Dienstleistungserbringer als auch Dienstleistungsempfänger in ihren jeweiligen Staaten und nur die Leistung überquert die Grenze.²³

[Rz 13] Im Zusammenhang mit dem Notariatsberuf steht die Dienstleistungsfreiheit bei Konstellationen zur Diskussion, wo der schweizerische Klient zum ausländischen Notar reist und dort die Beurkundung vornimmt (passive Dienstleistungsfreiheit).²⁴ Hier geht es folglich nicht um die

einfachen Gesellschaft, Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft zu verstehen. Grundsätzlich ausgeschlossen ist die Tätigkeit des Notars im Namen und auf Rechnung einer juristischen Person, vgl. Art. 3 NG BE.

¹² PIOTET, Rz. 2.

¹³ MATTHIAS OESCH, SZIER, 2011, S. 583–626, S. 583.

¹⁴ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung des Vertrages von Lissabon vom 13. Dezember 2007 in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 2008, ABI EU C 115 vom 9. Mai 2008, S. 47.

¹⁵ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV), SR 101.

¹⁶ Dies schliesst die direkte Anwendbarkeit der Bestimmungen nicht aus. Zur direkten Anwendbarkeit des europäischen Primärrechts vgl. EuGH Rs. C-26/62, Van Gend en Loos, Slg. 1963 3, S. 25.

¹⁷ Art. 216 Abs. 1 und Art. 288 Abs. 1 AEUV.

¹⁸ Zum Freizügigkeitsabkommen oben Fn. 1.

¹⁹ Vgl. BGE 136 II 5, E. 3.4.

²⁰ OESCH, SZIER, S. 586.

²¹ Hierzu unten IV, 1.

²² Hierzu unten IV, 2.

²³ Empfehlung der WEKO betreffend Freizügigkeit für Notare und öffentliche Urkunden, S. 21.

²⁴ Der Fall des freiberuflichen Notars, der bei einem Kurzaufenthalt in der Schweiz im Büro eines Kollegen die Beurkundung vornimmt, dürfte wohl nur selten eintreffen (aktive Dienstleistungsfreiheit). Die

Freizügigkeit des Notars, sondern um die Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde.

3. Bereichsausnahmen zur Personenfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit

[Rz 14] Die Grundfreiheiten des europäischen Binnenmarktes gelten nicht absolut. Einerseits werden bestimmte Tätigkeiten durch die sogenannten Bereichsausnahmen vom Schutzbereich der Freizügigkeitsrechte ausgenommen, andererseits kann der Schutzbereich als solcher eingeschränkt werden.²⁵

[Rz 15] Die Bereichsausnahme zur Niederlassungsfreiheit ist in Art. 16 Anhang I FZA geregelt und schliesst alle Tätigkeiten, die dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, vom Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit aus. Die Bereichsausnahme zur Arbeitnehmerfreizügigkeit findet sich in Art. 10 Anhang I FZA und erfasst jegliche Tätigkeiten in der öffentlichen Verwaltung, welche mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse betraut sind und der Wahrung allgemeiner Interessen des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften dienen. Die Dienstleistungsfreiheit ist nach dem Wortlaut von Art. 22 Abs. 1 Anhang I FZA sodann für alle Tätigkeiten ausgenommen, die auch nur gelegentlich die Ausübung hoheitlicher Befugnisse im Gebiet der Vertragsparteien umfassen.

[Rz 16] Die Geltung der Freizügigkeitsrechte für Notare hängt als erstes davon ab, ob deren hauptberufliche Tätigkeit, nämlich die öffentliche Beurkundungstätigkeit, unter die entsprechenden Bereichsausnahmen fällt.

4. Rechtsprechung des EuGH zur Bereichsausnahme der Niederlassungsfreiheit

[Rz 17] Das europäische Pendant zur Bereichsausnahme der Niederlassungsfreiheit im Freizügigkeitsabkommen (Art. 16 Anhang I FZA) ist Art. 51 Abs. 1 AEUV. Diese Bestimmung besagt, dass «auf Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, (...) dieses Kapitel [Niederlassungsfreiheit] in dem betreffenden Mitgliedstaat keine Anwendung [findet].»

