

Zur Wohnsitzpflicht der Notare

Jonas Wolfisberg*

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	9
II.	Sachverhalt	10
III.	Erwägungen	11
1.	Voraussetzungen der Beurkundungsbefugnis	11
2.	Verfassungsmässigkeit der Wohnsitzpflicht	11
3.	Voraussetzung der genügenden gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV)	12
4.	Voraussetzung der Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV)	14
5.	Ergebnis des Entscheids der Kommission	15
IV.	Kritische Würdigung	15
1.	Verwaltungsrechtliche Qualifikation der Beurkundungsbefugnis	16
2.	Verfassungskonforme Auslegung von Art. 5 BeurkG OW	19
3.	Möglichkeit des Widerrufs der «Ausnahmebewilligung» im Allgemeinen	19
4.	Voraussetzungen des Widerrufs der «Ausnahmebewilligung» im Einzelnen	21
5.	Verfassungsmässigkeit der Wohnsitzpflicht der Notare	24
V.	Fazit	27

I. Einleitung

Das Bundesgericht musste sich bereits mehrfach mit der Frage beschäftigen, ob die in gewissen kantonalen Beurkundungsgesetzen vorgesehene Pflicht der Notare, in demjenigen Kanton Wohnsitz zu nehmen, dessen Beurkundungsbefugnis sie haben (nachfolgend kurz: «Wohnsitzpflicht»), zulässig ist. In BGE 128 I 280 hatte es einen Entscheid, mit dem einem Notar aufgrund fehlenden Wohnsitzes in Appenzell Innerrhoden die Beurkundungsbefugnis verweigert wurde, noch geschützt.¹ Demgegenüber

* MLaw Jonas Wolfisberg, Alpnach Dorf, ist juristischer Mitarbeiter bei der Gabriel & Bucher AG in Sarnen. Ich danke meiner Arbeitgeberin für das gewährte Recht zur Bibliotheksbenutzung. Prof. Dr. iur. Jörg Schmid, Ordinarius für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung, Universität Luzern, verdanke ich einige wertvolle Hinweise. Das Manuskript wurde am 1. Februar 2023 abgeschlossen.

1 BGE 128 I 280 E. 4.4 S. 285 f.

hat es in einem Urteil aus dem Jahr 2015, das den Kanton Graubünden betraf, die Wohnsitzpflicht in concreto als unverhältnismässigen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit der Notare (Art. 24 BV) betrachtet.² In jüngster Zeit ist die Wohnsitzpflicht für Notare erneut in den Fokus von Lehre und Praxis gerückt. Zum einen hat sich die vom Bundesamt für Justiz mit der Erarbeitung von Leitsätzen zu einem schweizweit einheitlichen Beurkundungsverfahren betraute «Groupe de réflexion» damit befasst.³ Hierbei hat sie indes auf die Stipulierung eines Leitsatzes verzichtet, da dieser Bereich den Kantonen zur Regelung zu überlassen sei.⁴ Zum anderen war die Frage der Wohnsitzpflicht jüngst Gegenstand eines Entscheids der Notariatskommission Obwalden, in dem das Erlöschen der Beurkundungsbefugnis zufolge ausserkantonalen Wohnsitzes geprüft und eine «Ausnahmewilligung» zur Beurkundung im Kanton Obwalden erteilt wurde.⁵

Da dieser Entscheid die Offenheit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Wohnsitzpflicht aufzeigt und zugleich in dogmatischer Hinsicht zu einigen Bemerkungen Anlass gibt, wird er vorliegend einer einlässlichen Besprechung unterzogen. Nach einer Zusammenfassung des Sachverhalts (II.) werden die Erwägungen des Entscheids erläutert (III.). Anschliessend erfolgt eine kritische Würdigung des Entscheids (IV.), bevor abschliessend ein Fazit gezogen wird (V.).

II. Sachverhalt

Mitte Mai 2022 forderte die Notariatskommission Obwalden (nachfolgend «Kommission») die Obwaldner Notare auf, ihre Personalien auf der kantonalen Webseite zu kontrollieren und Änderungen mitzuteilen.⁶ Mit Schreiben vom 17. Mai 2022 gab Notarin XY (nachfolgend «Notarin») der Kommission die Verlegung ihres Wohnsitzes nach Horw LU bekannt und hielt unter Verweis auf das Bundesgericht fest, dass diese Wohnsitzverlegung ihre Obwaldner Beurkundungsbefugnis nicht beeinflusse.⁷ Daraufhin teilte die Kommission der Notarin mit, dass der Wohnsitz in

2 Urteil des BGer 2C_335 /2013 vom 11. Mai 2015 E. 4.1.

3 Groupe de réflexion, Einheitliches Beurkundungsverfahren in der Schweiz, Leitsätze und Erläuterungen, vom 18. August 2021; vgl. dazu bereits SCHMID /WOLFISBERG, Auf dem Weg zur Vereinheitlichung des Beurkundungsverfahrensrechts, in: ZBJV 158 /2022, S. 1 ff.

