

GR_GERICHTE PVG 2013 7 vom 1. April 2014

GR Gerichte, 2014-04-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_PVG_2013_7

FR: GR_GERICHTE PVG 2013 7 du 1 avril 2014

IT: GR_GERICHTE PVG 2013 7 del 1 aprile 2014

Erwägungen

E. 7

3/7 Notariatsrecht PVG 2013 73 3. a) Es trifft zu, dass die im Notariatsgesetz statuierte Wohnsitzpflicht (Art. 12 lit. c NotG) mit der verfassungsrechtlichen Niederlassungsfreiheit (Art. 24 Abs. 1 BV) in Widerspruch steht. Die Niederlassungsfreiheit gibt jeder Schweizer Bürgerin und jedem Schweizer Bürger das Recht, sich an jedem Ort in der Schweiz niederzulassen oder aufzuhalten, sowie das Recht, die Schweiz zu verlassen oder in die Schweiz einzureisen, wobei «Niederlassen» keine Wohnsitznahme verlangt, sondern vielmehr ein vorübergehender Aufenthalt genügt (CAVELTI, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich u. a. 2008, Art. 24 Rz. 6 m. w. H.). Grundrechte gelten gestützt auf Art. 36 BV im Allgemeinen nicht absolut, geniessen jedoch einen qualifizierten Schutz gegen staatliche Beeinträchtigungen (BIAGGINI, Kommentar BV, Zürich 2007, Art. 36 Rz. 2). Die Niederlassungsfreiheit des Beschwerdeführers kann folglich nur eingeschränkt werden, wenn diese Einschränkung auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, dafür ein öffentliches Interesse besteht und verhältnismässig ist (Art. 36 BV; CAVELTI, a. a. O., Art. 24 Rz. 7 und 24). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung verlangt das Gebot der Verhältnismässigkeit, dass eine behördliche Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen (oder privaten) Interesse liegenden Zieles geeignet und erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung als zumutbar und verhältnismässig erweist. Erforderlich ist dabei eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation. Eine Massnahme ist dann unverhältnismässig, wenn das Ziel mit einem weniger schweren Grundrechtseingriff erreicht werden kann (BGE 132 I 49 E. 7.2, BIAGGINI, a. a. O., Art. 36 Rz. 23). b) aa) Gemäss Art. 36 Abs. 1 BV wird für die Einschränkung von Grundrechten eine gesetzliche Grundlage verlangt. Zwar gehört der materielle Begriff der öffentlichen Beurkundung dem Bundesrecht an, wobei die Kompetenz zu deren gesetzlichen Regelung grundsätzlich bei den Kantonen liegt. Die Aufgabe, zu bestimmen, in welcher Weise auf ihrem Gebiet öffentliche Urkunden hergestellt werden, wird den Kantonen in Art. 55 SchlT ZGB übertragen. Das kantonale Recht hat folglich festzulegen, wer auf dem Kantonsgebiet zur Errichtung einer öffentlichen Urkunde sachlich zuständig und wie dabei zu verfahren ist. Daneben sind insbesondere die Voraussetzungen für die Tätigkeit als Urkundsperson, die Aufgaben und Berufspflichten der Urkundsperson sowie das Gebühren- und Aufsichtswesen zu regeln (BGE 131 II 639 E. 6.1 m. w. H.). Die einem Notar durch den Kanton verliehene Beurkundungsbefugnis hat den

3/7 Notariatsrecht PVG 2013 74 Charakter einer übertragenen hoheitlichen Funktion und kann als solche nicht unter dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) stehen (BGE 131 II 639 E. 6.1, 128 I 280 E. 3 m. w. H.). Folgedessen findet auch das BGBM keine