[Rz 18] Am 24. Mai 2011 hat der EuGH entschieden, dass die öffentlichen Beurkundungstätigkeit keine Tätigkeit im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AEUV ist.²⁶ Eine Tätigkeit verfügt namentlich nur dann über öffentliche Gewalt, wenn der Berechtigte über Sonderrechte oder Zwangsbefugnisse verfügt und damit die Kompetenz einhergeht, unabhängig vom Willen

anderer Rechtssubjekte zu handeln.²⁷ Der freiberufliche Notar übt nach Ansicht des Gerichtshofes die Beurkundungstätigkeit aber unter Wettbewerbsbedingungen aus und steht zu den Parteien in einem Abhängigkeitsverhältnis.²⁸

IV. Geltung der Freizügigkeitsrechte für Notare aus der EU

[Rz 19] Die Schweiz übernimmt das europäische Recht nur mittelbar und unterliegt im Bereich des Freizügigkeitsabkommens keiner Gerichtsbarkeit durch den EuGH.²⁹ Die Organisation des Notariats ist in der Schweiz wegen der kantonalen Zuständigkeit sodann komplexer als beispielsweise in Deutschland, Österreich oder Italien, wo das Notariatswesen auf Bundesebene geregelt ist und nur das freiberufliche Notariatsmodell vorherrscht.³⁰ Es gebietet sich im Folgenden eine differenzierte Betrachtungsweise hinsichtlich der verschiedenen Notariatsmodelle einerseits und bezüglich der einzelnen Zulassungsvoraussetzungen andererseits.

1. Freiberufliche Notare und die Niederlassungsfreiheit

[Rz 20] Um als europäischer freiberuflicher Notar in der Schweiz tätig sein zu können, setzt dies die Anerkennung des ausländischen Notariatspatents sowie die Abschwächung der persönlichen und sachlichen Zulassungsvoraussetzungen, namentlich in Bezug auf allfällige Staatsangehörigkeitserfordernisse und Wohnsitzpflichten voraus.

[Rz 21] Die Anerkennung des ausländischen *Notariatspatents* beurteilt sich primär nach der Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und Rates über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (Berufsqualifikationsrichtlinie).³¹ Die Richtlinie regelt die gegenseitige Anerkennung reglementierter Berufsausbildungen anhand standardisierter Anerkennungsverfahren und wurde mit Beschluss vom 30. September 2011 in den Anhang III des Freizügigkeitsabkommens übernommen. Am 1. November 2011 trat sie mit Ausnahme des zweiten Titels (Dienstleistungsfreiheit) für die Schweiz in Kraft.

[Rz 22] Der zweite Titel der Berufsqualifikationsrichtlinie wurde durch das Bundesgesetz über die Meldepflicht und die

Korrespondenzfreiheit ist gänzlich ausgeschlossen, da die öffentliche Beurkundung stets im Beisein des Klienten zu erfolgen hat.

²⁵ Zur Unterscheidung vgl. Oesch, SZIER, S. 592; zur Einschränkung des Schutzbereiches unten V.

²⁶ EuGH Rs. C-54/08, Kommission/Deutschland, Slg. 2011 I-04355, Rz. 93.

²⁷ EuGH Rs. C-114/97, Kommission/Spanien, Slg. 1998 I-6717, Rz. 37.

²⁸ EuGH Rs. C-54/08, Kommission/Deutschland, Slg. 2011 I-04355, Rz. 91.

²⁹ Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für das Freizügigkeitsabkommen vgl. Art. 16 FZA.

³⁰ Hierzu ANDREAS SPICKHOFF, Zur Zukunft des Notariats in Europa – aus deutscher Perspektive –, sowie SIMON LAIMER, Zur Freizügigkeit der Notare in Europa – Überblick über die Aufnahme der Rechtsprechung des EuGH in Österreich und Italien, beide in: Jusletter vom 28. Oktober 2013.

³¹ Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl EU L 255/22.

Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringern (BGMD)³² auf nationaler Ebene umgesetzt. Das Gesetz führt ein Melde- und Prüfungsverfahren im Bereich der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung ein und gilt für alle reglementierten Berufe, welche unter den Anwendungsbereich der Berufsqualifikationsrichtlinie fallen.³³ Die Verordnung über die Meldepflicht und Nachprüfung von Dienstleistungserbringern (VMD)³⁴ hält im Anhang I sodann explizit fest, dass der Beruf des Notars unter die Meldepflicht fällt. Damit hat der Bundesrat entschieden, dass sich der europäische Notar in der Schweiz auf die Berufsqualifikationsrichtlinie berufen kann.³⁵

[Rz 23] Erklärt man die Berufsqualifikationsrichtlinie für anwendbar, so geht damit auch die Anwendbarkeit des Freizügigkeitsabkommens einher.³⁶ Es stellt sich deshalb die Frage, welche Reflexwirkungen der Entscheidung des Bundesrates auf die *übrigen Zulassungsvoraussetzungen* hat bzw. ob damit das freiberufliche Notariat als Ganzes unter die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit gestellt wird.³⁷

[Rz 24] Die Berufsqualifikationsrichtlinie regelt lediglich die gegenseitige Anerkennung von Berufsausbildungen und lässt die übrigen Zulassungsvoraussetzungen zur Berufsausübung unberührt.³⁸ Es wäre aber widersprüchlich, ein ausländisches Notariatspatent gestützt auf die Berufsqualifikationsrichtlinie in der Schweiz anzuerkennen und gleichzeitig dem ausländischen Notar die Berufsausübung mit der Begründung zu verweigern, das Notariatswesen falle im Übrigen unter die Bereichsausnahme der Niederlassungsfreiheit. Vielmehr kann die öffentliche Beurkundungstätigkeit nur als Ganzes unter die Bereichsausnahme fallen oder von ihr ausgenommen sein. Es ist deshalb davon auszugehen, dass

die Niederlassungsfreiheit auch die übrigen Zulassungsvoraussetzungen zur Berufsausübung beschlägt.

[Rz 25] Folgt man dieser Ansicht, so ist die Rechtslage in der Schweiz grundsätzlich identisch mit derjenigen in der EU und die freiberuflichen Notare fallen unter den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit.³⁹ Dies ist im Lichte einer harmonisierten Rechtslage wünschenswert und entspricht dem Prinzip der europakompatiblen Auslegung des Freizügigkeitsabkommens.⁴⁰

2. Amtsnotare und die Arbeitnehmerfreizügigkeit

[Rz 26] Der europäische Amtsnotar kann nur in der Schweiz tätig sein, wenn seine ausländische Notariatsausbildung von den Kantonen anerkannt wird. Dies hängt primär von der Anwendbarkeit der Berufsqualifikationsrichtlinie auf Amtsnotare ab. Hierzu sei einleitend erwähnt, dass die Verordnung über die Meldepflicht und Nachprüfung von Dienstleistungserbringern lediglich vom «Notar» bzw. der «Notarin» spricht und keine weiteren Präzisierungen vornimmt. Es besteht somit ein gewisser Auslegungsspielraum.

[Rz 27] Im Bereich der Niederlassungsfreiheit öffnete die restriktive Rechtsprechung des EuGH zur Bereichsausnahme dem Bundesrat Tür und Tor zur Umsetzung der Berufsqualifikationsrichtlinie auf freiberufliche Notare.⁴¹ Ob dies auch auf die Bereichsausnahme zur Arbeitnehmerfreizügigkeit zutrifft, ist im Folgenden zu prüfen.

