

# Der Einfluss des EU-Rechts auf die Schweiz – von Gerichtsdolmetschern, Gerichtsgutachtern und Notaren

Prof. Dr. iur. Matthias Oesch, Universität Zürich (Zürich)

## I. Einleitung

Ist Brüssel bald wichtiger als Bern? Oder, mit Blick auf die höchsten Gerichte in der EU und in der Schweiz: Ist Luxemburg bald wichtiger als Lausanne – obwohl Urteile des Gerichtshofs der EU (EuGH) für die Schweiz nicht verbindlich sind und wir uns bekanntlich schwer tun, «fremde Richter» zu akzeptieren? Darum geht es in diesem Beitrag.<sup>1</sup> Als Anschauungsmaterial dient das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EU vom 21. Juni 1999 (FZA).<sup>2</sup> Dieses Abkommen dehnt die Grundprinzipien der Personenfreizügigkeit, wie sie in der EU gelten, punktuell auf das bilaterale Verhältnis aus (II.). Im Zentrum steht die Frage, ob sich Gerichtsdolmetscher, Gerichtsgutachter und Notare aus dem europäischen Ausland auf das FZA berufen können, um ihren Beruf in der Schweiz auszuüben (III.). Es zeigt sich, dass die Urteile des EuGH zu EU-rechtlichen Bestimmungen, welche wörtlich oder sinngemäss auch in das FZA übernommen wurden, für die Schweiz in der Tat bedeutsam sind. Das schweizerische Recht wird europäisiert. Dies geschieht in einem Mass, wie es noch vor einigen Jahren undenkbar schien. Ein Epilog rundet die Ausführungen ab (IV.).

## II. Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU und einschlägige Urteile des EuGH

### A. Grundzüge des Freizügigkeitsabkommens

Das FZA gewährt Staatsangehörigen der Vertragsparteien das Recht, Arbeitsplatz und Aufenthaltsort innerhalb der

*Das Freizügigkeitsabkommen (FAZ) sichert den Marktzugang in der Schweiz für Staatsangehörige der EU und gewährt diesen das Recht, Arbeitsplatz und Aufenthaltsort innerhalb der Staatsgebiete der Vertragsparteien frei zu wählen. Nicht anwendbar ist das FAZ bei hoheitlichen Tätigkeiten. Anhand der Tätigkeitsbereiche von Gerichtsdolmetschern, Gerichtsgutachtern und Notaren zeigt der Autor auf, dass sich die Europäisierung nicht auf das Bundesrecht beschränkt, sondern auch im kantonalen Recht Spuren hinterlässt. Der EuGH qualifiziert die genannten Tätigkeiten als «nicht hoheitlich» und präjudiziert damit die bundesgerichtliche Rechtsprechung in der innerstaatlichen Beurteilung diesbezüglicher Sachverhalte. Zi.*

*L'accord sur la libre circulation (ALCP) assure l'accès au marché en Suisse pour les ressortissants des États membres de l'UE et leur garantit le droit de choisir librement leur lieu de travail et de résidence sur le territoire des parties contractantes. L'ALCP ne s'applique pas aux activités relevant de la puissance publique. En prenant pour exemple les traducteurs et les interprètes, les experts judiciaires et les notaires, l'auteur démontre que l'eupéanisation ne se limite pas au droit fédéral, mais qu'elle a également un impact sur le droit cantonal. La CJUE qualifie ces activités comme «ne relevant pas de la puissance publique»; elle préjuge ainsi les décisions que devra rendre le Tribunal fédéral dans l'appréciation de tels cas. P.P.*

<sup>1</sup> Dieser Beitrag basiert auf einem Vortrag vor dem Zürcherischen Juristenverein vom 5. November 2015; in Teilen profitiert er zudem von den folgenden Vorarbeiten: *Matthias Oesch*, Niederlassungsfreiheit und Ausübung öffentlicher Gewalt im EU-Recht und im Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, SZIER 2011 583–626; *ders.*, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten, ZBJV 2012 377–404.

<sup>2</sup> Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweiz andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (SR 0.142.112.681).

Staatsgebiete der Vertragsparteien frei zu wählen. Mit Blick auf die Tätigkeiten von Gerichtsdolmetschern, Gerichtsgutachtern und Notaren stehen vor allem das Recht von selbständig Erwerbstätigen, ein eigenes Geschäft zu eröffnen, und die freie Dienstleistungserbringung im Vordergrund. Diesbezüglich verweist das Abkommen auf Anhang I:

- Gemäss Art. 4 FZA i.V.m. Art. 12 Anhang I FZA erhält ein Staatsangehöriger einer Vertragspartei, der sich zwecks Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei niederlassen will, eine Aufenthaltsbewilligung mit einer Gültigkeitsdauer von mindestens fünf Jahren. Für Grenzgänger gelten spezielle Vorschriften. Im Unterschied zum EU-Recht (Art. 49 i.V.m. Art. 54 AEUV) regelt das FZA nur die Freizügigkeit von natürlichen Personen; juristische Personen können keinen Anspruch auf Niederlassung geltend machen.<sup>3</sup>
- Art. 5 FZA i.V.m. Art. 17 Anhang I FZA räumt Dienstleistungserbringern einschliesslich Gesellschaften das Recht ein, Dienstleistungen im Hoheitsgebiet der anderen Vertragsparteien zu erbringen, deren tatsächliche Dauer 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr nicht überschreitet. Im Gegensatz zum EU-Recht (Art. 56 AEUV) enthält das FZA folglich eine zeitlich begrenzte Dienstleistungsfreiheit.

Art. 2 FZA enthält das Prinzip der Nichtdiskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit im Anwendungsbereich des Abkommens. Dieses Prinzip verlangt, dass Personen der anderen Vertragspartei im Aufnahmestaat gleich behandelt werden wie einheimische Personen, sofern die ausländischen Personen über einen rechtmässigen Aufenthaltstitel verfügen. Die gewährten Marktzugangs- und Gleichbehandlungsrechte gelten allerdings nicht absolut:

- Art. 5 Anhang I FZA erlaubt den Vertragsparteien, die im Abkommen eingeräumten Rechte aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit einzuschränken, sofern entsprechende Massnahmen verhältnismässig sind. Art. 5 Abs. 2 Anhang I FZA verweist für die Auslegung dieser Bestimmung auf diverse EU-Richtlinien. Darüber hinaus sind Beschränkungen, welche formal (*de jure*) nicht diskriminierend ausgestaltet sind, in ihrer praktischen Wirkung aber versteckte (*de facto*) Diskriminierungen darstellen, zulässig, sofern sie auf zwingenden Gründen des Allgemeininteresses beruhen und verhältnismässig sind.<sup>4</sup>

- Die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit sind gemäss Art. 16 und Art. 22 Anhang I FZA nicht anwendbar, wenn eine Tätigkeit zur Debatte steht, welche mit der Ausübung «öffentlicher Gewalt» bzw. «hoheitlicher Befugnisse» verbunden ist (sog. Bereichsausnahmen). Diesfalls kann sich ein Unionsbürger nicht auf das FZA berufen, um in der Schweiz eine entsprechende Tätigkeit auszuüben.<sup>5</sup> Diese Bereichsausnahmen stimmen praktisch wörtlich mit den Parallelbestimmungen im EU-Recht überein (Art. 51 und Art. 62 AEUV, wobei Letzterer auf Art. 51 AEUV verweist). Auch im EU-Recht können sich Unionsbürger nicht auf die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit berufen, wenn ihre Tätigkeit mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist. Die EU-rechtlichen Bestimmungen wurden quasi per «copy paste» in das FZA übernommen. Die Frage, ob die Tätigkeiten von Gerichtsdolmetschern, Gerichtsgutachtern und Notaren unter diese Bereichsausnahmen fallen, wird im dritten Teil dieses Beitrags behandelt.

