



Regierungsrat, Postfach 156, 6301 Zug

A-Post

Wettbewerbskommission WEKO
Monbijoustrasse 43
3003 Bern

Zug, 28. Mai 2013 hs

Vernehmlassung betreffend Freizügigkeit und einer möglichen Inländerdiskriminierung von Notarinnen und Notaren

Sehr geehrter Herr Präsident
Sehr geehrter Herr Direktor

Wir beziehen uns auf Ihr Schreiben vom 25. März 2013, mit dem Sie uns einladen, zur oben erwähnten Angelegenheit Stellung zu nehmen. Gerne machen wir von dieser Möglichkeit Gebrauch und danken Ihnen dafür.

Grundsätzliche Bemerkungen

Wir lehnen die Freizügigkeit von Notarinnen und Notaren sowie von Urkunden aus dem EU-Raum sowie aus anderen Kantonen ab. Wir sind dezidiert der Meinung, dass es sich bei der öffentlichen Beurkundung um eine hoheitliche Tätigkeit handelt, auch wenn damit nicht die Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist. Wir können nicht nachvollziehen, dass die Kantone durch das Freizügigkeitsabkommen (FZA, SR 0.142.112.681) und das Binnenmarktgesetz (BGBM, SR 943.02) gezwungen werden können, eine staatliche Tätigkeit zu privatisieren. Wir bitten Sie daher zu überprüfen, ob das bisherige System tatsächlich nicht beibehalten werden kann. Wir sind der Meinung, dass man zumindest nicht in voreuseilendem Gehorsam einen allfälligen Bundesgerichtsentscheid antizipieren und als Folge davon auch gleich im Binnenmarkt gravierende Eingriffe in die Hoheit der Kantone vornehmen sollte. Vielmehr sollten wir abwarten, ob auch das Bundesgericht zur Auffassung gelangt, dass ausländische Notarinnen und Notare sowie ausländische Urkunden in der Schweiz künftig ohne weiteres zuzulassen sind. Wir weisen darauf hin, dass das Bundesgericht die Anwendbarkeit des Freizügigkeitsabkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft auf Notarinnen und Notare bisher abgelehnt hat (BGE 128 I 280). Unseres Erachtens ist die

Rechtslage nicht so klar, wie dies die Wettbewerbskommission (WEKO) in den Vernehmlassungsunterlagen darstellt. Wir verstehen das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) vom 24. Mai 2011 (C-54/08) jedenfalls anders als die WEKO. Unseres Erachtens werden in diesem Urteil keine Aussagen zur Vereinbarkeit der Niederlassungsfreiheit mit den Bedürfnisprüfungen, dem Amtsnotariat, den Tarifordnungen sowie den Regelungen zur notariellen Unabhängigkeit getroffen (vgl. EuGH Urteil Rz 75). Es wird lediglich festgehalten, dass die Niederlassungsfreiheit, die den Angehörigen eines Mitgliedstaates im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates zuerkannt wird, unter anderem das Recht zur Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten nach den Rechtsvorschriften beinhaltet, die im Mitgliedstaat der Niederlassung für dessen eigene Angehörigen gelten (vgl. EuGH Urteil Rz 80). Wir können somit verlangen, dass ausländische Notarinnen und Notare die gleichen Voraussetzungen erfüllen müssen wie schweizerische bzw. kantonale Urkundspersonen (zu den Voraussetzungen im Kanton Zug vgl. unsere Antworten zu den Fragen 5 und 6).

Organisation des Notariats im Kanton Zug

Der Kanton Zug kennt das "gemischte" Notariat, d.h. es gibt staatliche und freiberufliche Notarinnen und Notare. Bei den freiberuflichen Notarinnen und Notaren handelt es sich um Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, die das zugerische Anwaltspatent besitzen, im Kanton Zug Wohnsitz haben und von der Aufsichtsbehörde zur öffentlichen Beurkundung ermächtigt worden sind (§ 2 Abs. 1 des Gesetzes über die öffentliche Beurkundung und die Beglaubigung in Zivilsachen vom 3. Juni 1946, Beurkundungsgesetz; BGS 223.1) oder um Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte mit ausserkantonalem Patent, die im Kanton Zug die Beurkundungsprüfung absolviert haben (vgl. dazu auch die Antworten zu Frage 3, 5 und 6). Bei den staatlichen Urkundspersonen handelt es sich insbesondere um arbeitsvertraglich angestellte Gemeindeschreiberinnen und Gemeindeschreiber und deren Stellvertreterinnen und Stellvertreter, die das zugerische Anwaltspatent oder ein gleichwertiges Patent auf dem Gebiete des Beurkundungsrechts besitzen oder sich gegenüber der Aufsichtsbehörde in einer Prüfung über hinreichende theoretische und praktische Kenntnisse im Beurkundungsrecht ausgewiesen haben (§ 4 Abs. 1 Beurkundungsgesetz). Die öffentliche Beurkundung von Rechtsgeschäften über dingliche und vormerkbare persönliche Rechte an Grundstücken fällt - von wenigen Ausnahmen abgesehen, in denen die Urkundspersonen des Grundbuch- und Vermessungsamtes tätig werden - in die exklusive Zuständigkeit der gemeindlichen Urkundspersonen. Die staatlichen Urkundspersonen unterstehen der Aufsicht der Direktion des Innern, während die freiberuflichen der Aufsicht des Obergerichts unterstehen.

