

Roland Pfäffli / Fabrizio Andrea Liechi

Der Notar und das Freizügigkeitsabkommen: Entwicklungen

Die Berufsgattung der Notare sollte spätestens seit Inkrafttreten der Richtlinie 2013/55/EU aus der eidgenössischen «Verordnung über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringern und -erbringern in reglementierten Berufen» (VMD) gestrichen werden.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Notariats- und Anwaltsrecht; Bilaterale Abkommen CH-EU

Zitiervorschlag: Roland Pfäffli / Fabrizio Andrea Liechi, Der Notar und das Freizügigkeitsabkommen: Entwicklungen, in: Jusletter 20. April 2015

Inhaltsübersicht

- 1 Einführung
- 2 Revidierte Berufsqualifikationsrichtlinie 2005/36/EG
- 3 Interessante Entwicklung

1 Einführung

[Rz 1] Der Beitrag soll den Bundesverordnungsgeber ermuntern, eine in der Literatur bereits kritisierte¹ Verordnungsbestimmung aufzuheben. Es handelt sich dabei um Anhang 1 Ziffer 11 VMD², welcher im Ergebnis die Notare dem Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens³ mit der Europäischen Union (EU) unterstellen möchte. Spätestens seit der Revision der Berufsqualifikationsrichtlinie 2005/36/EG (publiziert am 28. Dezember 2013)⁴ wäre es der Rechtssicherheit dienlich, wenn diese Verordnungsbestimmung revidiert würde.

2 Revidierte Berufsqualifikationsrichtlinie 2005/36/EG

[Rz 2] Das im Rahmen der bilateralen Verträge mit der EU abgeschlossene Freizügigkeitsabkommen regelt im bilateralen Verhältnis EU-Schweiz unter anderem die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen. Die EU und die Schweiz haben sich im Freizügigkeitsabkommen verpflichtet, die erforderlichen Massnahmen zur gegenseitigen Anerkennung der Diplome, Zeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise zu ergreifen⁵. Für die Umsetzung dieser Massnahmen wurde auf den Anhang III des Freizügigkeitsabkommens verwiesen.

[Rz 3] Anhang III zum Freizügigkeitsabkommen sieht vor, dass sich die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU nach der Richtlinie 2005/36/EG⁶ richtet (sog. Berufsqualifikationsrichtlinie). Die Schweiz hat die Berufsqualifikationsrichtlinie innerstaatlich umgesetzt. Zu diesem Zweck hat das Parlament am 14. Dezember 2012 das neue Bundesgesetz über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen erlassen (BGMD)⁷. Dieses Gesetz ist am 1. September 2013 in Kraft getreten. Die Ausführungsverordnung zu diesem Gesetz (VMD)⁸ hält in Anhang I fest, dass auch Notare in den Anwendungsbereich der Berufsqualifikationsrichtlinie 2005/36/EG und folglich generell in den sachlichen Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens fallen⁹.

¹ PFÄFFLI/LIECHTI, Bemerkungen zu den rechtlichen Einschätzungen der eidgenössischen Wettbewerbskommission (WEKO) zur Freizügigkeit der Notare, in: Jusletter 16. Dezember 2013, mit weiteren Hinweisen.

² Verordnung vom 26. Juni 2013 über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen (VMD), SR 935.011.

³ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen. FZA), SR 0.142.111.681.

⁴ Vgl. Ziffer 2 hiernach.

⁵ Art. 9 FZA.

⁶ Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABI EU L 255/ S. 22.

⁷ SR 935.01.

⁸ SR 935.011.

⁹ Zu einer ausführlichen Kritik an dieser Verordnung wird verwiesen auf: PFÄFFLI/LIECHTI (Fn. 1), Ziffer II/2.

[Rz 4] Das BGMD findet gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. c jedoch nur dann Anwendung, wenn sich die Person (zusätzlich zu den Voraussetzungen von lit. a und b) nach Anhang III des Freizügigkeitsabkommens oder nach Anhang K des Übereinkommens zur Errichtung der EFTA¹⁰ auf die Richtlinie 2005/36/EG berufen kann. Auf das bilaterale Verhältnis mit der EU vereinfacht ausgedrückt bedeutet dies, dass dieses Ausführungsgesetz (und damit auch die diesbezügliche Ausführungsverordnung) nur auf jene EU-Staatsangehörige anwendbar ist, welche einen Beruf ausüben, welcher von der erwähnten Richtlinie abgedeckt ist¹¹. In der Ausführungsverordnung zu diesem Ausführungsgesetz hat der schweizerische Verordnungsgeber schliesslich festgehalten, dass nach seiner Auffassung auch Notare unter die von der Richtlinie 2005/36/EG reglementierten Berufsgattungen zu subsumieren seien¹².