Die Zulassung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit bzw. zur Erbringung einer Dienstleistung hängt wesentlich von der Anerkennung von Diplomen, Zeugnissen und sonstigen Befähigungsnachweisen ab. Art. 9 FZA verweist zu diesem Zweck auf Anhang III. Dieser Anhang listet diverse EU-Rechtsakte auf, welche allgemein die Anerkennung von Diplomen und Befähigungsnachweisen in den EU-Mitgliedstaaten regeln oder sektoriell ihre gegenseitige Anerkennung in einzelnen Berufen gewährleisten. Im Vordergrund steht die Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, welche auch für Gerichtsdolmetscher, Gerichtsgutachter und Notare einschlägig ist.<sup>6</sup> Der Regelungsansatz dieser Richtlinie beruht auf dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung der nationalen Berufsrechte. Bei fehlender Gleichwertigkeit greift ein detailliert geregelter Ausgleichsmechanismus. Demnach können bestehende (Ausbildungs-)Defizite je nach Ausmass und Berufstyp durch Berufsausübung, durch Ab-

<sup>5</sup> Trotz der unterschiedlichen Formulierung kann wohl davon ausgegangen werden, dass die Voraussetzungen in beiden Fällen – d.h. in Bezug auf die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit – dieselben sind; ebenso Empfehlung der WEKO vom 23. September 2013 – Freizügigkeit für Notare und öffentliche Urkunden, RPW 2013 399, N 32.

<sup>6</sup> S. zur Übernahme in das FZA Beschluss 2/2011 des Gemischten Ausschusses vom 30. September 2011 über die Änderung von Anhang III FZA; zur Umsetzung dieser Richtlinie im schweizerischen Recht hinten III.C.2.; zum Ausschluss der Notare vom Geltungsbereich dieser Richtlinie im EU-Recht hinten III.C.3.

<sup>3</sup> Urteil Grimme, C-351/08, EU:C:2009:697, N 31–39.

<sup>4</sup> S. etwa BGE 131 V 209, E. 6.

legung einer Eignungsprüfung oder durch Absolvierung eines Ergänzungslehrgangs kompensiert werden.

## B. Auslegung des Freizügigkeitsabkommens

Ausgangs- und Referenzpunkt für die Auslegung des FZA bilden die völkerrechtlichen Auslegungsmethoden gemäss Art. 31 und Art. 32 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVRK, SR 0.111).<sup>7</sup> Ausgehend vom Wortlaut steht die gewöhnliche Bedeutung einer Norm im Licht ihres Zusammenhangs sowie ihres Ziels und Zwecks im Vordergrund. Dabei legen die Vertragsparteien das FZA autonom aus. Eine Bindung an die Auslegung durch eine andere Vertragspartei besteht nicht. Ebenso wenig existiert ein gemeinsamer Streitbeilegungsmechanismus bzw. ein Gericht, welches das FZA für alle Vertragsparteien autoritativ auslegen würde. Der EuGH und das Bundesgericht entscheiden im Rahmen ihrer Zuständigkeiten letztinstanzlich über die Auslegung des Abkommens.

Als *lex specialis* verpflichtet Art. 16 FZA die schweizerischen Behörden allerdings, unter gewissen Umständen die einschlägige Praxis des EuGH zur Auslegung von Parallelbestimmungen im EU-Recht zu berücksichtigen.<sup>8</sup> Das Bundesgericht hat seine umfangreiche Praxis zu Art. 16 FZA in einem Urteil von 2013 wie folgt zusammengefasst:

«Gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA ist für die Anwendung des Freizügigkeitsabkommens die einschlägige Rechtsprechung des EuGH vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung (21. Juni 1999) massgebend. Da es Ziel des Abkommens ist, die Freizügigkeit auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen zu verwirklichen (Präambel) und die Vertragsstaaten übereingekommen sind, in den vom Abkommen erfassten Bereichen alle erforderlichen Massnahmen zu treffen, damit in ihren Beziehungen eine möglichst parallele Rechtslage besteht (Art. 16 Abs. 1 FZA), weicht das Bun-

desgericht praxisgemäss von der Auslegung abkommensrelevanter unionsrechtlicher Bestimmungen durch den EuGH nicht leichthin, sondern nur beim Vorliegen «triftiger» Gründe ab (...). Bezüglich «neuer» Entwicklungen besteht gestützt auf Art. 16 Abs. 2 FZA keine Befolungspflicht, sondern höchstens ein Beachtungsgebot in dem Sinn, dass diese nicht ohne sachliche Gründe unbeachtet bleiben sollen, aber aus der Sicht der Vertragspartner auch nicht zu einer nachträglichen Änderung des Vertragsinhalts führen dürfen.»<sup>9</sup>

Demnach ist die Alt-Rechtsprechung des EuGH, d.h. die Rechtsprechung vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens, zu Parallelbestimmungen im EU-Recht «massgebend» und damit als verbindlich zu betrachten («Befolungspflicht»). In Bezug auf die Neu-Rechtsprechung, d.h. die Rechtsprechung nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens, besteht «höchstens ein Beachtungsgebot». Gleichwohl spielt die Datumsgrenze, also die Unterscheidung zwischen Alt- und Neu-Rechtsprechung des EuGH, in der Praxis des Bundesgerichts eine zunehmend untergeordnete Rolle. Das Bundesgericht berücksichtigt regelmässig nicht nur die Präjudizien des EuGH, welche vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens ergangen sind, sondern ganz grundsätzlich das Fallrecht des EuGH zu Fragen, welche sich im bilateralen Verhältnis in analoger Weise stellen.<sup>10</sup> Im Ergebnis findet eine «dynamische Rechtsprechungsübernahme» statt.<sup>11</sup> Freizügigkeitsrechtliche Bestimmungen, welche wörtlich oder sinngemäss Unionsrecht nachgebildet sind und bezwecken, eine parallele Rechtslage zu schaffen, sind im Regelfall in Anlehnung an die Präjudizien des EuGH ausulegen. Davon abweichende Auslegungsergebnisse bleiben in Ausnahmefällen zwar möglich und rechtlich zulässig. Sie bedürfen *en pleine connaissance de cause* aber einer triftigen bzw. sachlichen Begründung.

<sup>7</sup> S. etwa BGE 133 V 329, E. 8.4; BGE 132 V 53, E. 6.3; Urteil Hengartner und Gasser, C-70/09, EU:C:2010:430, N 36.