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.

Antwort:

Nein.

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 Entscheidebegründung.

Antwort:

Nein.

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.

Antwort:

Ja. Das Beurkundungsrecht wird vom kantonalen Recht beherrscht. Unseres Erachtens müssen die im Kanton Zug tätigen Urkundspersonen über genügende Kenntnisse des kantonalen Rechts sowie der örtlichen Verhältnisse und Gepflogenheiten verfügen. Nur so kann eine geordnete Beurkundungstätigkeit im Dienste der Rechtssicherheit gewährleistet werden. Aus diesem Grunde haben sich gestützt auf § 2 Abs. 3 Beurkundungsgesetz Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte mit ausserkantonalem Patent im Rahmen einer Beurkundungsprüfung im Kanton Zug über ihre hinreichende praktische Befähigung zur Beurkundung auszuweisen. Dasselbe gilt nach § 4 Abs. 1 Beurkundungsgesetz für gemeindliche Urkundspersonen, die nicht im Besitz des zugerischen Anwaltspatents oder eines "gleichwertigen Patents" auf dem Gebiet des Beurkundungsrechts sind.

Würde das Bundesgericht wider Erwarten entscheiden, dass ausländische Notarinnen und Notare sowie ausländische Urkunden zwingend und ohne zusätzliche Beurkundungsprüfung in der Schweiz zugelassen werden müssen, gäbe es keinen Grund, schweizerische Notarinnen und Notare schlechter zu stellen und die Notariatstätigkeit wäre innerhalb des Binnenmarktes Schweiz zu öffnen. Dies wäre nicht nur im interkantonalen Verkehr zu berücksichtigen. In einem solchen Fall wäre das Beurkundungsgesetz zu revidieren und zwar in der Weise, dass die zugerischen Urkundspersonen nicht schlechter gestellt würden als ausserkantonale oder ausländische. Die Beurkundung dinglicher und vormerkbarer persönlicher Rechte an Grundstücken müsste folglich auch den freiberuflichen Urkundspersonen des Kantons Zug erlaubt werden.

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.

Antwort:

Die heute im Kanton Zug geltenden Gebührensätze sind im Vergleich zum schweizerischen Durchschnitt tief. Soweit notarielle Dienstleistungen durch staatliche Urkundspersonen erbracht

werden, bemessen sich die Gebühren gemäss § 28 Abs. 1 Beurkundungsgesetz nach dem Kantonsratsbeschluss über die Gebühren in Verwaltungs- und Zivilsachen vom 11. März 1974 (Verwaltungsgebührentarif; BGS 641.1), wobei das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip zu beachten ist. Die freiberuflichen Urkundspersonen erheben Gebühren gestützt auf die Verordnung über den Anwaltstarif vom 3. Dezember 1996 (AnwT; BGS 163.4). Die von den freiberuflichen Urkundspersonen erhobenen Gebühren müssen einen angemessenen Gewinn zulassen. Eine Freigabe der Tarife scheint uns nicht opportun. Bei der Beurkundungstätigkeit handelt es sich um eine anspruchsvolle und wichtige Aufgabe; den Urkunden kommt erhöhte Beweiskraft zu und eine nachträgliche Korrektur von Fehlern ist in gewissen Fällen (v.a. im Bereich des Erbrechts) nicht möglich. Die Dienste einer Urkundsperson müssen zudem für einige Rechtsgeschäfte zwingend in Anspruch genommen werden. Eine Freigabe der Tarife könnte zu einem Preiskampf führen, der negative Auswirkungen auf die Qualität der Urkunden haben könnte. Für die Bürgerinnen und Bürger wäre es nicht ohne weiteres möglich, dies zu erkennen. Umgekehrt könnte eine Freigabe auch dazu führen, dass die Preise für "kleinere Dienstleistungen" unerschwinglich werden. Dies wäre zum Beispiel der Fall, wenn ein "Gebührentourismus" einsetzen würde und Rechtsgeschäfte mit hohem Interessenswert jeweils bei den Notarinnen und Notaren mit den tiefsten Gebühren beurkundet würden. Damit würde eine Quersubventionierung für "kleinere Dienstleistungen" verunmöglicht.