[Rz 28] Die Bereichsausnahme zur Arbeitnehmerfreizügigkeit ist in Art. 10 Anhang I FZA geregelt.⁴² Der Blick auf das europäische Pendant und somit auf Art. 45 Abs. 4 AEUV zeigt, dass die primärrechtliche Bestimmung nicht an die Ausübung öffentlicher Gewalt, sondern ausschliesslich an die Beschäftigung in der *öffentlichen Verwaltung* knüpft.⁴³ Nach der Rechtsprechung des EuGH gilt die Bereichsausnahme sodann für alle Tätigkeiten, «die eine unmittelbare oder mittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und an der Wahrnehmung von Aufgaben mit sich bringen, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates oder anderer öffentlichrechtlicher Körperschaften gerichtet sind, so dass sie ein Verhältnis besonderer Verbundenheit des jeweiligen Stelleninhabers zum Staat sowie die

³² Bundesgesetz über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringern und -erbringern in reglementierten Berufen (BGMD) vom 14. Dezember 2012, SR 935.01.

³³ Vgl. Erläuternder Bericht des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung zur Verordnung über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringern und -erbringern in reglementierten Berufen, S. 6.

³⁴ Verordnung über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringern und -erbringern in reglementierten Berufen (VMD) vom 26. Juni 2013, SR 935.011.

³⁵ Dies im Unterschied zu Deutschland, wo Notare gemäss Art. 15 Ziff. 1 des Gesetzes zur Verbesserung der Feststellung und Anerkennung im Ausland erworbener Berufsqualifikationen vom 6. Dezember 2011 explizit vom Geltungsbereich der Richtlinie ausgenommen sind. Der EuGH erklärte diesen Vorbehalt als rechtens, da aus der Richtlinie keine hinreichende Verpflichtung hervorgehe, diese für Notare umzusetzen, EuGH Rs. C-54/08, Kommission/Deutschland, Slg. 2011 I-04355, Rz.142.

³⁶ Zur Geltung des europäischen Rechts in der Schweiz vgl. oben III.

³⁷ Bis heute ist nicht restlos geklärt, inwiefern die Niederlassungsfreiheit eingeschränkt werden kann, indem zwischen Berufszugangs- und Berufsausübungsvorschriften unterschieden wird, vgl. EuGH Rs. C-267/91 und 268/91, Keck, Slg. 1993 I-6097, Rz. 16; C-418/93, Semerano, Slg. 1996 I-2975, Rz. 32; OESCH, SZIER, S. 588.

³⁸ Vgl. Art. 13 Abs. 1 RL 2005/36/EG.

³⁹ Vgl. oben III, 4 sowie Fn. 35; a.M. PIOTET, Rz. 17 f.

⁴⁰ Zur europakompatiblen Auslegung von Art. 16 Anhang I FZA vgl. BGE 136 II 5, E. 3.4; OESCH, SZIER, S. 619 f.

⁴¹ Vgl. oben III,4 und IV,1.

⁴² Zu den einzelnen Bereichsausnahmen oben III,3.

⁴³ Sowohl beim Begriff der öffentlichen Gewalt als auch beim Begriff der öffentlichen Verwaltung handelt es sich um unionsrechtliche Begriffe, EuGH Rs. C-84/08, Kommission/Deutschland, Slg. 2011 I-04355, Rz. 84; C-149/79, Kommission/Belgien, Slg. 1996, I-2975, Rz. 10.

Gegenseitigkeit der Rechte und Pflichten voraussetzen, die dem Staatsangehörigkeitsband zugrunde liegen.»⁴⁴

[Rz 29] Das Bundesgericht führt zu Art. 45 Abs. 4 AEUV aus, dass unter diese Bereichsausnahme insbesondere Magistrate, Angehörige der Steuerverwaltung und Diplomaten fallen.⁴⁵ Dies führt zur Schlussfolgerung, dass die Bereichsausnahme der Arbeitnehmerfreizügigkeit restriktiver auszulegen ist als diejenige der Niederlassungsfreiheit (Art. 51 Abs. 1 AEUV).⁴⁶ Die Anerkennung unterschiedlicher Geltungsbereiche ist mit der Rechtsprechung des EuGH durchaus vereinbar, denn der Gerichtshof grenzt die Arbeitnehmerfreizügigkeit bewusst von der Niederlassungsfreiheit ab.⁴⁷