<sup>8</sup> S. zur europakompatiblen bzw. parallelen Auslegung etwa *Astrid Epiney/Beate Metz/Benedikt Pirker*, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz (2012) 191–259; *Thomas Cottier/Nicolas Diebold*, Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bilateralen Abkommen, Jusletter vom 2. Februar 2009, N 34–45; *Matthias Oesch*, Die Europäisierung des schweizerischen Rechts, Thomas Cottier (Hrsg.), Die Europäisierung des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz, ZSR-Beiheft 50 (2012) 13, 18–22; *Hansjörg Seiler*, Einfluss des europäischen Rechts und der europäischen Rechtsprechung auf die schweizerische Rechtspflege, ZBJV 2014 265, 274–297.

<sup>9</sup> BGE 139 II 393, E. 4.1.1; gemäss Medienmitteilung des BGer zum Urteil 2C\_716/2014 vom 26. November 2015 (dessen schriftliche Urteilsbegründung noch aussteht) führt auch Art. 121a BV (Masseneinwanderungsinitiative) nicht dazu, «die Methodik zur Auslegung des FZA zu ändern, das FZA restriktiver auszulegen oder die Rechtsprechung des EuGH aus der Zeit nach der Unterzeichnung des FZA nicht mehr zu befolgen».

<sup>10</sup> S. zur Relativität des Stichtags und zur Abgrenzung von Alt- und Neu-Rechtsprechung *Epiney/Metz/Pirker* (Fn. 8) 167–173, wobei sich auch eine Verpflichtung ergeben kann in Bezug auf neue Urteile, welche nur die alte Rechtsprechung aufgreifen.

<sup>11</sup> *Andreas Zünd*, Grundrechtsverwirklichung ohne Verfassungsgerichtsbarkeit, AJP 2013 1349, 1357.

Soweit ersichtlich ist das Bundesgericht bis dato noch nie von einem einschlägigen EuGH-Urteil abgewichen, weil sich eine autonome Auslegung als die sachlich stimmigere erwiesen hätte. Abweichungen drängen sich gemäss Bundesgericht allerdings immer dann auf, wenn eine Norm des FZA einen anderen Zweck verfolgt als die ähnlich oder wortgleich formulierte Bestimmung des Unionsrechts, d.h., wenn die Zielsetzung gerade nicht darin liegt, das in der EU geltende Recht auf das Verhältnis zur Schweiz auszuweiten.<sup>12</sup>

### C. Urteile des EuGH zur «Ausübung öffentlicher Gewalt» im EU-Recht

Urteile des EuGH sind für die Auslegung des FZA mitunter also äusserst bedeutsam. Entsprechend drängt es sich auf, die Praxis des EuGH zur Bereichsausnahme gemäss Art. 51 AEUV in den Blick zu nehmen. Sofern eine Tätigkeit «mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden» ist, sind die Bestimmungen über die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit im EU-Recht nicht anwendbar. Diesfalls ist es zulässig, die Ausübung der Tätigkeiten den eigenen Staatsangehörigen vorzubehalten. Diese Bereichsausnahme wurde – wie oben dargelegt – praktisch wörtlich in das FZA übernommen (Art. 16 und Art. 22 Anhang I FZA). Damit liegt die Vermutung nahe, dass die Praxis des EuGH zu Art. 51 AEUV auch die Auslegung der Bereichsausnahmen im FZA präjudiziert.

Der EuGH legt die Bereichsausnahme im EU-Recht seit jeher restriktiv aus (*in dubio pro libertate*):<sup>13</sup>

- Der Anwendungsbereich von Art. 51 AEUV ist eng auszulegen; er ist «auf Tätigkeiten beschränkt, die als solche eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen.»<sup>14</sup> Die Tatsache, dass eine Tätigkeit (auch) die Verfolgung eines im Allgemeininteresse liegenden Ziels bezweckt, genügt für sich allein nicht, um diese Tätigkeit als mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden einzustufen.<sup>15</sup>

- Es stellt ein Indiz für die Ausübung öffentlicher Gewalt dar, wenn der Berechtigte über Sonderrechte, Hoheitsprivilegien oder Zwangsbefugnisse verfügt.<sup>16</sup> Sofern der Berechtigte durch Verwaltungsakt handelt, nimmt er Sonderrechte in Anspruch; die Tätigkeit fällt vermuthungsweise unter Art. 51 AEUV.<sup>17</sup> Dasselbe gilt, wenn damit die Berechtigung einhergeht, unabhängig vom Willen oder gegen den Willen anderer Rechtssubjekte zu handeln; erfolgt die Tätigkeit demgegenüber auf privatrechtlicher Basis und beruht das Tätigwerden auf einem freiwilligen Entscheid eines oder mehrerer Privater, ist dies ein Indiz dafür, dass die Tätigkeit nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist.<sup>18</sup>
- Die Tätigkeit muss über eine blosser Hilfsfunktion, welche ohne unmittelbare Rechtswirkung gegenüber dem Bürger die eigentliche staatliche Handlung lediglich vorbereitet, hinausgehen.<sup>19</sup> Analog sind von Art. 51 AEUV Tätigkeiten ausgenommen, deren Ausübung die Beurteilungs- oder Entscheidungsbefugnisse von Behörden unberührt lässt, auch wenn die Ausübung solcher Tätigkeiten Kontakte mit Behörden mit sich bringt oder sogar einen Beitrag zur Erfüllung ihrer Aufgaben umfasst.<sup>20</sup> Hoheitsträger müssen folglich Entscheidungsautonomie und eine gewisse Letztverantwortung besitzen, damit ihre Tätigkeit als mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden qualifiziert werden kann.
- Es ist für die Ausübung öffentlicher Gewalt untypisch, dass eine Tätigkeit unter Wettbewerbsbedingungen ausgeübt wird. Eine ähnliche Vermutung für die Nichtanwendbarkeit von Art. 51 AEUV gilt für Fälle, in denen ein Berufsträger persönlich für allfällige Schäden gegenüber Klienten verantwortlich ist, während für behördliches Fehlverhalten in der Regel der Staat haftet.<sup>21</sup> Im EU-Recht gibt es kaum Beispiele für hoheitliche Tätigkeiten, welche durch Private ausgeübt werden und unter die Bereichsausnahme gemäss Art. 51 AEUV fallen. Dies ist durchaus nachvollziehbar. Mit Blick auf den hohen Integrationsgrad des Binnenmarktrechts scheint es anachronistisch, die an Private ausgelagerte staatliche Aufgabenerfüllung – von besonders sensiblen Ausnahmen abgesehen – an

<sup>12</sup> S. etwa BGE 139 II 393, E.4.1.2, betr. Weiterentwicklung der Unionsbürgerschaft (Art. 20 AEUV).

<sup>13</sup> S. Martin Henssler/Matthias Kilian, Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG, EuR 2005 192–221; Ulrich Forsthoff, Art. 51, Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar (Stand August 2011).

<sup>14</sup> Urteil Reyners, 2/74, EU:C:1974:68, N 44/45; Urteil Thijssen, C-42/92, EU:C:1993:304, N 8; Urteil Servizi ADC, C-451/03, EU:C:2006:208, N 46; Urteil Kommission/Deutschland, C-54/08, EU:C:2011:339, N 86.

<sup>15</sup> Urteil Kommission/Deutschland, C-54/08, EU:C:2011:339, Rz. 97.