Frage 5:

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

Antwort:

Wir verweisen in diesem Zusammenhang auf unsere Ausführungen unter dem Titel "Organisation des Notariats im Kanton Zug" sowie auf die Antwort zur Frage 3. Mit Bezug auf die freiberuflichen Urkundspersonen ist neben dem Anwaltspatent mit Beurkundungsprüfung für die Erteilung der Beurkundungsbefugnis der Eintrag im kantonalen Anwaltsregister und Wohnsitz im Kanton Zug erforderlich (§ 2 Abs. 1 Beurkundungsgesetz). Inhaberinnen und Inhabern von ausserkantonalen Anwaltspatenten mit Beurkundungsprüfung wird die Beurkundungsbefugnis zudem nur erteilt, wenn der betreffende Patentkanton Gegenrecht hält.

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.

Antwort:

Nein. Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte mit ausserkantonalem Anwaltspatent können im Kanton Zug die schriftliche (Erstellung einer Urkunde) und die mündliche (Beurkundungsrecht und Zivilrecht) Beurkundungsprüfung ablegen, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Handlungsfähigkeit
 - keine strafrechtlichen Verurteilungen, wegen Handlungen, die mit dem Anwaltsberuf bzw. der Beurkundungstätigkeit nicht zu vereinbaren sind
 - keine Verlustscheine
 - Gegenrecht des Patentkantons
- (vgl. §§ 12 ff. Anwaltsprüfungsverordnung)

Haben sie diese Prüfung erfolgreich abgelegt, gelten die gleichen Voraussetzungen für die Ermächtigung zur Beurkundung wie für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte mit Zuger Anwaltspatent, d.h. die Ermächtigung zur Beurkundung wird erteilt, wenn sie im Kanton Zug Wohnsitz haben, im zugerischen Anwaltsregister eingetragen sind und der Patentkanton Gegenrecht hält (vgl. § 2 Abs. 3 BeurkG). Die im Gesetz verankerte 5-jährige Wohnsitzpflicht wurde in der Praxis dahingehend angepasst, dass für die Ermächtigung zur öffentlichen Beurkundung ein aktueller Wohnsitz im Kanton Zug ausreichend ist.

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.

Antwort:

Ja. Ohne vertiefte Kenntnisse des kantonalen Beurkundungsrechts und einer gewissen Praxis besteht die Gefahr, dass eine Urkundsperson formell ungültige Urkunden produziert, was der Rechtssicherheit abträglich ist und insbesondere im Ehe- und Erbrecht, wo die Urkunden nicht von einer Behörde geprüft werden, zu gerichtlichen Auseinandersetzungen im Rahmen von Erbteilungen oder Ehescheidungen führen kann. Des Weiteren gehört auch die Pflicht zur Rechtsbelehrung zu den Aufgaben der Urkundsperson. Dazu gehören beispielsweise Hinweise auf kantonale Steuern (Grundstückgewinn- und Handänderungssteuern), Gebühren (Notariats- und Grundbuchgebühren) sowie auf die entsprechenden kantonalen gesetzlichen Pfandrechte zur Sicherung des Inkassos dieser Gebühren und der Auslagen. Ohne ausgewiesene Kenntnisse des kantonalen Gebühren- und Steuerrechts besteht die Gefahr, dass die Urkundsparteien von den Notarinnen und Notaren ungenügend belehrt und nicht auf mögliche Steuerprobleme hingewiesen werden. Die Notarinnen und Notare müssen deshalb durch das Ablegen der kantonalen Beurkundungsprüfung nachweisen, dass sie über genügende Kenntnisse des kantonalen Rechts verfügen.

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.

1. Teilfrage: Ja.

2. Teilfrage: Bei der Beurkundungstätigkeit handelt es sich um eine Amtstätigkeit. Der Kanton hat ein Interesse daran, dass die zugelassenen Urkundspersonen, wenn sie schon nicht beim Kanton oder den Gemeinden angestellt sind, mit den lokalen Verhältnissen vertraut sind. Dies

fördert zudem in vielen Bereichen die Qualität der Urkunden (vgl. Antworten zu den Fragen 3 und 7).

