

Beschwerdeführers ergäben sich spezifische aufsichtsrechtliche Probleme, kann dem nicht gefolgt werden: Inspektionen der Aufsichtsbehörde fänden nicht am privaten Wohnsitz, sondern in den Geschäftsräumlichkeiten des Beschwerdeführers in Chur statt und sind demnach ohne Weiteres möglich. Auch bei Anwälten etwa, die einer Aufsichts-, nicht aber einer Wohnsitzpflicht unterstehen, können Untersuchungs- und Sanktionsmassnahmen ohnehin auch im Kanton durchgeführt werden, auf dessen Gebiet sie Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten (Art. 14 des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte; BGFA [SR 935.61]).

3.6.3 Im Weiteren hat es die Rechtsprechung bereits vor über zehn Jahren als kaum gerechtfertigt erachtet, dass eine erhöhte Präsenz oder spezifische Verfügbarkeit ein Wohnsitzerfordernis im Kanton selbst erforderte (vgl. BGE 128 I 280 E. 4.4 S. 285 f.; hiervor E. 3.2). Dies muss umso mehr für den Beschwerdeführer gelten, der von seinem Wohnsitz im Kanton Schwyz innerhalb von weniger als einer Stunde Fahrzeit in Chur sein kann, und damit seinen Arbeitsort schneller erreicht als von einem peripher gelegenen Wohnort innerhalb des Kantons. Die einschränkende Wirkung des Eingriffs fällt damit im konkreten Fall schwerer ins Gewicht als das öffentliche Interesse daran, die Ansässigkeit vorauszusetzen. Die Abweisung der Patentierung aufgrund des ausserkantonalen Wohnsitzes erweist sich daher als unverhältnismässig. Vor diesem Hintergrund bleibt – auch mangels hinreichender Rügen – offen, ob die gesetzliche Grundlage von Art. 12 lit. c NG/GR auch heute noch mit höherrangigem (Bundes-)Recht, namentlich mit Art. 1 Abs. 3 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt in der Fassung vom 1. Januar 2007, in Einklang stünde (Art. 36 Abs. 1 BV), wie dies die Vorinstanz annimmt.

Kommentar von Prof. Dr. *Matthias Oesch*, Universität Zürich

1. Das Bundesgericht äusserte sich vor diesem Urteil zum letzten Mal 2002 zur Zulässigkeit einer Wohnsitzpflicht für Notarinnen und Notare. Es hielt fest, dass eine Wohnsitzpflicht nicht mit dem Argument gerechtfertigt werden könne, die Beurkundungstätigkeit erfordere eine erhöhte Präsenz oder Verfügbarkeit der Urkundsperson oder eine gewisse Verbundenheit mit der Bevölkerung; ebensowenig akzeptierte das Bundesgericht das Argument, eine Urkundsperson müsse für eine sachgerechte Aufgabenerfüllung mit den kantonalen, historisch gewachsenen Strukturen vertraut sein (BGE 128 I 280, E. 4.4). Gleichwohl kam das Bundesgericht – offenbar mit drei gegen zwei Stimmen (NZZ vom 18. September 2002, S. 15) – zum Schluss, dass die Wohnsitzpflicht für Notarinnen und Notare im Kanton Appenzell Innerrhoden zulässig war. Es stellte fest, dass Notarinnen und Notare eine hoheitliche Funktion wahrnehmen (BGE 128 I 280, E. 4.4); der Entscheidung, entsprechende Tätigkeiten den eigenen Angehörigen vorzubehalten, be-

ruhe auf dem demokratischen Grundgedanken, wonach die Staatsgewalt von den Staatsunterworfenen selbst ausgeübt werden soll (BGE 128 I 280, E. 4.3). Des Weiteren lagen gemäss Bundesgericht im konkreten Fall keine überwiegenden Gründe vor, welche mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip eine Ausnahme von der Wohnsitzpflicht geboten hätten (BGE 128 I 280, E. 4.2 und 4.5).