<sup>16</sup> Urteil Kommission/Spanien, C-114/97, EU:C:1998:519, Rz. 37.

<sup>17</sup> Sofern es sich nicht um einen vorbereitenden Hilfsakt handelt, Urteil Thijssen, C-42/92, EU:C:1993:304, N 22.

<sup>18</sup> Urteil Kommission/Deutschland, C-54/08, EU:C:2011:339, N 91–93.

<sup>19</sup> Urteil Thijssen, C-42/92, EU:C:1993:304, N 22.

<sup>20</sup> Urteil Reyners, 2/74, EU:C:1974:68, N 51/53; Urteil Kommission/Deutschland, C-54/08, EU:C:2011:339, N 87.

<sup>21</sup> Urteil Kommission/Deutschland, C-54/08, EU:C:2011:339, N 110–111.

ein Staatsangehörigkeitserfordernis zu knüpfen. Die restriktive Praxis des EuGH folgt dieser Logik seit dem ersten einschlägigen Urteil im Jahr 1974 in konstanter Weise.<sup>22</sup>

Auch wenn die Voraussetzungen von Art. 51 AEUV nicht erfüllt sind, gilt die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit nicht absolut. Es steht dem betroffenen Mitgliedstaat offen, die Grundfreiheiten einzuschränken, sofern eine derartige Massnahme – etwa das Erfordernis, einen Fähigkeitsausweis darzubringen – auf einem zwingenden Grund des Allgemeininteresses beruht und verhältnismässig ist.

### III. Aktuelle Beispiele

Damit wenden wir uns den aktuellen Beispielen zu. Können sich Unionsbürger auf die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit im FZA berufen, um in der Schweiz als Gerichtsdolmetscher, Gerichtsgutachter und Notare tätig zu sein? Oder können die schweizerischen Behörden gestützt auf die Bereichsausnahmen gemäss Art. 16 und Art. 22 Anhang I FZA die Ausübung dieser Tätigkeiten Schweizerinnen und Schweizern vorbehalten, weil es sich um Tätigkeiten handelt, die mit der Ausübung «öffentlicher Gewalt» bzw. «hoheitlicher Befugnisse» verbunden sind?

Der EuGH hat sich in seinen unzähligen Urteilen zur Bereichsausnahme im EU-Recht, d.h. zu Art. 51 AEUV, auch zur Qualifikation der Tätigkeiten von Gerichtsdolmetschern, Gerichtsgutachtern und Notaren geäussert. Mit Blick auf das Gebot der europakompatiblen Auslegung besteht eine starke Vermutung, dass diese Urteile auch die Auslegung der Bereichsausnahmen im FZA durch das Bundesgericht präjudizieren.

#### A. Gerichtsdolmetscher

Der EuGH entschied 2011, dass sich ein Unionsbürger auf die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit gemäss Art. 49 und Art. 56 AEUV berufen kann, um in einem anderen EU-Mitgliedstaat als «Gerichtssachverständiger auf dem Gebiet der Übersetzung» tätig zu sein.<sup>23</sup> Es ist unionsrechtlich nicht zulässig, diese Tätigkeit den eigenen Staatsangehörigen vorzubehalten, weil damit keine Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist. Entscheidend ist gemäss EuGH, dass die von einem Dolmetscher erstellten Überset-

zungen «lediglich Hilfscharakter» haben. Ihre Meinung fliesst nicht in die Entscheidungsfindung der Behörden ein. Übersetzungen «lassen die gerichtliche Würdigung und die freie Ausübung der rechtsprechenden Gewalt ungeschmälert.»<sup>24</sup>

Das Bundesgericht kam in einem Urteil von 2014 bei der Auslegung des FZA zum gleichen Schluss. Es entschied, dass das Obergericht Zürich einem Übersetzer aus Lettland die Aufnahme in das Justizdolmetscherverzeichnis für die Sprache Lettisch nicht allein deshalb verweigern durfte, weil dieser Übersetzer nicht Schweizer war.<sup>25</sup> Der Übersetzer aus Lettland konnte sich auf das FZA berufen, weil die Tätigkeit als Gerichtsdolmetscher keine hoheitliche Tätigkeit darstellt. In seinem Urteil bezog sich das Bundesgericht ausführlich auf die Praxis des EuGH zur Ausübung öffentlicher Gewalt im EU-Recht und entschied sich für eine europakompatible Auslegung des FZA. Das Urteil des EuGH von 2011 war damit auch für die Rechtslage in der Schweiz indirekt massgeblich.

#### B. Gerichtsgutachter

Der EuGH stellte bereits 1991 mit Blick auf das EU-Recht fest, dass sich ein «Sachverständigengutachter auf dem Gebiet der Strassenverkehrsunfälle», der «vor Gericht die Tätigkeit eines Sachverständigen ausübt», auf die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit berufen kann, um in einem anderen EU-Mitgliedstaat eine solche Tätigkeit auszuüben.<sup>26</sup> Es ist unionsrechtlich nicht zulässig, diese Tätigkeit den eigenen Staatsangehörigen vorzubehalten, weil damit keine Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist. Entscheidend war gemäss EuGH auch in diesem Fall, dass solche Gutachten die Gerichte in ihrer Entscheidungsfindung nicht einschränken, «weder in der Beweiswürdigung noch in der Ausübung ihrer richterlichen Befugnis».<sup>27</sup>

Das Bundesgericht befasste sich 2011 mit der Tätigkeit von Gutachtern, welche im Auftrag öffentlicher Organe Expertisen zu psychiatrischen und psychologischen Fragen in Straf- und Zivilverfahren erstellen.<sup>28</sup> Im Zentrum stand die Frage, ob sich ein solcher Gutachter auf das Binnen-

<sup>24</sup> Ibid., N 44.

<sup>25</sup> BGE 140 II 112, E. 3.2; zu diesem Urteil *Benedikt Pirker*, Zu den für die Auslegung der Bilateralen Abkommen massgeblichen Grundsätzen – Gedanken zu BGE 140 II 112 (Gerichtsdolmetscher), ZBI 2015 295–312.

<sup>26</sup> Urteil Kommission/Griechenland, C-306/89, EU:C:1991:463, N 6–8.

<sup>27</sup> Ibid., N 7.

<sup>28</sup> Urteil des BGER 2C\_121/2011 vom 9. August 2011; kritisch zu diesem Urteil *Nicolas Diebold*, Gerichtliche Sachverständige als hoheitlich tätige Organe?, AJP 2012 1162–1169.

<sup>22</sup> Urteil *Reyners*, 2/74, EU:C:1974:68, N 42/43–54/55.