[Rz 30] Überträgt man die gewonnenen Erkenntnisse zu Art. 45 Abs. 4 AEUV im Sinne der europakompatiblen Auslegung auf die Parallelbestimmung des Freizügigkeitsabkommens und somit auf Art. 10 Anhang I FZA, müssen auch schweizerische Amtsnotare unter die Bereichsausnahme der Arbeitnehmerfreizügigkeit fallen. Sie sind mit hoheitlichen Aufgaben betraut und übernehmen nebst der öffentlichen Beurkundungstätigkeit auch andere staatliche Aufgaben mit hoheitlichen Befugnissen, wie beispielsweise diejenigen des Grundbuch- und Konkursverwalters.⁴⁸ Folgt man dieser Ansicht, so sind Amtsnotare vom Schutzbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit ausgenommen und sie können sich nicht auf die Berufsqualifikationsrichtlinie berufen.

3. Das Notariatswesen und die Dienstleistungsfreiheit

[Rz 31] Gestützt auf die Ausführungen in Ziffer 1 und 2 dieses Kapitels kann sich der freiberufliche Notar auf die Personenfreizügigkeit berufen, nicht jedoch der Amtsnotar. Es stellt sich nun die Frage, wie die Rechtslage bezüglich der Dienstleistungsfreiheit zu beurteilen ist.

[Rz 32] Die Bereichsausnahme zur Dienstleistungsfreiheit ist in Art. 22 Abs. 1 Anhang I FZA geregelt und mit derjenigen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 10 Anhang I FZA) vergleichbar. Beide Bestimmungen sprechen von der Ausübung «*hoheitlicher Befugnisse*», wobei sich dieser Begriff sodann auch im Titel der Bereichsausnahme zur Niederlassungsfreiheit findet (vgl. Art. 16 Anhang I FZA).⁴⁹ Im Folgenden ist zu

klären, inwiefern aus dieser Terminologie eine rechtliche gewollte Gleichbehandlung abgeleitet werden kann.⁵⁰

[Rz 33] Ausgangspunkt für die Auslegung der Bereichsausnahme zur Dienstleistungsfreiheit ist die Parallelbestimmung im AEUV und somit Art. 62 AEUV. Diese Bestimmung verweist auf die Bereichsausnahme zur Niederlassungsfreiheit (Art. 51 Abs. 1 AEUV) und setzt damit eine Tätigkeit mit öffentlicher Gewalt voraus. Der Geltungsbereich der unionsrechtlichen Bereichsausnahme zur Dienstleistungsfreiheit entspricht somit demjenigen der Bereichsausnahme zur Niederlassungsfreiheit.⁵¹

[Rz 34] Es bleibt die Krux, dass der EuGH den Begriff der «öffentlichen Gewalt» nicht bewusst vom Begriff der «hoheitlichen Befugnisse» abgrenzt.⁵² Folgt man dem Wortlaut des Freizügigkeitsabkommens und wird der Begriff der «hoheitlichen Befugnisse» gleich eng gefasst wie derjenige der «öffentlichen Gewalt», so hätte dies konsequenterweise zur Folge, dass sich der Amtsnotar – entgegen den Ausführungen in Ziffer 2 – auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen könnte. Auf der Kehrseite nimmt der Notar im Rahmen der öffentlichen Beurkundungstätigkeit unbestrittenermassen eine Tätigkeit mit hoheitlichen Befugnissen wahr.⁵³ Folgt man dieser «traditionellen» Begriffsdefinition, so würde der Notar unter alle Bereichsausnahmen der Freizügigkeitsrechte fallen, was wiederum nicht mit der in Ziffer 1 dargestellten Rechtslage für freiberufliche Notare vereinbar wäre.⁵⁴

[Rz 35] Um zu verhindern, dass es zu unlösbaren Widersprüchen zwischen der Freizügigkeit des Notars und seiner hoheitlichen Stellung kommt, sollte der unionsrechtliche Begriff der «öffentlichen Gewalt» in Zukunft bewusst vom Begriff der «hoheitlichen Befugnisse» bzw. der «hoheitlichen Tätigkeit» abgegrenzt werden. Der Begriff der «öffentlichen Gewalt» ist restriktiv und erfasst lediglich Fälle mit unmittelbarer staatlicher Verfügungsgewalt. Im Gegensatz dazu ist der Begriff der «hoheitlichen Befugnisse» weitreichender, orientiert sich an der Rechtsprechung zu Art. 45 Abs. 4 AEUV und erfasst insbesondere die öffentliche Beurkundungstätigkeit als klassische hoheitliche Tätigkeit.

