

SO_GERICHTE ZZ.1998.35 vom 2. Dezember 1997

SO Obergericht, 1997-12-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_ZZ.1998.35

FR: SO_GERICHTE ZZ.1998.35 du 2 décembre 1997

IT: SO_GERICHTE ZZ.1998.35 del 2 dicembre 1997

Regeste

Ein Notar kann sich weder auf die Handels- und Gewerbefreiheit noch auf das Binnenmarktgesetz berufen, um in einem anderen Kanton die Berufsausübungsbewilligung zu erlangen. Es ist verhältnismässig, eine bereits patentierte Urkundsperson noch ein abgekürztes Praktikum und eine reduzierte Prüfung absolvieren zu lassen.

Erwägungen

E. 1

Die Beschwerde ist frist- und formgerecht erhoben worden. Herr X. ist durch den angefochtenen Entscheid berührt und damit legitimiert.

Indessen sind nach § 50 GO (BGS 125.12) regierungsrätliche Entscheide nicht mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbar. Es ist somit zu prüfen, ob die Beschwerdemöglichkeit aus anderem Rechtsgrund gegeben ist:

Nach Art. 6 Ziff 1 EMRK hat jedermann Anspruch darauf, dass seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird und zwar von einem unabhängigen Gericht, das über zivilrechtliche Ansprüche zu entscheiden hat. Dass der Entzug und die Wiedererteilung von Berufsausübungsbewilligungen für freie Berufe solche "civil rights" darstellen, ist schon lange klaggestellt. Es steht auch fest, dass die Neuzulassung als "Zivilsache" einzustufen ist. Zu den freien Berufen zählen traditionellerweise aber bloss der Arzt und der Rechtsanwalt; der Notar wird nicht erwähnt (vgl. "Artes liberales": in Peter Metzger: Schweizerisches juristisches Wörterbuch, Bern etc. 1996; Frowein / Peukert: Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar, 2. A. Kehl etc. 1996, N 20 zu Art. 6; Mark Villiger: Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, Zürich 1993, Rz 378 ff.; Thomas Poledna: Praxis zur Europäischen Menschenrechtskonvention aus schweizerischer Sicht, Zürich 1993, S. 66 ff.; Ruth Herzog: Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege, Bern 1995, S. 195 f.; VPB 57/IV Nr. 59). In jedem Fall geht es entweder um die geschützte Möglichkeit, privatrechtliche Rechtsverhältnisse, meist Aufträge, mit potentiellen Kunden abschliessen zu dürfen oder aber um die Freiheit einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit als solcher (Andreas Kley-Struller: Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, Zürich 1995, S. 117). Da nun aber zwischen dem Notar und seinem Klienten einerseits sowie zwischen dem Notar und dem Kanton andererseits je ein öffentlich-rechtliches Verhältnis besteht (Peter Ruf: Notariatsrecht, Bern 1995, S. 109 und 310), liegt es zumindest nicht auf der Hand, auch dem "freierwerbenden" Notar die in Art. 6 Ziff. 1 EMRK enthaltene Rechtsweggarantie zu gewähren, wie dies das Bundesgericht in 123 I 88 mit Verweis auf ein nicht publiziertes Urteil vom 22. November 1993, wo es um den dauernden Entzug der Berufsausübungsbewilligung eines neuenburgischen Notars ging,

nun offenbar voraussetzungslos tut. Wie es sich damit für den solothurnischen Notar verhält, mag aber offen bleiben:

Nach § 49 lit. a Ziff 3 GO ist das Verwaltungsgericht zuständig, um Beschwerden gegen Entscheide des Regierungsrates über die "Ausübung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit" zu beurteilen. Die Materialien belegen klar, dass damit unter anderem die Zulassung zum Notariat der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterstellt werden sollte (Botschaft und Entwurf des Regierungsrates zur Änderung des Gesetzes über die Gerichtsorganisation, Rechtsweggarantien, RRB Nr. 2909 vom 9. Dezember 1996, S. 25). Die Beschwerde ist somit, gestützt auf kantonales Recht, an die Hand zu nehmen. Die Kognition ist nach § 52 Abs. 2 GO nicht beschränkt.