<sup>23</sup> Urteil *Peñarroja Fa*, C-372/09 und C-373/09, EU:C:2011:156, N 41–45.

marktgesetz berufen kann, um in einem anderen Kanton entsprechende Dienstleistungen zu erbringen (Art. 1 Abs. 3 BGBM, SR 943.02). Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die fragliche Tätigkeit hoheitlichen Charakter hat und folglich nicht unter das BGBM fällt:

«Die Aufgaben von Gerichten oder Strafvollzugsbehörden gehören zu den typischen hoheitlichen Tätigkeiten, die vom Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes ausgeschlossen sind. Die von diesen Behörden beauftragten Gutachter sind Entscheidungshelfen der Behörden, was sich u.a. darin ausdrückt, dass sie die gleichen Anforderungen an Neutralität und Unparteilichkeit erfüllen müssen (...). Beim vom Gericht erteilten Gutachtensauftrag handelt es sich nicht um einen privatrechtlichen Auftrag, sondern um ein Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechts, das eine hoheitliche Aufgabe zum Gegenstand hat (...).»<sup>29</sup>

Dieses Urteil belegt, dass das Bundesgericht den sachlichen Geltungsbereich des BGBM gemäss Art. 1 Abs. 3 BGBM restriktiv auslegt. Das Bundesgericht qualifiziert auch Tätigkeiten, welche zwar öffentliche Aufgaben erfüllen, aber kein Subordinationsverhältnis beinhalten und nicht mit der Befugnis, Befehls- oder Zwangsgewalt anzuwenden bzw. einseitig (d.h. auch gegen den Willen Privater) verbindliche Anordnungen oder Feststellungen zu treffen, verbunden sind, als hoheitlich. Die Erwägungen fielen auffallend knapp aus. Das Bundesgericht verzichtete darauf, den Begriff der Hoheitlichkeit in genereller Weise zu umschreiben.<sup>30</sup> Ebenso wenig prüfte es die allfällige Anwendbarkeit des FZA. Es nahm in seinen Erwägungen nicht Bezug auf die Rechtslage im EU-Recht und damit auf die – unter Umständen – parallele Rechtslage im bilateralen Verhältnis.

Damit besteht ein Widerspruch zwischen der Rechtslage in der EU und der Rechtslage in der Schweiz. Das ist – zumindest *prima vista* – nicht weiter dramatisch. Was zwischen Deutschland und Frankreich gilt, muss nicht automatisch auch zwischen Bern und Zürich gelten. Spannend wird es, wenn das Bundesgericht aufgerufen würde, sich zur Qualifikation von Gerichtsgutachtern unter dem FZA zu äussern. Diesfalls müsste es sich für die eine oder andere Lösung entscheiden, d.h. für die bisherige Praxis in der Schweiz oder für die Angleichung an die Rechtslage in der

EU. Dabei hat das Bundesgericht bei Lichte betrachtet keine grosse Wahl: Das einschlägige Urteil des EuGH zum EU-Recht erging 1991. Damit ist es gemäss bundesgerichtlicher Praxis zu Art. 16 FZA «massgebend» und damit als verbindlich zu betrachten; es besteht eine «Befolgungspflicht».<sup>31</sup>

### C. Notare

Das politisch wohl brisanteste Beispiel betrifft die Notare. Kann sich ein Unionsbürger auf das FZA berufen, um in der Schweiz notarielle Tätigkeiten auszuüben?

#### 1. Praxis des EuGH und des Bundesgerichts

Im EU-Recht war die Qualifikation von notariellen Tätigkeiten als hoheitlich oder nicht lange umstritten. Die meisten EU-Mitgliedstaaten, welche ein freies Notariat kennen, gingen davon aus, dass Notare auch unter dem EU-Recht hoheitliche Tätigkeiten ausüben, und es folglich zulässig ist, den Notariatsberuf den eigenen Staatsangehörigen vorzubehalten.<sup>32</sup> Der EuGH kam 2011 zu einem anderen Schluss. Er verkündete, dass das Staatsangehörigkeitserfordernis für die Ausübung des Notariatsberufs in mehreren Mitgliedstaaten – u.a. in Deutschland, Frankreich und Österreich – gegen die Niederlassungsfreiheit verstösst.<sup>33</sup> Eine Berufung auf die Bereichsausnahme gemäss Art. 51 AEUV lehnte der EuGH ab. Mit Blick auf die öffentliche Beurkundung von Rechtsgeschäften stellte er fest, dass damit zwar durchaus im Allgemeininteresse liegende Ziele verfolgt werden; dazu gehört die Gewährleistung der Rechtmässigkeit und Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen. Diese Tätigkeiten sind aber nicht mit einer unmittelbaren und spezifischen Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden. Das Tätigwerden des Notars setzt voraus, dass zuvor eine Einigung oder Willensübereinstimmung der Parteien zustande gekommen ist. Auch die Tatsache, dass bei bestimmten Akten oder Verträgen eine Beurkundung zwingende Voraussetzung ihrer Wirksamkeit ist, stellt dieses Ergebnis gemäss EuGH nicht infrage. Zur Beweiskraft notarieller Urkunden führt der EuGH aus, dass

<sup>31</sup> S. zur «Befolgungspflicht» BGE 139 II 393, E. 4.1.1 (abgedruckt vorne II.B.).

<sup>32</sup> Auch das Europäische Parlament ging in zwei Entschliessungen vom 18. Januar 1994 (ABI C 44, 36) und vom 23. März 2006 (ABI C 292E, 105) davon aus, dass das Notariat von Art. 51 AEUV erfasst wird.

<sup>33</sup> Entsprechende Urteile ergingen gegen Belgien, Frankreich, Luxemburg, Österreich, Portugal, Griechenland und Deutschland; s. für die nachfolgenden Erwägungen Urteil Kommission/Deutschland, C-54/08, EU:C:2011:339, N 90–111.

<sup>29</sup> Ibid., E. 3.3.2.

<sup>30</sup> S. zu Definitionen der Hoheitlichkeit Tobias Jaag, Hoheitliche und nicht-hoheitliche staatliche Tätigkeiten, Peter Hänni (Hrsg.), Mensch und Staat, Festschrift für Thomas Fleiner (2003) 619–637; Oesch (Fn. 1) ZBJV 2012 381–382.

sie sich aus den Beweisregeln der Mitgliedstaaten ergibt und daher keine unmittelbare Auswirkung auf die Einstufung der mit der Erstellung dieser Urkunden verbundenen notariellen Tätigkeit hat. Schliesslich weist der EuGH darauf hin, dass Notare ihren Beruf unter Wettbewerbsbedingungen ausüben und ihren Klienten gegenüber persönlich für Schäden verantwortlich sind, was für die Ausübung öffentlicher Gewalt untypisch ist. Damit steht die Notariatstätigkeit etwa in Deutschland, Österreich und Frankreich allen Unionsbürgern offen, sofern sie die berufsrechtlichen Voraussetzungen erfüllen.<sup>34</sup> Der EuGH weist darauf hin, dass etwaige Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit, die sich aus den Besonderheiten der notariellen Tätigkeit ergeben (wie etwa Vorgaben für die Bestellung der Notare, die Beschränkung der Anzahl und der örtlichen Zuständigkeit, die Kostenordnung, die Unabhängigkeit und die Unvereinbarkeit mit anderen Ämtern), durchaus zulässig sein können.