⁴⁴ EuGH Rs. C-405/01, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Espanola, Slg. 2003 10391, Rz. 39.

⁴⁵ BGE 129 I 207, E. 4.4.

⁴⁶ Ebenso OESCH, SZIER, S. 594; zum Geltungsbereich von Art. 51 Abs. 1 AEUV vgl. oben III, 4; zur Auslegung von Art. 45 Abs. 4 AEUV siehe auch MATTHIAS OESCH, ZBJV 2012, S. 377–403, S. 393.

⁴⁷ Vgl. EuGH Rs. C-54/08, Kommission/Deutschland, Slg. 2011 I-04355, Rz. 114.

⁴⁸ Vgl. § 14 f. NG ZH.

⁴⁹ Zum Wortlaut der Bereichsausnahmen vgl. oben III, 3.

⁵⁰ Die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens richtet sich nach Art. 31 des Wiener Übereinkommens völkerrechtlicher Verträge (WVK, SR 0.111). Es besteht hiernach insbesondere kein Vorrang der wörtlichen Auslegungsmethode, sondern die Bestimmungen sind nach ihrer gewöhnlichen Bedeutung sowie im Lichte ihres Zusammenhangs und ihres Ziels und Zwecks auszulegen, THOMAS COTTIER/NICOLAS DIEBOLD, Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bilateralen Abkommen – Zur Anwendung und Auslegung von nachvollzogenem Recht und Staatsverträgen unterschiedlicher Generation, Rz. 14, in: Jusletter vom 2. Februar 2009.

⁵¹ Zum Geltungsbereich von Art. 51 Abs. 1 AEUV oben III, 4.

⁵² Vgl. EuGH Rs. C-405/01, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Espanola, Slg. 2003 10391, Rz. 39 und 43; Rs. C-2/74, Reyners, Slg. 1974, 631, S. 640.

⁵³ Vgl. oben II.

⁵⁴ Vgl. hierzu auch oben III, 4.

[Rz 36] Das Freizügigkeitsabkommen verwendet den Begriff der «hoheitlichen Befugnisse» unbedacht, weshalb ihm keine rechtliche Beachtung zu schenken ist. Massgebend für die Auslegung der Bereichsausnahme zur Dienstleistungsfreiheit sind allein die einschlägigen Bestimmungen des AEUV und die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH.

[Rz 37] Der Verweis von Art. 62 auf Art. 51 Abs. 1 AUEV und die restriktive Auslegung des unionsrechtlichen Begriffs der öffentlichen Gewalt führen zur Schlussfolgerung, dass weder die Tätigkeit des freiberuflichen noch diejenige des amtlichen Notars unter die Bestimmung von Art. 22 Abs. 1 Anhang I FZA fallen. Somit können sich beide Notare auf die Dienstleistungsfreiheit berufen, was im Hinblick auf die Verkehrsfähigkeit öffentlicher Urkunden von Vorteil ist.

V. Einschränkungen der Freizügigkeitsrechte

[Rz 38] Der EuGH hat in seinen Entscheiden vom 24. Mai 2011 ausdrücklich festgehalten, dass «mit der notariellen Tätigkeit im Allgemeininteresse liegende Ziele verfolgt werden, die insbesondere dazu dienen, die Rechtmässigkeit und die Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen zu gewährleisten (...).» Dies stellt einen «zwingenden Grund des Allgemeininteresses dar, der etwaige Beschränkungen von Art. 43 des Vertrags zur Gründung der europäischen Gemeinschaft (EG) [neu: Art. 51 AEUV] rechtfertigen kann, die sich aus der notariellen Tätigkeit ergeben, wie etwa für die Notare aufgrund der Verfahren zu ihrer Bestellung geltenden Vorgaben, der Beschränkungen ihrer Zahl und ihrer örtlichen Zuständigkeit oder auch der Regelung ihrer Bezüge, ihrer Unabhängigkeit, der Unvereinbarkeit von Ämtern und ihrer Unabsetzbarkeit, soweit diese Beschränkungen zur Erreichung der genannten Ziele geeignet und erforderlich sind.»⁵⁵