E. 2

Um die Beschwerde materiell zu behandeln, erscheint es als tunlich und geboten, vorerst folgende Erwägungen über die Stellung des solothurnischen Notars anzustellen: Der "freie Notar" ist selbständigerwerbend; der Ausdruck wird als Gegensatz zum Amtsnotar, dem Amtschreiber verwendet (Raoul Stampfli: Die Zuständigkeit des freien Notars in Grundbuchsachen nach solothurnischem Recht, in Jubiläumsschrift 75 Jahre Verband solothurnischer Notare, Solothurn 1997, S. 49). § 11 des Einführungsgesetzes zum Zivilgesetzbuch (EGZGB, BGS 129.11) bestimmt, Notare unterstünden der Aufsicht des Regierungsrates; dieser erlasse die notwendige Verordnung. Unter anderem gestützt auf diese Bestimmung hat der Regierungsrat am 21. August 1959 die Notariatsverordnung (NV, BGS 129.11) erlassen. § 4 regelt die Voraussetzungen zur Erteilung der Berufsausübungsbewilligung. Es sind dies namentlich: Der Besitz des solothurnischen Notariatspatentes, das Leisten einer Sicherheit, der Besitz des Schweizerbürgerrechtes und Wohnsitz oder Geschäftsdomizil im Kanton. Der Notar unterliegt einer Urkunds- und Rechtsbelehrungspflicht (§§ 11 und 15), darf an gewissen Geschäften nicht mitwirken (§ 12), muss seine Urkunden registrieren und aufbewahren (§ 44 ff.), untersteht der disziplinarischen Aufsicht des Regierungsrates (§ 60) und erhebt für seine Tätigkeit Gebühren nach dem Tarif (RRB vom 21. April 1975).

E. 3

Nach der heute massgeblichen Lehre ist das Rechtsverhältnis der Urkundsperson zum Staat, das zur Erteilung der Berufsausübungsbewilligung führt, nicht als Polizeibewilligung sondern als Verleihung (oder Konzession) einzustufen. Es wird sogar die Auffassung vertreten, die Zulassung zum Notariatsberuf begründe ein wohl erworbenes Recht, das durch die Eigentumsgarantie geschützt sei. Auch das Verhältnis zum Klient untersteht dem öffentlichen Recht; der Notar fordert für seine Bemühungen eine Gebühr (Christian Brückner: Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, Rz 485 ff.; Ruf, a.a.O., S. 108 ff. und 310 ff.; ähnlich schon Louis Carlen: Notariatsrecht der Schweiz, Zürich 1976, S. 58 mit Hinweisen; Hans Marti: Bernisches Notariatsrecht Bern 1983 S. 208 ff.; PKG 1986 Nr. 22).

E. 4

BV beachte und die entsprechenden Normen im Einzelfall rechtsgleich und willkürfrei anwende. Es sei unbehelflich, Art. 31 BV anzurufen (ZBGR 1996, S. 115).

E. 5

Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM, SR 943.02) bezweckt, den Grundsatz der Nichtdiskriminierung und das "Cassis de Dijon"-Prinzip in der Schweiz umzusetzen (Cottier/Wagner: Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in AJP 1995, S. 1'584). Indessen gilt als Erwerbstätigkeit im Sinne dieses Gesetzes nur die auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, die den Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit geniesst (Art. 1 Abs. 3). Cottier und Wagner (a.a.O.) schliessen Tätigkeiten im öffentlichen Dienst von Kantonen aus. Nach der Botschaft (BB1 1995 I, S. 1262) scheidet das Gesetz den öffentlichen Dienst nicht a priori aus. Das Gesetz gilt aber Bereich nur in dem Masse, als dieser im gewerblichen Bereich auch den Garantien der Wirtschaftsfreiheit offensteht. Kann sich aber ein Notar, wie dargelegt, nicht auf die Handels- und Gewerbefreiheit berufen, so fällt seine Tätigkeit auch nicht unter den Geltungsbereich dieses Gesetzes. Selbst wenn man jedoch diese Auffassung nicht teilen möchte, stünde dem Kanton die Kompetenz zu, Auflagen nach Art. 3 Abs. 2 lit. e zu machen. Darauf ist bei der konkreten Prüfung, ob und unter welchen Voraussetzungen der Fähigkeitsausweis des Beschwerdeführers anzuerkennen sei, zurückzukommen.

E. 6

Ebenso verhält es sich mit Art. 33 i.V.m. 5 UeB BV: Der Beschwerdeführer kann sich nicht darauf berufen. Es ist schon zweifelhaft, ob der Notar als "wissenschaftlicher Beruf" gelten kann, wird doch für die Patenterteilung in den meisten Kantonen keine universitäre Ausbildung vorausgesetzt. Zudem begnügt sich die Beurkundung in der Regel mit einem gewissen Schematismus, der kaum als "wissenschaftliche Methode" gelten kann (vgl. Bois, Kommentar BV, N 4 ff. zu Art. 33). Von vorrangiger Bedeutung ist aber auch hier, dass die Freizügigkeit auf öffentliche Ämter keine Anwendung findet (Bois, a.a.O., N 7 zu Art. 5 UeB BV); der Notar kann sich als öffentlicher Funktionär nicht darauf berufen (Ruf, a.a.O. S. 110; Hans Marti: Bernisches Notariatsrecht, Bern 1983, N. 5 zu Art. 2 NG).