Das Bundesgericht ist bekanntlich anderer Meinung. Es hat wiederholt festgestellt, dass sich Notare weder auf die Wirtschaftsfreiheit noch auf das BGBM berufen können, da die Befugnis, öffentliche Beurkundungen vorzunehmen, «den Charakter einer übertragenen hoheitlichen Funktion» hat bzw. da Notare «Träger einer hoheitlichen Funktion sind», «an der Staatsgewalt teilhaben» und «ein staatliches Organ» darstellen; dies gilt unabhängig davon, ob mit der Beurkundung ein Beamter (Amtsnotariat) oder ein freierwerbender Notar (lateinisches Notariat) beauftragt ist.<sup>35</sup> Entsprechend erfährt die kantonale Gesetzgebungskompetenz bezüglich der Zulassung der Notare zur Berufsausübung «[k]einerlei Einschränkung durch das Bundesrecht».<sup>36</sup> In einem Urteil von 2002 – also vor dem Urteil des EuGH zur Qualifikation von Notaren im EU-Recht (2011) – führte das Bundesgericht in einem *obiter dictum* zudem aus, die Notariatstätigkeit sei «zweifellos

mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden und falle nicht in den Anwendungsbereich des FZA.<sup>37</sup>

Damit besteht ein offener Widerspruch zum EU-Recht. Im EU-Recht gilt die Tätigkeit der Notare als nicht hoheitlich. Die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit sind anwendbar. Im bilateralen Verhältnis gilt – zumindest gemäss dem *obiter dictum* des Bundesgerichts von 2002 – die Tätigkeit der Notare als hoheitlich. Unionsbürger können sich in der Schweiz nicht auf das FZA berufen, um eine notarielle Tätigkeit auszuüben. Das Bundesgericht wird bei einem nächsten Fall vor keiner einfachen Aufgabe stehen. Eine Anpassung an die mittlerweile geklärte Rechtslage in der EU würde eine Praxisänderung bedeuten, was – so könnte argumentiert werden – einen «triftigen Grund» darstellt, um eine vom EU-Recht abweichende Auslegung des FZA zu bevorzugen.<sup>38</sup> Umgekehrt sprechen gewichtige Gründe dafür, das EuGH-Verdikt im bilateralen Verhältnis zu übernehmen. Das Gebot der europakompatiblen Auslegung gebietet, wörtlich oder sinngemäss aus dem EU-Recht übernommene Bestimmungen des FZA in Anlehnung an die Präjudizien des EuGH auszulegen, sofern den fraglichen Bestimmungen die gleiche *ratio legis* zugrunde liegt. Dieses Gebot stellt eine Leitmaxime der schweizerischen Integrationspolitik dar und geniesst einen hohen Stellenwert. Es reflektiert das Interesse an einem einheitlich ausgestalteten Freizügigkeitsraum und einer möglichst parallelen Rechtsentwicklung. Vor diesem Hintergrund scheint die Sachlage klar: Die Erwägungen des EuGH sind auch im bilateralen Verhältnis einschlägig. Dies gilt umso mehr, als das Verdikt des EuGH zumindest für Fachleute kaum überraschend kommt. In der EU wurden Zweck- und Rechtmässigkeit von (allzu) stark reglementierten und abgeschotteten Märkten im Bereich der freien Berufe seit Langem kontrovers diskutiert.<sup>39</sup> Nach der – ebenfalls durch den EuGH initiierten – Öffnung der nationalen Märkte für auswärtige Rechtsanwälte richtete sich der Fokus für weitere

<sup>34</sup> Die Anerkennung von Berufsqualifikationen erfolgte bis Anfang 2014 nach Massgabe der Richtlinie 2005/36/EG; seither sind die Vorgaben einschlägig, welche der EuGH direkt aus den primärrechtlichen Grundfreiheiten ableitet; dazu *Forsthoff* (Fn. 13) Art. 49 N 109–111; Empfehlung der WEKO (Fn. 5) N 69–70; Motion 15.3728 «Schweiz und EU. Gleich lange Spiesse, keine einseitige Freizügigkeit», Stellungnahme des Bundesrates vom 26. August 2015; zum Ausschluss der Notare vom Geltungsbereich der Richtlinie 2005/36/EG hinten III.C.3.

<sup>35</sup> BGE 133 I 259, E. 2.2; BGE 131 II 639, E. 6.1; BGE 128 I 280, E. 3; Urteil des BGer 5A\_175/2008 vom 8. Juli 2008, E. 5.2; *Stephan Wolf/Aron Pfammatter*, Stephan Wolf (Hrsg.), Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern (2009) Art. 2 NG N 7.

<sup>36</sup> BGE 133 I 259, E. 2.2.

<sup>37</sup> BGE 128 I 280, E. 3; s. auch Urteil 2C\_335/2013 vom 11. Mai 2015, E. 3.3, wo das Bundesgericht ausdrücklich darauf hinweist, dass das erstgenannte Urteil vor Erlass des einschlägigen EuGH-Urteils ergangen war.

<sup>38</sup> S. BGE 139 II 393, E. 4.1.1 (abgedruckt vorne II.B.), zur Forderung nach «triftigen Gründen»; diese Ansicht vertreten *Roland Pfäffli/Fabrizio Andrea Liechti*, Bemerkungen zu den rechtlichen Einschätzungen der eidgenössischen Wettbewerbskommission (WEKO) zur Freizügigkeit der Notare, Jusletter 16. Dezember 2013, N 17–23.

<sup>39</sup> Diese Diskussionen waren auch in der Schweiz bekannt, s. etwa *Thomas Cottier/Christophe Germann*, Das Notariat im Europarecht: ein Blick in die Zukunft, Peter Ruf/Roland Pfäffli (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Verband bernischer Notare (2003) 95, 113–114.

Liberalisierungsbestrebungen seit den 1990er-Jahren prominent auf die Notare. Es war absehbar, dass es letztlich am EuGH liegen würde, den dafür notwendigen Impetus zu liefern. Die Erwägungen des EuGH beruhen auf der bisherigen Praxis zur Bereichsausnahme von Art. 51 AEUV und sind sachgerecht. Damit bestehen für das Bundesgericht auch aus sachlichen Überlegungen keine Anhaltspunkte, dem EuGH die Gefolgschaft zu verweigern. Im Ergebnis sprechen überwiegende Gründe dafür, die Erwägungen des EuGH zum Beruf des Notars für die Auslegung der Bereichsausnahmen von Art. 16 und Art. 22 Anhang I FZA zu übernehmen.<sup>40</sup>

### 2. Seitenblick (1): Bundesrat

2013 hat sich auch der Bundesrat zur Qualifikation der notariellen Tätigkeiten unter dem FZA geäußert – und für die europafreundliche Lösung optiert. Dabei geht es um die Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen. Diese Richtlinie wurde 2013 definitiv in das FZA übernommen und ist auch im bilateralen Verhältnis anwendbar. Zu ihrer Umsetzung im schweizerischen Recht wurden das Bundesgesetz über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen (BGMD, SR 935.01) und die gleichnamige Verordnung (VMD, SR 935.011) erlassen. Gemäss Art. 1 i.V.m. Anhang 1 Ziff. 11 VMD üben Notare Tätigkeiten aus, welche vom FZA erfasst werden. Demnach können sich Notare aus einem EU-Mitgliedstaat auf das FZA stützen, um in der Schweiz notarielle Tätigkeiten auszuüben. Vorbehalten bleiben allfällige Ausgleichsmassnahmen (v.a. Eignungsprüfung) nach Massgabe der Richtlinie 2005/36/EG. Gemäss Bundesrat ist es also nicht mehr möglich, Notaren aus dem europäischen Ausland allein deshalb die Berufsausübung in der Schweiz zu verbieten, weil sie nicht Schweizer sind. Der Bundesrat geht stillschweigend davon aus, dass Notare – zumindest mit Blick auf das FZA – keine hoheitliche Tätigkeit ausüben.<sup>41</sup>

Das Bundesgericht ist bei der Auslegung des FZA selbstredend nicht an diese bundesrätliche Vorentscheidung gebunden. Eine bundesrätliche Verordnung schränkt das

Bundesgericht bei der Auslegung völkerrechtlicher Verträge nicht ein. Gleichzeitig ist es denkbar, dass das Bundesgericht in einem entsprechenden Fall der bundesrätlichen Vorentscheidung gebührend Platz einräumt und auch mit Blick darauf notarielle Tätigkeiten als nicht hoheitlich qualifiziert.