[Rz 5] Vereinfacht zusammengefasst bedeutet dies, dass nach Auffassung des schweizerischen Verordnungsgebers die (schweizerischen und europäischen) Notare unter die Richtlinie 2005/36/EG subsumiert werden und diese sich gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen auf eine internationale Freizügigkeit berufen können.

[Rz 6] Nun hat jedoch der Rat der Europäischen Union am 15. November 2013 seine Zustimmung zur Richtlinie 2013/55/EU zur Änderung der Richtlinie 2005/36/EG erteilt¹³. In seiner neuen Fassung sieht Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen ausdrücklich vor, dass durch Hoheitsakt bestellte Notare vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen sind. Publiziert wurde diese neue Richtlinie am 28. Dezember 2013.

[Rz 7] Auf europäischer Ebene ist mithin nunmehr erstellt, dass der Notar nicht von der Richtlinie 2005/36/EG betroffen ist. Im Verhältnis EU-Schweiz besteht damit die unerwünschte Situation, dass die Europäische Union die Notare von Gesetzes wegen und gemäss EuGH-Rechtsprechung¹⁴ nicht unter die Richtlinie 2005/36/EG subsumiert, wogegen die Schweiz in der VMD die Notare ausdrücklich als von dieser Richtlinie reglementierte Berufsgattung qualifiziert. Dies ob-
schon das zugrundeliegende Gesetz (BGMD) ausdrücklich festhält, dass dieses nur auf jene EU-Staatsangehörige anwendbar ist, welche einen Beruf ausüben, der von der Richtlinie 2005/36/EG abgedeckt ist. Die Verordnung widerspricht damit aktuell dem übergeordneten Gesetz und sollte entsprechend revidiert werden.

[Rz 8] Diese Dichotomie zwischen europäischer und schweizerischer Interpretation der Richtlinie 2005/36/EG führt aktuell zu einer gewissen Rechtsunsicherheit. Es wäre wünschenswert, wenn diese Rechtsunsicherheit durch die Streichung der Notare aus der VMD beseitigt würde. Schliesslich hat auch der Bundesrat in der Botschaft zum BGMD klargestellt, dass dieses Ausführungsgesetz nicht beabsichtigt, den Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/36/EG auszudeh-

¹⁰ Übereinkommen vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA), SR 0.632.31.

¹¹ Botschaft vom 4. April 2002 zur Genehmigung des Beschlusses Nr. 2/2011 des Gemischten Ausschusses EU-Schweiz zum Freizügigkeitsabkommen (Änderung von Anhang III des Abkommens, gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen) und zur Umsetzung des Beschlusses (Bundesgesetz über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen), Botschaft BGMD, BBl 2012 4401, S. 4419 f.

¹² Art. 1 in Verbindung mit Anhang 1 Ziffer 11 VMD.

¹³ Kurz zuvor hatte bereits das Europäische Parlament das im Trilog-Verfahren erzielte Ergebnis gebilligt und der weiten Einbeziehung des Notarates in den Anwendungsbereich der Richtlinie, wie sie die Europäische Kommission vorgeschlagen hatte, eine Absage erteilt; vgl. Deutsche Notar-Zeitung 2014, S. 566 f.

¹⁴ Der Gerichtshof der Europäischen Union hat mit Beschluss vom 7. Januar 2015 (Verfahren T-185/14) denn auch bereits eine Individualklage gemäss Art. 263 Abs. 4 AEUV von José Freitas, mit der diese Ausnahme der Notare von der revidierten Berufsqualifikationsrichtlinie 2013/55/EU beanstandet wurde, als unzulässig zurückgewiesen.

nen. Vielmehr solle das Ausführungsgesetz lediglich Meldepflichten für jene EU-Bürger regeln, welche sich nach Europäischem Recht auf die Richtlinien berufen können¹⁵. Tatsächlich wurde mit dem Erlass des BGMD und der diesbezüglichen Ausführungsverordnung (VMD) eine einheitliche Anwendung der Richtlinie 2005/36/EG beabsichtigt. Ebendiese Einheitlichkeit ist jedoch spätestens seit der Änderung der Richtlinie durch die EU nicht mehr der Fall. Aktuell führt dies gleichsam zur unerwünschten Situation, dass sich theoretisch¹⁶ europäische Notare in der Schweiz gestützt auf die VMD auf das Freizügigkeitsabkommen berufen könnten, wogegen einem Schweizer Notar in Europa dieses Recht verwehrt würde. Diese Ungleichbehandlung könnte zu einer Inländerdiskriminierung der Schweizer Notare und zu einer Rechtsunsicherheit im schweizerisch-europäischen «Rechtsraum» führen. Dem Willen des Verordnungsgebers (einheitliche Anwendung der Richtlinie 2005/36/EG) könnte zum Durchbruch verholfen werden, indem der Passus im Anhang 1 Ziffer 11 VMD, wonach auch Notare unter die Richtlinie 2005/36/EG zu subsumieren seien, gestrichen wird.