4 Groupe de réflexion (Fn. 3), S. 33.

5 Entscheid Nr. 2022-0536 der Notariatskommission des Kantons Obwalden vom 16. September 2022 (vgl. hiernach S. 29 ff.).

6 Entscheid NoKo OW Sachverhalt Ziff. 1.

7 Entscheid NoKo OW Sachverhalt Ziff. 2.

Obwalden eine Voraussetzung für die Erteilung der Beurkundungsbefugnis sei und diese bei Aufgabe des Wohnsitzes im Kanton erlösche. Gleichzeitig gab sie der Notarin die Gelegenheit, sich schriftlich zu äußern.⁸ Im weiteren Fortgang des Verfahrens führte die Kommission eine mündliche Anhörung durch, anlässlich derer sie klarstellte, dass sie bis anhin noch keinen Entscheid gefällt habe. Sodann ersuchte die Notarin die Kommission auf deren Rückfrage, ihr Schreiben vom 17. Mai 2022 als Gesuch um eine Ausnahmebewilligung von der Wohnsitzpflicht zu behandeln.⁹

III. Erwägungen

1. Voraussetzungen der Beurkundungsbefugnis

Einleitend hält die Kommission fest, dass das Obwaldner Beurkundungsgesetz (hiernach «BeurkG OW») in Art. 2 Abs. 2 das gemischte Notariat statuiert und somit sowohl Amtsnotare als auch freiberufliche Notare kennt.¹⁰ Als dann werden die Voraussetzungen für die Erteilung der Beurkundungsbefugnis erläutert. Nach Art. 5 Abs. 1 lit. b BeurkG OW ist erforderlich, dass der Notar Wohnsitz in Obwalden hat. Die Beurkundungsbefugnis erlischt bei Aufgabe des Wohnsitzes im Kanton bzw. in der Gemeinde im Fall der Gemeindenotare (Art. 8 Abs. 1 lit. f BeurkG OW). In diesem Fall hat die Kommission den Sachverhalt abzuklären und nach Anhörung des betroffenen Notars einen Feststellungentscheid zu erlassen (Art. 27 Abs. 2 BeurkV OW). Der Entscheid wird mit der Eröffnung wirksam, für gutgläubige Parteien indes erst mit dem auf die Veröffentlichung im Amtsblatt folgenden Tag (Art. 9 Abs. 2 BeurkG).

2. Verfassungsmässigkeit der Wohnsitzpflicht

In der Folge setzt sich die Kommission mit dem Einwand der Notarin auseinander, dass im Jahr 2016 eine Obwaldner Notarin ihren Wohnsitz nach Kriens LU verlegt habe und der damalige Sekretär der Kommission dieser mündlich mitgeteilt habe, dass dies in Ordnung sei. Die Kommission hält fest, dass kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht bestehe und die Notarin kein Recht habe, ebenfalls gesetzwidrig begünstigt zu

8 Entscheid NoKo OW Sachverhalt Ziff. 3.

9 Entscheid NoKo OW Sachverhalt Ziff. 7.

10 Entscheid NoKo OW E. 2.1 unter Verweis auf Urteil des BGer 2C_335 / 2013 vom 11. Mai 2015 E. 2.2.

werden, wenn im Jahr 2016 zu Unrecht kein Feststellungsentscheid über das Erlöschen der Beurkundungsbefugnis erlassen worden sei.¹¹

Alsdann stellt die Kommission im Sinne eines Zwischenfazits fest, dass die Notarin ihren Wohnsitz per 1. Juli 2020 nach Horw LU verlegt habe und damit ihre Beurkundungsbefugnis per 1. Juli 2020 nach Art. 8 Abs. 1 lit. f BeurkG OW erloschen sei. Im Anschluss befasst sich die Kommission mit dem Einwand der Notarin, dass Art. 8 Abs. 1 lit. f BeurkG keine Anwendung finden dürfe, da diese Bestimmung gegen die Niederlassungsfreiheit i. S. v. Art. 24 Abs. 1 BV verstösse.¹² Die Kommission hält weiter fest, dass im Falle eines unzulässigen Eingriffs in die Niederlassungsfreiheit die Kommission festzustellen hätte, dass die Notarin ausnahmsweise weiterhin zur Beurkundung im Kanton Obwalden befugt ist.¹³