E. 7

Ein Entscheid gilt als willkürlich, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, eine klare Rechtsverletzung darstellt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Willkür ist Machtmissbrauch, für die Betroffenen unverständliches, nicht nachvollziehbares Verhalten (Jörg Paul Müller: Die Grundrechte der Schweizerischen Bundesverfassung, 2. A. Bern 1991, S. 239).

Das reine Notariatspraktikum dauert im Kanton normalerweise drei Jahre; das Praktikum als solothurnischer Fürsprecher und Notar ein Jahr. Wenn der Bewerber ausserkantonale bereits als Anwalt oder als Notar patentiert ist, wird noch eine Praktikumsdauer von sechs Monaten verlangt (§ 3 des Prüfungsreglements für Fürsprecher, Notare und Gerichtsschreiber, BGS 128.212). Wer ausserkantonale bereits als Anwalt patentiert ist, hat noch je eine schriftliche Prüfung in zivilrechtlicher Notariatspraxis und in schuldbetreibungs- und konkursrechtlicher Praxis zu bestehen; die zivilrechtliche Prüfung wird erlassen. Die mündlichen Prüfungen sind auf die Fächer Notariatsrecht und Notariatspraxis, sowie Schuldbetreibungs- und Konkursrecht reduziert; zwei weitere Prüfungen entfallen.

Es ergibt sich somit, dass der Regierungsrat sich an das geltende Recht gehalten hat. Es ist nicht sinn- und zwecklos, auch an eine bereits als Anwalt und Notar patentierte Person noch gewisse, geringfügige Anforderungen zu stellen.

E. 8

Zu prüfen bleibt, ob der angefochtene Beschluss für unverhältnismässig zu halten ist:

a) Hier rechtfertigt es sich, vorerst kurz auf ausserkantonale Regelungen Bezug zu nehmen: Luzern sieht in seinem Beurkundungsgesetz (vom 18. September 1973) für ausserkantonale Bewerber keine Erleichterungen vor. Nach der bernischen Verordnung über die Notariatsprüfung (vom 19. Oktober 1994) wird das erforderliche Praktikum von 24 Monaten nur für bernische Fürsprecher auf 18 Monate gekürzt. Ausserkantonale Praktika werden nur zum Teil anerkannt (Art. 6 und 8). Bei der Prüfung sind keine Erleichterungen vorgesehen (Art. 15). Der Kanton Basel-Stadt verlangt nebst einer juristischen Ausbildung ein Praktikum, namentlich bei einem Notar und beim Grundbuchamt. Die Prüfungen können nicht gänzlich erlassen werden (§§ 26 und 28 f. des Notariatsgesetzes vom 27. April 1911). Der Kanton Aargau schliesslich verlangt je nach Schulbildung ein Praktikum zwischen eineinhalb und vier Jahren. Fürsprecher werden mit einjährigem Praktikum zur Prüfung zugelassen (§§ 4 und 6 der Notariatsordnung vom 28. Dezember 1911). Fürsprecher haben eine reduzierte Prüfung von zwei ganzen Tagen Dauer abzulegen, während der sie notarielle Urkunden unter Aufsicht verfassen. Für bereits ausserkantonale patentierte Notare sind keine Erleichterungen vorgesehen (Schreiben der Aktuarin der Notariatsprüfungskommission vom 18. November 1997). Aus dem lässt sich folgern, dass die solothurnische Regelung im Vergleich eher als milde oder fortschrittlich einzustufen ist. Nebenbei sei, weil nicht gänzlich unbedeutend, erwähnt, dass der Kanton Aargau nicht Gegenrecht hielte, würde der Beschwerdeführer im Kanton Solothurn voraussetzungslos zur Berufsausübung zugelassen.

b) Das Notariat ist nur zum Teil bundesrechtlich geregelt. Zum Notariatsrecht gehören nebst dem eigentlichen Beurkundungsrecht auch sogenannte Administrativfunktionen, wie Vorschriften über die Zahlungsbereitschaft, die Buchführungspflicht, die Aufbewahrung von Dokumenten u.dgl. (Brückner, a.a.O., S. 62 f.). Das kantonale Recht kann die Notare auch für Akte, die über die eigentliche Beurkundung hinausgehen, als zuständig erklären. Deshalb genügt ein ausserkantonales Patent für die Zulassung nicht (Ruf, a.a.O., S. 110 und 133). Der Beschwerdeführer kann somit nicht argumentieren, er wolle nie Amtschreiber werden, mithin kein Betreibungs-, Konkurs- oder Erbschaftsamt führen.