3 Interessante Entwicklung

[Rz 9] Beim Zustandekommen der VMD, resp. im Rahmen der Aufnahme der Notare in den entsprechenden Katalog, konnte hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Bund und Kantonen eine interessante Entwicklung festgestellt werden:

[Rz 10] Konkret wird das in Art. 5a BV und Art. 43a BV normierte Subsidiaritätsprinzip¹⁷ an-

¹⁵ Botschaft BGMD (Fn. 11), S. 4419.

¹⁶ Tatsächlich darf man hoffen, dass zumindest die Judikative dem entsprechenden Passus in der VMD die Anwendung versagen würde. Dies, da die Verordnung offensichtlich das übergeordnete Gesetz verletzt und der Bundesrat damit die ihm im Bundesgesetz eingeräumten Befugnisse übertreten hat; vgl. zum Prinzip der Gesetzeskonformität: HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Auflage, Rz. 2099; TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2011, Rz. 14 zu §8. Im Rahmen einer richterlichen Überprüfung der Rechtmässigkeit von Verordnungsbestimmungen ist aufgrund einer sorgfältigen Auslegung zu ermitteln, ob Verordnung und Gesetz eine rechtliche Einheit bilden; vgl. NUSSBAUM, Rahmenbedingungen der Verordnungsgebung: Rechtliche Grundlagen und Funktionen von Verordnungen, in: LeGes 2003/1, S. 9 ff., S. 19 f. Bewegt sich eine sog. unselbständige Verordnung — wie vorliegend die VMD — nicht in dem durch das Bundesgesetz vorgegebenen Rahmen, ist ihr die Anwendung im Einzelfall zu versagen. TSCHANNEN (vgl. oben in dieser Fn.), Rz. 15 ff zu §8. Es handelt sich in solchen Fällen um eine Verletzung des die Verordnung tragenden Bundesgesetzes und damit ein Verstoß gegen das Gesetzmässigkeitsprinzip; vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2009, Rz. 45 zu §19; GÄCHTER, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2011, Rz. 41 zu §22. Es ist mithin staatsrechtlich nicht möglich, mittels einer Verordnung den sachlichen Geltungsbereich eines Bundesgesetzes zu erweitern; vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER (vgl. oben in dieser Fn.), Rz. 2099; TSCHANNEN (vgl. oben in dieser Fn.), Rz. 14 zu §8. Summa summarum kann festgehalten werden, dass der hier kritisierten Verordnungsbestimmung auch bei einer Nichtaufhebung derselben von den Gerichten die Anwendung wohl zu versagen wäre. Dies zudem auch deshalb, weil bereits unter der «alten» Version der Berufsqualifikationsrichtlinie 2013/55/EU die einhellige europäische Lehre und auch der EuGH davon ausgingen, dass Notare nicht unter dieselbe subsumiert werden können; vgl. hierzu SPICKHOFF, Die Revisionsvorlage von Art. 55 SchlT ZGB, Rechtsvergleichende Betrachtung aus europäischer und deutscher Perspektive, in: Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, 3. Schweizerischer Notarenkongress, Muri bei Bern 2015, S. 138 f., mit weiteren Hinweisen; FUCHS, Kein Staatsangehörigkeitsvorbehalt für den Zugang zum Notarberuf, EuZW 2011, S. 475 f.

¹⁷ Dieser Grundsatz, wonach der übergeordnete Verband eine Aufgabe nur dann übernehmen soll, wenn er diese besser erfüllen kann als es die untergeordnete Gebietskörperschaften für sich alleine oder gemeinsam tun können, reicht bis in die Antike zurück, vgl. HÖFFE, Subsidiarität als Gesellschafts- und Staatsprinzip. Dieser Gedanke ist in der Neuzeit besonders in der katholischen Sozial- und Kirchenlehre entwickelt worden (und später von modernen Nationalstaaten übernommen worden); dies kam im letzten Jahrhundert etwa in der Enzyklika Quadragesimo anno von PAPST PIUS XI aus dem Jahr 1931 deutlich zum Ausdruck, vgl. etwa in Ziffer 79 der Enzyklika: «Wenn es nämlich auch zutrifft, was ja die Geschichte deutlich bestätigt, dass unter den veränderten Verhältnissen manche Aufgaben, die früher leicht von kleineren Gemeinwesen geleistet wurden, nur mehr von grossen bewältigt werden können, so muss doch allzeit unverrückbar jener höchst gewichtige sozialphilosophische Grundsatz fest gehalten werden, andern nicht zu rütteln noch zu deuteln ist: wie dasjenige, was der Einzelmensch aus eigener Initiative und mit seinen eigenen Kräften leisten kann, ihm