### 3. Seitenblick (2): Europäisches Parlament und Rat

Auch in der EU haben sich im Nachgang zum EuGH-Urteil von 2011 weitere Akteure zu Wort gemeldet. Das Europäische Parlament und der Rat erliessen am 20. November 2013 die Richtlinie 2013/55/EU, mit der die Richtlinie 2005/36/EG geändert wurde. Neu lautet Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie 2005/36/EG: «Diese Richtlinie gilt nicht für (...) Notare.» Damit werden die Notare ausdrücklich vom Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/36/EG ausgeschlossen. Trotz teils gegenteiliger Ansichten in der Lehre ist die praktische Wirkung dieser Richtlinienänderung gering.<sup>42</sup>

Im EU-Recht können sich Notare auch künftig auf die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit berufen. Eine Richtlinie kann den Geltungsbereich der Grundfreiheiten nicht einschränken; ebenso wenig kann eine Richtlinie die Auslegung der Grundfreiheiten durch den EuGH in Frage stellen.<sup>43</sup> Die Konsequenz ist einzig, dass die Richtlinie 2005/36/EG auf Notare nicht mehr anwendbar ist. Die Anerkennung von Berufsqualifikationen, welche in einem anderen EU-Mitgliedstaat erworben wurden, folgt einfach anderen Prämissen.<sup>44</sup>

Im bilateralen Verhältnis entfaltet die neue Richtlinienbestimmung ohnehin keine Wirkung. Die Änderungen der Richtlinie 2005/36/EG, welche mit der Richtlinie 2013/55/EU eingeführt wurden, wurden bis anhin nicht in den Anhang des FZA aufgenommen und sind im bilateralen Verhältnis folglich nicht anwendbar. Das hat die Politik in Bern nicht daran gehindert, ihrerseits tätig zu werden. Eine Motion von Nationalrätin Viola Amherd fordert den Bundesrat auf, die Notare aus der Verordnung über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen (VMD) zu streichen.<sup>45</sup> Der Bundesrat beantragt die Ablehnung der Motion.<sup>46</sup> Der Nationalrat hat

<sup>40</sup> Ebenso Empfehlung der WEKO (Fn. 5) N 53; *Véronique Boillet*, Le notariat suisse en passe de s'européaniser?, SJER 2012 277, 291; a.M. *Pfäffli/Liechti* (Fn. 38) N 17–23.

<sup>41</sup> Ebenso Empfehlung der WEKO (Fn. 5) N 39; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. November 2014, 100.2013.232U, E. 3.2.2.

<sup>42</sup> *Roland Pfäffli/Fabrizio Andrea Liechti*, Der Notar und das Freizügigkeitsabkommen: Entwicklungen, Jusletter 20. April 2015, N 8.

<sup>43</sup> Urteil Kommission/Lettland, C-151/14, EU:C:2015:577, N 75.

<sup>44</sup> S. vorne Fn. 34.

<sup>45</sup> Motion 15.3728 «Schweiz und EU. Gleich lange Spiesse, keine einseitige Freizügigkeit» vom 19. Juni 2015.

<sup>46</sup> Stellungnahme des Bundesrates vom 26. August 2015.



sich noch nicht dazu geäußert. Unabhängig des allfälligen Erfolgs dieser Motion ist klar: Auch die allfällige Streichung der Notare aus der VMD würde an der aktuell herrschenden Unsicherheit in Bezug auf die Qualifikation der notariellen Tätigkeiten nichts ändern.<sup>47</sup> Letztlich wird es am Bundesgericht liegen, die Rechtslage unter dem FZA verbindlich zu klären.

#### 4. Seitenblick (3): Interkantonaler Marktzugang

Die Qualifikation notarieller Tätigkeiten als nicht hoheitliche unter dem FZA hätte eine interessante Konsequenz: Ein entsprechendes Diktum des Bundesgerichts würde sich auch auf die Zulassung von Notaren im interkantonalen Verhältnis auswirken. Art. 1 Abs. 3 BGBM wurde 2006 neu gefasst. Damit wurde ausdrücklich bezweckt, den sachlichen Geltungsbereich des BGBM auf denjenigen des FZA abzustimmen und auf diese Weise Inländerdiskriminierungen zu vermeiden.<sup>48</sup> Gleichzeitig wurde Art. 4 Abs. 3<sup>bis</sup> BGBM eingefügt, wonach «[d]ie Anerkennung von Fähigkeitsausweisen für Erwerbstätigkeiten, die unter das [FZA] fallen, (...) nach Massgabe dieses Abkommens» erfolgt. Damit ist der Entscheid über die Tragweite der Bereichsausnahmen im FZA auch für die Bestimmung des sachlichen Geltungsbereichs des BGBM massgebend.<sup>49</sup>

Die Zulassung von Notaren im Binnenverhältnis, d.h. die Zulassung von ausserkantonalen Notaren in Kantonen mit einem freien Notariat, würde folglich nach Massgabe des FZA erfolgen.<sup>50</sup> Ein Aargauer Notar könnte sich neu auf das BGBM berufen, um im Kanton Bern eine notarielle Tätigkeit auszuüben – und das alles nur deshalb, weil der EuGH vor einigen Jahren mit Blick auf das EU-Recht entschieden hat, Notare würden keine hoheitliche Tätigkeit ausüben.<sup>51</sup>

#### IV. Epilog

Die Klärung der offenen Fragen über die Zulassung von ausländischen Gerichtsgutachtern und Notaren obliegt dem Bundesgericht. Lausanne hat bei der Auslegung des FZA das letzte Wort. Gleichzeitig wirken die Urteile des EuGH stark präjudizierend und beeinflussen die Praxis in der Schweiz massgeblich. Gestützt auf Art. 16 FZA besteht unter Umständen gar eine Verpflichtung, die einschlägigen Urteile aus Luxemburg zu berücksichtigen. Diese Konstellation ist beileibe keine singuläre. Juristinnen und Juristen stehen in der Schweiz allgemein vermehrt vor der Herausforderung, komplizierte Rechtsfragen nicht mehr allein aus der vertrauten Warte des innerstaatlichen Rechts anzugehen, sondern ebenso mit Blick auf das einschlägige EU-Recht. Fundierte Kenntnisse des EUV und AEUV, von unionalen Verordnungen und Richtlinien sowie der dazugehörigen Praxis gehören zum unabdingbaren Rüstzeug im hiesigen Rechtsalltag. Die ausgewählten Beispiele zeigen zudem, dass sich der schleichende und von einer breiteren Öffentlichkeit kaum wahrgenommene Prozess der Europäisierung keineswegs auf das Bundesrecht beschränkt. Das EU-Recht hinterlässt auch im kantonalen Recht sichtbare Spuren. So könnte ein Urteilsspruch aus Luxemburg dafür verantwortlich sein, dass sich in Zukunft ein Aargauer Notar auf das BGBM berufen kann, um im Kanton Bern eine notarielle Tätigkeit auszuüben – in Abkehr von der traditionell vorherrschenden Meinung, die Kompetenz zur Regelung der Zulassung von Notaren liege allein bei den Kantonen.