c) Nach § 5 EGZGB ist der Amtschreiber für die öffentliche Beurkundung von Rechtsgeschäften über Grundstücke ausschliesslich zuständig; dazu gehören namentlich Kaufverträge, Kaufs- und Rückkaufsrechte (§ 312). Ein solothurnischer Notar kann dagegen Vorverträge zu Kaufverträgen, Eheverträge, Sacheinlage- und Sachübernahmeverträge beurkunden, die Grundstücke betreffen. Im interkantonalen Verhältnis vollziehen die meisten Grundbuchämter Änderungen im Grundeigentum, die auf einen Ehevertrag zurückgehen, nur dann, wenn dieser Vertrag - oder zumindest eine Vollzugsvereinbarung von einer nach der lex rei sitae zuständigen Person verurkundet worden ist. Dass die solothurnischen Grundbuchämter hier zumeist eine liberale Praxis verfolgen, mithin oft auch ausserkantonale Urkunden akzeptieren (vgl. Raoul Stampfli, a.a.O., S. 55; Brückner, a.a.O., S. 662 f.), wird schwerlich zur Auffassung führen dürfen, man könne auf das solothurnische Patent ganz verzichten. Auch für Sacheinlage- und Sachübernahmeverträge gilt nach herrschender Auffassung die Beurkundungszuständigkeit am Ort der gelegenen Sache (Brückner, a.a.O., S. 844 f.; Stampfli, a.a.O., S. 56). Als Inhaber einer solothurnischen Berufsausübungsbewilligung könnte der Beschwerdeführer seine Zuständigkeit somit noch wesentlich erweitern.

c) Angesichts der doch beachtlichen, kantonalen Regelungskompetenz erscheinen die getroffenen Massnahmen, nämlich vom Beschwerdeführer noch ein Praktikum, namentlich auf einem Grundbuchamt und eine Prüfung zu verlangen, als erforderlich und auch als geeignet, demzufolge auch nicht als unverhältnismässig.

d) Zu prüfen bleibt, wie es sich mit der Verhältnismässigkeit im engeren Sinn verhält: Das Amt für Justiz hat in seinem Schreiben vom 17. Juni 1996 in Aussicht gestellt, den Beschwerdeführer vom Besuch der Notariatsseminarien zu dispensieren; das Amt ist darauf zu beharren. Der Regierungsrat ist unter Umständen weiter bereit, dem Beschwerdeführer die schriftliche sowie die mündliche Prüfung im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht zu erlassen und das Praktikum weiter auf vier Monate zu verkürzen, mithin ausserkantonale Praktika und Examina in diesem Bereich zu anerkennen. Somit hätte der Beschwerdeführer - den entsprechenden Nachweis vorausgesetzt - noch je ein mündliches und ein schriftliches Examen und ein viermonatiges Praktikum zu bestehen, um sich mit den kantonalen Verhältnissen vertraut zu machen. Dies erscheint nicht als unverhältnismässig. Dies auch dann, wenn man bedenkt, dass die aargauische Notariatsausbildung im Vergleich zur solothurnischen zwar ein längeres, aber eben weniger vielseitiges Praktikum voraussetzt. Gleich verhält es sich offenbar mit der zu absolvierenden Prüfung. Noch zusätzlich Prüfung und Praktikum zu verlangen liesse sich mithin auch vor dem (nicht anwendbaren) Art. 3 BGBM rechtfertigen.

E. 9

Das Verwaltungsgericht verkennt nicht, dass eine gewisse Vereinheitlichung der Zulassungen zu den kantonalen Notariaten als wünschbar erscheinen mag. Während in der Schweiz noch 26 verschiedene kantonale Regelungen über die Beurkundung gelten, führt die Europäische Union Verhandlungen über die Harmonisierung des Notariatsrechts (Richard Kofmel: Zur Historischen Entwicklung des Solothurner Notariats, in: Jubiläumsschrift 75 Jahre Verband Solothurnischer Notare, Solothurn 1997 S. 46). Es fragt sich ernstlich, ob sich unser Land diese Rechtszersplitterung auch künftig leisten können. Indessen ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht der richtige Weg, um hier Remedur zu schaffen.

Verwaltungsgericht, Urteil vom 2. Dezember 1997

Das Bundesgericht hat einen gegen diesen Entscheid erhobene staatsrechtliche Beschwerde am 30. Juni 1998 abgewiesen.

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