Frage 9:

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

a) nicht anerkannt?

Urkunden über dingliche und vormerkbare persönliche Rechte an im Kanton Zug gelegenen Grundstücken, da solche grundsätzlich nur von den gemeindlichen Urkundspersonen, d.h. von den Gemeindeschreiberinnen und Gemeindeschreibern sowie deren Stellvertreterinnen und Stellvertretern erstellt werden können sowie in Ausnahmefällen von den Urkundspersonen des kantonalen Grundbuch- und Vermessungsamtes. Ausgenommen von dieser Regel ist die akzessorische Beurkundung dinglicher Rechte im Rahmen einer anderen Beurkundung (z.B. Ehe- und Erbvertrag) und im Bereich des Fusionsrechts. Ebenfalls nicht anerkannt werden ausserkantonale erstellte öffentliche Urkunden über Vorgänge oder Willenserklärungen, welche im Kanton Zug stattgefunden haben (z.B. die Generalversammlung einer Aktiengesellschaft, welche im Kanton Zug stattfindet, oder ein Testament, dessen zugrunde liegende Willenserklärung im Kanton Zug abgegeben wurde).

b) unter gewissen Voraussetzungen anerkannt?

Anerkannt werden ausserkantonale Urkunden dann, wenn sie dingliche oder vormerkbare Rechte an im Kanton Zug gelegenen Grundstücken nur akzessorisch beurkunden (vgl. Antwort zu Frage 9a.).

c) ohne weiteres anerkannt?

Urkunden, die nur akzessorisch dingliche Rechte an im Kanton Zug gelegenen Grundstücken betreffen oder Vorgänge oder Willenserklärungen beurkunden, welche nicht im Kanton Zug stattgefunden haben.

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?

Für die Beurkundung dinglicher und vormerkbarer persönlicher Rechte an Grundstücken herrscht im Kanton Zug das Amtsnotariat. Grundsätzlich sind nur die gemeindlichen Urkundspersonen und in wenigen Ausnahmefällen die Urkundspersonen des Grundbuch- und Vermessungsamtes berechtigt, solche "Grundstücksgeschäfte" zu beurkunden. Es ist systemimmanent, dass solche Urkunden nicht ausserkantonale erstellt werden können. Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung ausführlich begründet, weshalb bei Rechtsgeschäften über dingliche Rechte an Grundstücken ausschliesslich die Zuständigkeit der Urkundsperson am Ort der gelegenen Sache vorgesehen sein soll. Bei "Grundstücksgeschäften" steht - so das Bundesgericht in BGE 113 II 504 E. 3 - das Bedürfnis nach Verkehrssicherheit und nach Schutz der Parteien gegen Übereilung und gegen die Abfassung von ungenauen, unklaren und den örtlichen

Verhältnissen zuwiderlaufenden Verträgen, im Vordergrund. Zudem weise der Vertragsinhalt bei diesen Geschäften eine besonders enge Beziehung zur Beschaffenheit des Grundstücks, zu den Gebräuchen der Gegend, den Besonderheiten ihres Liegenschaftsverkehrs und der Organisation ihres Grundbuchwesens auf. Im Beurkundungsverfahren komme der Aufklärung und Beratung der Parteien besondere Bedeutung zu. Diese Aufgabe könnten Urkundspersonen am Ort der gelegenen Sache besser erfüllen. Die vom Bundesgericht in BGE 113 II 504 E. 3a angeführten Gründe, welche für die *lex rei sitae* sprechen, sind nach wie vor überzeugend und sprechen klar gegen die Einführung der Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde im Bereiche der dinglichen und vormerkbaren Rechte an Grundstücken.

Auch bei der Beurkundung von Vorgängen oder Willenserklärungen, welche im Kanton Zug stattgefunden haben, können gute Kenntnisse des kantonalen Beurkundungsrechts und die Vertrautheit mit den örtlichen Verhältnissen wesentlich zur Qualität der Urkunden und damit zur Rechtssicherheit beitragen.

Zug, 28. Mai 2013

Freundliche Grüsse
Regierungsrat des Kantons Zug

Beat Villiger
Landammann

Tobias Moser
Landschreiber

Kopie an:

- Obergericht
- Direktion des Innern (3)
- Grundbuch- und Vermessungsamt
- Eidgenössische Parlamentarier des Kantons Zug