[Rz 39] Die (partielle) Anwendbarkeit des Freizügigkeitsabkommens auf den Berufsstand der Notare führt nicht zu einer uneingeschränkten Geltung der Freizügigkeitsrechte. Der EuGH folgt bei Einschränkungen der Grundfreiheiten des europäischen Binnenmarktes grundsätzlich dem gleichen Prinzip wie die Schweiz bei Einschränkungen verfassungsmässiger Grundrechte (vgl. Art. 36 BV).⁵⁶ Einschränkungen der Personenfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit sind möglich, soweit sie sich auf eine hinreichende gesetzliche Grundlage stützen, im öffentlichen Interesse liegen sowie verhältnismässig sind.

[Rz 40] Mit den Urteilen des EuGH vom 24. Mai 2011 steht fest, dass die Gewährleistung eines qualitativ hochwertigen Notariatswesens ein öffentliches Interesse darstellt und deshalb Einschränkungen in Form von persönlichen und fachlichen Zulassungsvoraussetzungen

zulässig sind. Unverhältnismässig und mit den Freizügigkeitsrechten unvereinbar ist aber beispielsweise ein allfälliges Staatsangehörigkeitserfordernis.⁵⁷

VI. Zusammenfassung

[Rz 41] Die Urteile des Europäischen Gerichtshofes vom 24. Mai 2011 sowie die Verordnung des Bundesrates zur Meldepflicht und Nachprüfung von Dienstleistungserbringern sprechen für die Anwendbarkeit des Freizügigkeitsabkommens auf freiberufliche Notare. Damit kann sich der europäische Notar in der Schweiz insbesondere auf die Niederlassungsfreiheit berufen.

[Rz 42] Der Schutzbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit reicht hingegen weniger weit als derjenige der Niederlassungsfreiheit, weshalb der europäische Amtsnotar von der Arbeitnehmerfreizügigkeit ausgenommen ist. Anders ist die Rechtslage bei der Dienstleistungsfreiheit. Hier sprechen die Systematik des AEUV und das Interesse an einer widerspruchsfreien Verwendung der Begriffe «öffentliche Gewalt» und «hoheitliche Tätigkeit» dafür, dass sich sowohl der freiberufliche als auch der amtliche Notar auf die Dienstleistungsfreiheit berufen können.

[Rz 43] Mit der Anwendbarkeit der Freizügigkeitsrechte geht keine uneingeschränkte Freizügigkeit einher. Vielmehr können die Kantone persönliche und fachliche Zulassungsvoraussetzungen für europäische Notare vorsehen, soweit diese geeignet und erforderlich sind, die Qualität des Notariats zu gewährleisten. Die gleichen Zulassungsvoraussetzungen müssen sodann auch für das *interkantonale Verhältnis* gelten. Die Urteile des EuGH vom 24. Mai 2011 sowie die Anwendbarkeit der Berufsqualifikationsrichtlinie auf freiberufliche Notare dürfen folglich nicht überschätzt werden. Die Zukunft wird zeigen, in welchem Umfang die kantonalen Zulassungsvoraussetzungen vor der Personenfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit Bestand haben werden.

RICCARDO BRAZEROL, Master of Law, Wissenschaftlicher Assistent am Zivilistischen Seminar der Universität Bern.

* * *

⁵⁵ EuGH Rs. C-54/08, Kommission/Deutschland, Slg. 2011 I-04355, Rz. 98.

⁵⁶ Vgl. EuGH Rs. C-55/94, Gebhard, Slg. 1995 I-1465, Rz. 37.

⁵⁷ Vgl. EuGH Rs. C-54/08, Kommission/Deutschland, Slg. 2011 I-04355, Rz. 116.