Anwendung (Art. 1 Abs. 3 BGBM; vgl. BGE 131 II 639 E.6.1). Vorliegend hat der Kanton Graubünden das Notariatswesen im Notariatsgesetz und der dazugehörigen Notariatsverordnung geregelt. Gemäss Art. 12 lit. c NotG wird das kantonale Notariatspatent von der Notariatskommission auf Gesuch hin einer Person erteilt, welche in einer Bündner Gemeinde Wohnsitz hat. Damit liegt in vorliegender Angelegenheit eine gesetzliche Grundlage gemäss Art. 36 Abs. 1 BV vor, welche die Niederlassungsfreiheit (Art. 24 Abs. 1 BV) einschränkt. Festzuhalten bleibt, dass den Kantonen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei der Festlegung der Voraussetzungen, unter denen ein Bewerber zur Notariatsausübung zugelassen wird, grosse Freiheit zukommt (BGE 131 II 639 E. 7.3 m. w. H.). bb) Einschränkungen von Grundrechten müssen sodann durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sein (Art. 36 Abs. 2 BV). Das öffentliche Interesse an der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit für Notare ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gegeben, da die Urkundsperson als staatliches Organ im Rahmen der freiwilligen beziehungsweise nichtstreitigen Gerichtsbarkeit eine hoheitliche Funktion wahrnehme und die ihr übertragene Tätigkeit weitgehend weisungsunabhängig ausübe. Insofern – weitgehende Unabhängigkeit in der Ausübung der hoheitlichen Tätigkeit – sei die Tätigkeit vergleichbar mit richterlichen Funktionen oder hohen politischen Ämtern und leitenden Funktionen. Es rechtfertigt sich daher, dass ein Gemeinwesen solche Tätigkeiten seinen eigenen Angehörigen vorbehalte (BGE 128 I 280 E. 4.3). Ebenfalls für das öffentliche Interesse spricht die Übernahmepflicht von Amtsgeschäften des Notars (Art. 21 NotG), welche wiederum eine erhöhte Präsenz und Verbundenheit des Notars mit dem Ort, wo er seine hoheitliche Tätigkeit ausübt, erfordert. Gestützt auf das Ausgeführte und in Anlehnung an die dargelegte bundesgerichtliche Rechtsprechung, ist vorliegend das öffentliche Interesse an der Wohnsitzpflicht für freiberufliche Notare zu bejahen. cc) Schliesslich gilt es im vorliegenden Fall zu prüfen, ob die Einschränkung der Niederlassungsfreiheit verhältnismässig ist (Art. 36 Abs. 3 BV). aaa) Der Beschwerdeführer rügt im Zusammenhang mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip insbesondere, die Notariats-3/7 Notariatsrecht PVG 2013 75 kommission hätte die Aspekte der Verbundenheit des Beschwerdeführers mit dem Kanton prüfen und in der Interessenabwägung gewichten müssen. Der Beschwerdeführer legt sodann dar, die Angehörigkeit zu einem Gemeinwesen ergebe sich nicht nur aus dem Wohnsitz einer Person, vielmehr leite sich diese namentlich auch aus dem Bürgerrecht ab. Die Vorinstanz habe es ausser Acht gelassen, dass er im Kanton Graubünden geboren worden und aufgewachsen sei und er zudem über das Bürgerrecht von 0.3. und Graubünden verfüge. Ebenfalls nicht berücksichtigt worden sei der Umstand, dass er seine berufliche Tätigkeit vollumfänglich und ausschliesslich im Kanton Graubünden ausübe. Er sei dort als Rechtsanwalt eingetragen und vollzeitig tätig, ferner werde er als Aktuar des Schiedsgerichts Graubünden für Sozialversicherungsrecht eingesetzt und sei als Dozent für Gesellschaftsrecht an der X. angestellt. Damit liege der einzig relevante Unterschied zu Notariatskollegen mit Wohnsitz im Kanton Graubünden in der Frage des steuerrechtlichen Wohnsitzes. Jedoch dürften gerade fiskalische Interessen nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht berücksichtigt werden. Im Weiteren verkenne die Notariatskommission, dass die Bindung an einen Wohnsitz seitens der Ehefrau des Beschwerdeführers sich nicht nur aus einer Residenzpflicht ableiten lasse. bbb) Dem Verhältnismässigkeitsprinzip liegt der Gedanke zugrunde, dass ein Eingriff in ein Freiheitsrecht nicht weiter gehen darf, als es das öffentliche Interesse erfordert. Zudem darf die Freiheitsbeschränkung nicht in einem Missverhältnis zum damit verbundenen öffentlichen Interesse stehen

(HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich u. a. 2012, Rz. 320). Neben der Geeignetheit und Erforderlichkeit der staatlichen Massnahme umfasst der Grundsatz der Verhältnismässigkeit als drittes Element die Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung beziehungsweise die Abwägung von öffentlichem und betroffenem privatem Interesse (HÄFELIN/HALLER/KELLER, a. a. O., Rz. 323). Als unverhältnismässig gilt eine Anordnung dann, wenn deren negative Wirkungen im konkreten Fall schwerer ins Gewicht fallen als das öffentliche Interesse daran, dass die Anordnung getroffen wird. Hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit ist bei der Interessenabwägung ferner zu berücksichtigen, dass die Wahl des Familienwohnsitzes von den Ehegatten gemeinsam bestimmt wird. Ein Anspruch auf eine Ausnahmeregelung kann sich vor diesem Hintergrund und gestützt auf Art. 24 i. V. m. Art. 8 Abs. 3 BV dann ergeben, wenn beispielsweise die Ehegatten

3/7 Notariatsrecht PVG 2013 76 der Residenzpflicht verschiedener Gemeinwesen unterstehen (HÄFELIN/HALLER/KELLER, a. a. O., Rz. 582). Solche speziellen Verhältnisse liegen hier indessen nicht vor. Wie die Notariatskommission richtig dargelegt hat, hat der Beschwerdeführer zwar durchaus ein ernsthaftes Interesse daran, dass in seinem Fall eine Ausnahme von der Wohnsitzpflicht im Kanton Graubünden gewährt wird und er in O.1. wohnhaft bleiben kann. Indessen sind vorliegend die Voraussetzungen für eine Ausnahmeregelung zu verneinen. In einem sehr ähnlich gelagerten Fall hat das Bundesgericht entschieden, dass die Urkundsperson als staatliches Organ eine hoheitliche Funktion wahrnehme und die ihr übertragene Tätigkeit weitgehend weisungsunabhängig ausübe. Die Übertragung derartiger Staatsgewalt liege grundsätzlich in der Regelungskompetenz der Kantone. Zahlreiche Kantone sähen heute vom Wohnsitzerfordernis für freiberufliche Notare ab. Es sei aber mit der Bundesverfassung und namentlich mit der Niederlassungsfreiheit auch vereinbar, wenn ein Kanton die hoheitliche Beurkundungsbefugnis Personen mit Wohnsitz im Kanton vorbehalte (BGE 128 I 280 E. 4.4). Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers vermag denn auch seine zweifellos bestehende, sowohl private als auch berufliche Verbundenheit mit dem Kanton Graubünden keine Abweichung von der im Notariatsgesetz statuierten Wohnsitzpflicht zu begründen. Bei der bundesgerichtlichen Beurteilung des öffentlichen Interesses an der Wohnsitzpflicht von Notaren standen insbesondere die Kriterien der beruflichen Notwendigkeit sowie der Verbundenheit mit der Bevölkerung im Vordergrund (BGE 128 I 280 E. 4.2). Die öffentliche Beurkundung ist eine amtliche, hoheitliche Tätigkeit und die Urkundsperson ein staatliches Organ (BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, S. 152 ff.). Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers vermögen weder die Verbundenheit mit dem Kanton durch die Tatsache, dass er hier aufgewachsen ist und die Schulen im Kanton Graubünden besucht hat, noch sein Bürgerrecht (GR) und der Umstand, dass er seine anwaltliche Tätigkeit in O.2. ausübt, das gewichtige öffentliche Interesse an der Wohnsitzpflicht für seine hoheitliche Tätigkeit als Notar beziehungsweise als staatliches Organ aufzuwiegen. Seine privaten Interessen – insbesondere Wohneigentum in O.1., Integration der zweijährigen Tochter in der dortigen Kindertagesstätte, berufliche Tätigkeit der Ehefrau im Raum O.1. – an einer Ausnahmeregelung in vorliegender Angelegenheit vermögen eine Abweichung der gesetzlich vorgesehenen und durch gewichtige öffentliche Interessen gerechtfertigte Wohnsitz-

