

Stellungnahme des SNV zur Medienmitteilung der Weko vom 23.09.2013 betreffend Freizügigkeit für Notare und öffentliche Urkunden

1. Vorbemerkungen

Die Weko empfiehlt einerseits die Freizügigkeit der Urkundsperson, d.h. die Anerkennung gleichwertiger Ausbildungen von freiberuflichen Notaren aus anderen Kantonen, andererseits die Freizügigkeit der Urkunde auch im Bereich der Grundstücksgeschäfte, d.h. jeder Notar in der Schweiz soll auch Urkunden über Grundstücke errichten dürfen, die ausserhalb seines Kantons liegen.

2. Rechtslage

Die vorgeschlagene Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde (Art. 55m VE SchIT ZGB) widerspricht der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung; danach ist beim Abschluss von Verträgen über dingliche Rechte an Liegenschaften das Bedürfnis nach Verkehrssicherheit und nach Schutz der Parteien gegen Übereilung und gegen die Abfassung von ungenauen, unklaren und den örtlichen Verhältnissen zuwiderlaufenden Verträgen stärker zu gewichten als eine Erleichterung des Geschäftsverkehrs durch die Wahl des Vertragsortes, da im Liegenschaftsverkehr der Vertragsinhalt eine besonders enge Beziehung zur Beschaffenheit des Grundstücks, zu den Gebräuchen der Gegend, den Besonderheiten ihres Liegenschaftsverkehrs und der Organisation ihres Grundbuchwesens aufweist. Der Aufklärung und Beratung der Parteien komme deshalb besondere Bedeutung zu; zweifelsohne könne diese Aufgabe am Ort der gelegenen Sache besser erfüllt werden als anderswo in der Schweiz (BGE 113 II 501).

Gemäss bisheriger bundesgerichtlicher Rechtsprechung untersteht die notarielle Tätigkeit als hoheitliche Tätigkeit zudem weder der Wirtschaftsfreiheit noch dem Binnenmarktgesetz noch dem Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz einerseits und der EU und ihren Mitgliedstaaten andererseits (BGE 128 I 280).

Die Weko stellt auf die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit ab. Massgebend ist aber die Berufsqualifikationsrichtlinie (Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und Rates über die Anerkennung von Berufsqualifikationen), die gegenwärtig überarbeitet wird und die das Notariat nicht erfasst. Die von der Weko heraufbeschworene Inländerdiskriminierung der Notare ist deshalb kein Thema.

3. Stellungnahme

Unabhängig davon scheint sich ein gewisser Strukturwandel abzuzeichnen oder zumindest zur Diskussion gestellt zu werden; dieser Diskussion verschliessen sich die freiberuflichen Notare nicht grundsätzlich. Die Vorschläge des Bundesrates im Rahmen der aktuellen Revision des Zivilgesetzbuches (SchIT ZGB zur öffentlichen Beurkundung) und die nicht zufällig zeitgleichen Empfehlungen der Weko berücksichtigen jedoch die rechtstatsächliche, ganz ausgeprägte Vielfalt des heutigen schweizerischen Notariats nicht. Während beispielsweise in Deutschland die Qualität des Notariats durch (einheitliche) strenge Massstäbe angehoben wird, weist die Schweiz mit ihren 26 kantonalen Regelungen erhebliche Unterschiede im Ausbildungsstand der Notare auf. Die Befürchtung geht deshalb dahin, dass die volle Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde zu einem unerwünschten Beurkundungstourismus führt, der sich letztlich nur an den tiefsten Gebühren orientiert, was über kurz oder lang eine Qualitätseinbusse nach sich ziehen wird.

Die volle Freizügigkeit der Urkunde würde wohl mit der Zeit zu einer Konzentration grösserer Notariate führen und zu einem Rückgang der kleinen Notariate, die in dem einsetzenden Leistungs-Wettbewerb bereits aus personellen Gründen nicht würden mithalten können. Letztlich ist es eine politische Frage, ob die Forderung nach voller Freizügigkeit und vollem Wettbewerb (das heutige Werbeverbot der Notare müsste bei freiem Wettbewerb wohl entfallen) dem Interesse der Konsumenten nach einem qualitativ hochstehenden Notariat dient.

Es sei daran erinnert, dass die öffentliche Beurkundung Teil der freiwilligen (nichtstreitigen) Gerichtsbarkeit ist. In der streitigen Gerichtsbarkeit und bei gerichtlichen Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit gemäss Art. 1 lit. b ZPO gilt für Verfahren, die sich auf Rechte an Grundstücken beziehen, schweizweit der Gerichtsstand am Lageort des Grundstücks (forum rei sitae). Streiten zwei Zürcher um Rechte an einem bernischen Grundstück, sind für diesen Streit die bernischen Gerichte zuständig. Der Bundesgesetzgeber geht somit auch in jüngster Zeit (die ZPO trat am 01.01.2011 in Kraft) davon aus, dass die Nähe zum Lageort eines Grundstücks sowie die Vereinfachung des Rechtsverkehrs mit dem örtlich zuständigen Grundbuchamt entscheidende Vorteile sind, die es im Interesse des Rechtssuchenden zu schützen gilt.

4. Fazit

Aus Sicht des SNV sollten - sofern Reformbedarf angenommen wird, der unseres Erachtens heute nicht gegeben ist - nicht, wie von Bundesrat und Weko vorgeschlagen, nur punktuelle Eingriffe in die gegebene Struktur vorgenommen werden, die dem bestehenden Notariatswesen in der Schweiz nicht Rechnung tragen; vielmehr wäre eine umfassende Regelung des schweizerischen Notariats zu wagen, darin inbegriffen eine einheitliches Anforderungsprofil an die Qualität der Notariatsausbildung. Bis zu einer solchen Angleichung besteht mit Rücksicht auf die erheblichen kantonalen Unterschiede kein Anlass, die volle Freizügigkeit der Urkunde einzuführen.

Diesbezüglich sei der Vergleich mit der Ausübung des Anwaltsberufs erlaubt. Für die Ausübung des Anwaltsberufs wurde vom Bundesgesetzgeber erkannt, dass die Einführung der Freizügigkeit eine einheitliche bundesrechtliche Regelung erfordert. Mit dem

Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) wurde nicht nur der Grundsatz der Freizügigkeit geregelt, sondern gleichzeitig wurden die Grundsätze der anwaltlichen Berufsausübung einheitlich geregelt. Was für die Anwälte als richtig erkannt wurde, muss auch für die Notare gelten. Ohne einheitliche Notariatsprozessordnung, ohne einheitliche fachliche Voraussetzungen (vgl. Art. 7 BGFA), ohne einheitliche Grundbuchpraxis in der ganzen Schweiz und ohne einheitlichen elektronischen Zugang zum Grundbuch in der ganzen Schweiz lehnt der SNV die volle Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde ab. Der SNV fordert dementsprechend, allfällige Reformprozesse koordiniert, auf der Grundlage einer gesamtheitlichen Betrachtungsweise und unter Einbezug des Notariats anzugehen.

5. November 2013

Der Vorstand SNV