Die ausgewählten Beispiele betreffen politisch heikle Bereiche. Es geht um den Marktzugang bei Tätigkeiten, welche sich im «Dunstkreis» öffentlicher Aufgabenerfüllung abspielen. Dabei war es beim Abschluss des FZA 1999 für eine breitere Öffentlichkeit wohl kaum voraussehbar, dass dieses Abkommen dereinst als Türöffner für ausländische Gerichtsdolmetscher, Gerichtsgutachter und Notare dienen könnte. Die restriktive Praxis des EuGH zu den Bereichsausnahmen im EU-Recht war nur Fachleuten bekannt. Ähnliches mag unter Umständen auch für die aktive und integrationsfreundliche Rolle gelten, welche der EuGH seit jeher bei der Auslegung der EU-Verträge spielt. Vor allem in den Anfangsjahrzehnten fungierte der EuGH als «Integrationsmotor» erster Güte und stellte bei der Auslegung stark auf die «praktische Wirksamkeit» (*effet utile*) einschlägiger Marktzugangsrechte ab.<sup>52</sup> Gleichwohl

<sup>47</sup> Anders offenbar Pfäffli/Liechti (Fn. 42) N 8, welche davon ausgehen, dass eine Streichung der Notare aus der VMD zur Folge hätte, dass sich Notare aus dem europäischen Ausland nicht auf das FZA berufen könnten.

<sup>48</sup> Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBl 2005 465, 466, 484, 487; Diebold (Fn. 28) 1166; Oesch (Fn. 1) ZBJV 2012 379–383.

<sup>49</sup> Diebold (Fn. 28) 1166–1167; a.M. offenbar Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. November 2014, 100.2013.232U, E. 3.2.3.

<sup>50</sup> Empfehlung der WEKO (Fn. 5) N 71.

<sup>51</sup> S. auch Motion 15.4057 «Wettbewerb statt Protektionismus. Schweizer Liberalisierung des Notariatswesens» vom 25. September 2015, welche verlangt, einen möglichst freien interkantonalen Wettbewerb unabhängig des Einflusses des FZA anzustreben.

<sup>52</sup> S. zu den Auslegungsmethoden im EU-Recht Matthias Oesch, *Europarecht. Band I: Grundlagen, Institutionen, Verhältnis Schweiz-EU* (2015) N 457–474.

taugt der Verweis auf diese unionsrechtlichen Spezifika kaum als tragfähiges Argument gegen eine konsequente Anwendung des Gebots der europakompatiblen Auslegung. Die Schweiz hat sich bewusst für ein sektorielles «Andocken» am sich stetig weiterentwickelnden unionalen Binnenmarkt entschieden. Mit Blick auf die *ratio legis* des FZA – Verwirklichung der vertraglich gewährleisteten Freizügigkeitsrechte auf der Basis des unionalen *Acquis* unter

Schaffung einer möglichst parallelen Rechtslage – scheint es unumgänglich, dass die Schweiz die Präjudizienwirkung von einschlägigen EuGH-Urteilen grundsätzlich akzeptiert. Dies gilt selbstredend nicht nur für Urteile, welche ungetrübte Freude auslösen, sondern auch für solche, welche mitunter folgenreiche Konsequenzen zeitigen. An diesem Bewusstsein mangelt es in der Schweiz zeitweise.

## Entwicklungen im Sachenrecht und Bodenrecht / Le point sur les droits réels et le droit foncier

Prof. Dr. iur. Roland Pfäffli, Notar (Thun)\*

### I. Gesetzgebung

#### 1. Zweitwohnungen

In der Volksabstimmung vom 11. März 2012 wurde die Volksinitiative «Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen!» angenommen. Dadurch wurde die Bundesverfassung mit dem Artikel 75b ergänzt. Grundsätzlich geht es darum, dass der Anteil der Zweitwohnungen am Gesamtbestand der Wohneinheiten und der für Wohnzwecke genutzten Bruttogeschossfläche einer Gemeinde auf höchstens 20 Prozent beschränkt ist.

Der Bundesrat hat dazu eine Ausführungsverordnung erlassen (Verordnung über Zweitwohnungen vom 22. August 2012), welche am 1. Januar 2013 in Kraft getreten ist. Mit Wirkung ab 1. Dezember 2015 wurde der Anhang zu dieser Verordnung (mit der Aufzählung der betroffenen Gemeinden) zum vierten Mal geändert<sup>1</sup>.

Diese Verordnung gilt bis zum Inkrafttreten der Ausführungsgesetzgebung zum Verfassungsartikel über Zweitwohnungen. Am 19. Februar 2014 hat der Bundesrat dem Parlament die Botschaft zum Bundesgesetz über Zweitwohnungen (ZWG) unterbreitet<sup>2</sup>. Die Beratungen im Parlament wurden mit der Schlussabstimmung am 20. März

2015 abgeschlossen<sup>3</sup>. Die Referendumsfrist ist am 9. Juli 2015 unbenutzt abgelaufen. Am 1. Januar 2016 ist das Gesetz zusammen mit der vollständig revidierten Verordnung des Bundesrats in Kraft getreten.

In diesem Gesetz werden die Vorgaben von Art. 75b BV in erster Linie dadurch umgesetzt, dass in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 Prozent keine neuen Zweitwohnungen mehr bewilligt werden dürfen. Zulässig sind jedoch drei Möglichkeiten: Die Erstellung von Erstwohnungen (1), von den Erstwohnungen gleichgestellten Wohnungen wie beispielsweise Wohnungen zu Ausbildungs- und Erwerbszwecken (2) sowie von Wohnungen, die touristisch bewirtschaftet werden (3). Für altrechtliche Wohnungen, d.h. Wohnungen, die am 11. März 2012 schon bestanden oder rechtskräftig bewilligt waren, wird festgelegt, dass diese frei umgenutzt werden dürfen; sie können somit als Erst- oder als Zweitwohnung genutzt werden.

#### 2. Ausländerbestimmungen: Lex Koller

Der Bundesrat hat in einer Aussprache am 25. März 2015 entschieden, das Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (Lex Koller) zu revidieren. Er hat am 1. April 2015 das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement beauftragt, einen entsprechenden Gesetzesentwurf auszuarbeiten (vgl. *Jurius* in Jusletter vom 13.4.2015).

\* Der Autor ist Titularprofessor für Privatrecht an der Universität Freiburg sowie Konsulent bei Von Graffenried Recht, Bern.

<sup>1</sup> Vgl. AS 2015 4143 ff.

<sup>2</sup> Vgl. Bundesblatt 2014 2287 ff.

<sup>3</sup> Vgl. Bundesblatt 2015 2753 ff.