gesprochen. Dieser Grundsatz bei der Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben bildet unbestrittenermassen einen hohen verfassungspolitischen Stellenwert¹⁸. Danach hat der Bund nur jene (neuen) Aufgaben zu übernehmen, welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen. Der Bund hat gleichsam nicht ohne Not in bestehende Aufgaben der Kantone einzugreifen. Diesem wichtigen staatsrechtlichen Prinzip kommt gerade beim autonomen Nachvollzug von EU-Gemeinschaftsrecht und bei der Entwicklung und Umsetzung der bilateralen Verträge eine wichtige Bedeutung zu, um einem Zentralisierungsprozess von Gemeinschaftsaufgaben entgegenzutreten¹⁹.

[Rz 11] Aufgrund der verfassungsmässigen Kompetenzordnung oblag die Regelung des Notariats bisher unbestrittenermassen den Kantonen, was etwa für die vom Bundesprivatrecht vorgeschriebene öffentliche Beurkundung in Art. 55 Abs. 1 SchlT des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) ausdrücklich festgehalten wird²⁰. Bezüglich der Zulassung der Notare zur Berufsausübung bestanden bisher gleichsam keine bundesrechtlichen Kompetenzen und spezifischen Vorgaben, womit die Kantone in der Ausgestaltung der entsprechenden Regelung stets frei waren²¹.

[Rz 12] Nun hat der Bundesverordnungsgeber durch die Aufnahme der Notare in die VMD gewissermassen in diese Kompetenzverteilung eingegriffen. Tatsächlich ist es vor dem Hintergrund des Subsidiaritätsprinzips nicht selbstverständlich, dass der Bundesrat mittels einer Verordnung in die den Kantonen in der verfassungsmässigen Kompetenzenordnung delegierte Hoheit in notariellen Bereichen eingegriffen hat. Dies nicht zuletzt auch deshalb, weil offenbar darauf verzichtet wurde, die Kantone anzuhören, bevor die Notare in dieser Verordnung der (internationalen und allenfalls auch interkantonalen²²) Freizügigkeit unterstellt wurden. Unabhängig von der Anwendung des Subsidiaritätsprinzips wäre eine vorgängige Anhörung der Kantone wünschenswert gewesen, da eine solche (vorgängige) Konsultation eigentlich in Art. 1 Abs. 3 BGMD vorgesehen gewesen wäre²³.

[Rz 13] Die Autoren sind überzeugt, dass mit der Streichung der Berufsgattung der Notare aus der VMD ein wichtiger Schritt für unsere Rechtssicherheit geleistet und sich dies gleichzeitig auch gegenüber dem seit alters bewährten Schweizerischen Notariat vertrauensbildend auswirken würde.

Prof. Dr. iur. ROLAND PFÄFFLI, Thun, ist Notar und Titularprofessor an der Universität Freiburg sowie Konsulent bei Von Graffenried Recht, Bern.

nicht entzogen und der Gesellschaftstätigkeit zugewiesen werden darf, so verstösst es gegen die Gerechtigkeit, das, was die kleineren und untergeordneten Gemeinwesen leisten und zum guten Ende führen können, für die weitere und übergeordnete Gemeinschaft in Anspruch zu nehmen; zugleich ist es überaus nachteilig und verwirrt die ganze Gesellschaftsordnung. Jedwede Gesellschaftstätigkeit ist ja ihrem Wesen und Begriff nach subsidiär; sie soll die Glieder des Sozialkörpers unterstützen, darf sie aber niemals zerschlagen oder aufsaugen.»

¹⁸ HÄFELIN/HALLER/KELLER (Fn. 16), Rz. 1051.

¹⁹ SCHWEIZER/MÜLLER, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 3. Auflage, Note 15 zu Art. 5a BV, mit weiteren Hinweisen.

²⁰ COTTIER/GERMANN, Das Notariat im Europarecht: Ein Blick in die Zukunft, in: Ruf/Pfäffli (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Verband bernischer Notare, Langenthal 2003, S. 99, mit weiteren Hinweisen.

²¹ COTTIER/GERMANN (Fn. 20), S. 99.

²² Vgl. Empfehlungen der eidgenössischen Wettbewerbskommission (WEKO) vom 23. September 2013 zuhanden der Kantone und des Bundesrats betreffend Freizügigkeit für Notare und Urkunden; Erwägung D.1.1.

²³ Auch in der entsprechenden Botschaft hätte der Bundesrat sich selbst eigentlich die Pflicht auferlegt, die Kantone anzuhören, bevor er die Notare in die VMD aufnahm; vgl. Botschaft BGMD (Fn. 11), S. 4420.

MLaw FABRIZIO ANDREA LIECHTI ist Fürsprecher und Notar bei Von Graffenried Recht, Bern.