2. Im vorliegenden Urteil beurteilt das Bundesgericht die umstrittene Wohnsitzpflicht für Notarinnen und Notare im Kanton Graubünden allein mit Blick auf die Verhältnismässigkeit im konkreten Fall (ibid., E. 3.6). Die Frage, ob die Wohnsitzpflicht für Notarinnen und Notare grundsätzlich gerechtfertigt werden kann oder nicht, d.h. ob Notarinnen und Notare tatsächlich eine hoheitliche Tätigkeit ausüben oder nicht, lässt das Bundesgericht offen (ibid., E. 3.6.3; s. unten 3.). Das Bundesgericht weist die Erwägungen der Notariatskommission Graubünden und der Vorinstanz allesamt zurück, wonach das öffentliche Interesse an einer Wohnsitzpflicht die privaten Interessen des Beschwerdeführers überwiegt (ibid., E. 3.6.2 und 3.6.3). Die höchstrichterlichen Ausführungen sprechen für sich und bedürfen keiner weiteren Erläuterung. Sie überzeugen durchs Band. Die Begründung einer Wohnsitzpflicht ist ein schwerwiegender Eingriff in die Niederlassungsfreiheit. Entsprechend gewichtig müssen die mit dem Eingriff verfolgten Interessen sein, und umso umfassender und differenzierter muss die Interessenabwägung erfolgen (*Regina Kiener/Walter Kälin*, Grundrechte, 2. Aufl., 2013, S. 97). Zu Recht verzichtet das Bundesgericht auch auf den Hinweis, dass es «in Grenzfällen eine gewisse Zurückhaltung gegenüber dem kantonalen Gesetzgeber übt», wie er sich noch im Urteil von 2002 findet (BGE 128 I 280, E. 4.3). Kantone, welche eine Wohnsitzpflicht für Notarinnen und Notare kennen, sind verpflichtet, umstrittene Einzelfälle im Licht der bundesgerichtlichen Erwägungen sorgfältig zu überprüfen und grundrechtskonform Ausnahmen zu gewähren.

3. Unbeantwortet bleibt die Frage, ob die notarielle Tätigkeit tatsächlich als hoheitlich zu qualifizieren ist und damit kantonale Regelungen über die Wohnsitzpflicht von Notarinnen und Notaren mit höherrangigem Recht, namentlich mit Art. 1 Abs. 3 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt in der Fassung vom 1. Januar 2007 (BGBM, SR 943.02), vereinbar sind (E. 3.6.3). Das Bundesgericht hielt in früheren Urteilen wiederholt fest, die von einem Kanton verliehene Beurkundungsbefugnis habe den Charakter einer übertragenen hoheitlichen Funktion, sodass die Tätigkeit nicht der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) unterstehe, und das BGBM, dessen Schutzwirkung sich früher mit der Wirtschaftsfreiheit deckte, nicht anwendbar sei (ibid., E. 3.3, mit entsprechenden Verweisen). Diese Urteile ergingen allerdings zu Art. 1 Abs. 3 BGBM in der Fassung vom 6. Oktober 1995. Mit Wirkung vom 1. Juli 2006 wurde Art. 1 Abs. 3 BGBM neu gefasst. Damit wurde bezweckt, den sachlichen Geltungsbereich des BGBM auf denjenigen des Abkommens zwischen der EG und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweiz andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (FZA, SR 0.142.112.681) abzustimmen und auf diese Weise Inländerdiskriminierungen zu vermeiden (Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBl 2005

465, 466, 484, 487). Damit drängt sich ein Seitenblick auf das FZA auf. Gemäss Art. 16 und Art. 22 Anhang I FZA sind die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit im bilateralen Verhältnis nicht anwendbar, wenn eine Tätigkeit zur Debatte steht, welche mit der Ausübung «öffentlicher Gewalt» bzw. «hoheitlicher Befugnisse» verbunden ist (sog. Bereichsausnahmen). Das Gebot der europakompatiblen Auslegung verlangt, bei der Auslegung dieser Bereichsausnahmen die Urteile des EuGH zu den Parallelbestimmungen im EU-Recht zu berücksichtigen (s. zum Gebot der europakompatiblen Auslegung BGE 139 II 393, E. 4.1.1, m.w.H.). Einschlägig ist dabei ein Urteil des EuGH vom Mai 2011, wonach Notarinnen und Notare nach EU-Recht keine Tätigkeit ausüben, welche mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist (Urteil Kommission/Deutschland, C-54/08, EU:C:2011:339, Rz. 90–111). Damit wird klar: Das Bundesgericht wird bei einer entsprechenden Befassung nicht umhin kommen, die Qualifikation der Tätigkeit von Notarinnen und Notaren neu zu beurteilen (s. dazu Empfehlung der WEKO vom 23. September 2013 – Freizügigkeit für Notare und öffentliche Urkunden, RPW 2013, S. 399; *Matthias Oesch*, Der Einfluss des EU-Rechts auf die Schweiz – von Gerichtsdolmetschern, Gerichtsgutachtern und Notaren, SJZ 2016, S. 53–62). Entweder übernimmt das Bundesgericht das EuGH-Urteil im bilateralen Verhältnis – mit der Konsequenz, dass die Tätigkeit von Notarinnen und Notaren wohl auch im interkantonalen Verhältnis nicht mehr als hoheitlich gilt und Wohnsitzpflichten unzulässig sind. Oder das Bundesgericht legt das FZA bewusst autonom aus und bestätigt die Qualifikation der notariellen Tätigkeit als hoheitlich – mit der Konsequenz, dass die Zulässigkeit von Wohnsitzpflichten weiterhin mit Blick auf die privaten und öffentlichen Interessen im konkreten Einzelfall zu beurteilen ist.