3/7 Notariatsrecht PVG 2013 77 pflicht als Notar ebenfalls nicht zu rechtfertigen. Wie die Notariatskommission zu Recht ausgeführt hat, besteht auch in O.2. und Umgebung ein

entsprechendes Angebot an Kindertagesstätten, so- dass das vom Beschwerdeführer und seiner Ehefrau gewährte Betreuungsmodell für die knapp zweieinhalbjährige Tochter auch im Kanton Graubünden gelebt werden kann. Ferner bleibt festzu- halten, dass die Tochter des Beschwerdeführers die Kindertages- stätte erst seit rund einem Jahr an zwei (seit März 2012) respektive drei Tagen (ab Juni 2012) besucht. Einer ebenso hervorragenden Integration der Tochter in einer anderen Tagesstätte – wie sie nach Angaben des Beschwerdeführers an ihrem jetzigen Betreuungsort besteht – steht gemäss Auffassung des Gerichts bei Kindern in die- sem Alter nichts entgegen. Ebenfalls nicht stichhaltig ist die Argu- mentation des Beschwerdeführers dahingehend, der Immobilien- markt in Graubünden sei so ausgetrocknet, dass es einer Familie nur schwer möglich sei, ein passendes Domizil zu finden. Des Wei- teren erachtet es das Gericht schliesslich als zumutbar, dass die Ehefrau des Beschwerdeführers ihre berufliche Tätigkeit, Führung des Beratungsunternehmens Y. GmbH, auch von O.2. und Umge- bung aus wahrnehmen kann. Überdies erscheint die vom Be- schwerdeführer geltend gemachte feste gesellschaftliche Verbun- denheit mit seinem jetzigen Wohnort, die er insbesondere mit seiner Vereinsmitgliedschaft im Pistolenschützenverein belegt, bei welchem er seit Frühjahr 2012 Mitglied ist, also etwa zeitgleich mit der absolvierten Notariatsprüfung, als wenig stichhaltig und ver- mag das Gericht nicht zu überzeugen. Ebenfalls nichts zu seinen Gunsten kann der Beschwerdeführer sodann aus der von ihm zi- tierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung in BGE 1 6 Ia 382 ab- leiten. Zum einen kann die hoheitliche Tätigkeit in der Funktion als Notar nicht mit derjenigen eines Gefängniswär- ters gleichgestellt werden, was direkten Einfluss auf den Ausgang der Interessenabwägung hat, andererseits wird im erwähnten Ur- teil des Bundesgerichts – im Unterschied zu vorliegender Angele- genheit – die Kinderbetreuung durch die Familie, namentlich die Schwägerinnen der Ehefrau, gewährleistet. Ferner dürfte auch ein erheblicher Unterschied zwischen dem Wohnungsmarkt im Kan- ton Genf und demselben im Kanton Graubünden bestehen, womit sich die Situation im genannten Entscheid des Bundesgerichts auch in diesem Punkt erheblich von der hier zu beurteilenden Streitsache unterscheidet. Insgesamt kommt das Gericht somit zum Schluss, dass vorliegend auch das Erfordernis der Verhältnis- mässigkeit im Sinne von Art. 36 Abs. 3 BV zu bejahen ist.

3/7 Notariatsrecht PVG 2013 78 c) Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass die Voraussetzungen für die Einschränkung der Niederlas- sungsfreiheit des Beschwerdeführers gemäss Art. 36 BV erfüllt sind und der Beschluss der Notariatskommission – Abweisung des Patentierungsgesuchs – zu Recht ergangen ist. U 12 120 Urteil vom 5. Februar 2013 Die dagegen an das Bundesgericht erhobene Beschwerde in öf- fentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist noch hängig.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.