3. Voraussetzung der genügenden gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV)

A. Verweis auf die Materialien und Beurkundungsgesetze anderer Kantone

Nach generellen Ausführungen zu Art. 36 BV wendet sich die Kommission dem Erfordernis der genügenden gesetzlichen Grundlage zu.¹⁴ Sie hält zunächst fest, dass sich die Wohnsitzpflicht für Obwaldner Notare aus Art. 5 Abs. 1 lit. b i. V. m. Art. 8 Abs. 1 lit. f BeurkG OW ergebe und es sich hierbei um ein Gesetz im formellen Sinne handle, welches die bürgergerichtlichen Anforderungen an die Normdichte erfülle.¹⁵ An einer genügenden gesetzlichen Grundlage fehle es indes, wenn die genannten Bestimmungen des BeurkG OW gegen übergeordnetes (Bundes-)Recht verstossen. Die Kommission hält fest, dass sich das BeurkG OW an den Beurkundungsgesetzen der Kantone Luzern, Nidwalden und Solothurn orientiere, und erläutert im Anschluss die Entstehungsgeschichte des BeurkG OW.¹⁶ Die Wohnsitzpflicht sei erst durch die vorberatende Kommission des Kantonsrats zur Sprache gekommen, da das Anwaltspatent zur Erlangung der Beurkundungsbefugnis nicht vorausgesetzt sei. Für die Beurkundungsbefugnis würden auch fremde Ausweise anerkannt, doch müsse im

11 Vgl. zum Ganzen Entscheid NoKo OW E. 2.1.

12 Entscheid NoKo OW E. 2.1.

13 Entscheid NoKo OW E. 2.2.

14 Entscheid NoKo OW E. 2.3.

15 Entscheid NoKo OW E. 2.3.1 m.w.Verw.

16 Entscheid NoKo OW E. 2.3.1 mit Verweis auf die Materialien.

Gegenzug die Wohnsitzpflicht eingeführt werden. In der Folge gelangte die Wohnsitzpflicht in der ersten Lesung des Kantonsrates ins Gesetz.¹⁷

Sodann führt die Kommission im Sinne einer interkantonalen Rechtsvergleichung aus, dass die Kantone Zug und Nidwalden ebenfalls eine Wohnsitzpflicht kennen würden, während der Kanton Solothurn seit dem 1. Januar 2013 anstelle eines Wohnsitzes ein Geschäftsdomizil im Kanton verlange.¹⁸ Demgegenüber setze der Kanton Luzern seit dem 1. Januar 2022 nur noch Wohnsitz in der Schweiz, nicht mehr aber im Kanton, voraus.¹⁹ Zusätzlich zu den im Entscheid der Kommission genannten Beispielen lässt sich etwa der Kanton Bern anführen, der in Art. 9 Abs. 1 lit. e NG BE ebenfalls nur Wohnsitz in der Schweiz verlangt.

B. Rechtsnatur der notariellen Tätigkeit

Anschliessend befasst sich die Kommission mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Wohnsitzpflicht.²⁰ Hiernach ist die Wohnsitzpflicht mit Blick auf die Niederlassungsfreiheit dann zulässig, wenn eine hoheitliche Tätigkeit ausgeübt wird, weil nach dem demokratischen Grundgedanken die Staatsgewalt von den Staatsunterworfenen selbst auszuüben sei. Da im Bundesstaat der Schweiz auch die Kantone Staatlichkeit hätten, könnte ein Wohnsitz für hohe staatliche Funktionen weiterhin gerechtfertigt werden,²¹ wobei allerdings nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip objektive und subjektive Gründe vorbehalten seien.²² Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liege eine hoheitliche Tätigkeit dann vor, wenn weitgehende Unabhängigkeit in der Ausübung der fraglichen Tätigkeit bestehe und diese mit richterlichen Funktionen, hohen politischen Ämtern oder leitenden Funktionen vergleichbar sei.²³ Das Bundesgericht qualifizierte die Tätigkeit von Urkundspersonen – ohne nähere Begründung – wiederholt als amtliche, hoheitliche Tätigkeit, und zwar sowohl beim Amtsnotariat als auch beim freiberuflichen Notariat.²⁴

17 Entscheid NoKo OW E. 2.3.1.

18 Entscheid NoKo OW E. 2.3.1 mit Verweis auf die Materialien.

19 Entscheid NoKo OW E. 2.3.1.

20 Entscheid NoKo OW E. 2.3.1.

21 Urteil des BGer 2C_335 / 2013 vom 11. Mai 2015 E. 3.2; BGE 128 I 280 E. 4.3 S. 284 f.

22 BGE 128 I 280 E. 4.5 S. 286; BGE 118 Ia 410 E. 2 S. 412; BGE 115 Ia 207 E. 3c S. 211.

23 Urteil des BGer 8C_733 / 2018 vom 13. Juni 2019 E. 4.3.2.

24 BGE 131 II 639 E. 6.1 S. 645; BGE 128 I 280 E. 3 S. 281 f.

C. Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Wohnsitzpflicht der Notare

Im Anschluss setzt sich die Kommission mit dem von der Notarin zitierten Entscheid des Bundesgerichts, der den Kanton Graubünden betraf, auseinander und hält fest, dass die Wohnsitzpflicht nicht *per se* für verfassungswidrig erklärt, sondern diese Frage vielmehr offengelassen werden sei.²⁵ Damit stehe fest, dass der Eingriff einer Wohnsitzpflicht des kantonalen Rechts in die Niederlassungsfreiheit nicht grundsätzlich unzulässig sei, zumal das Bündner Recht auch heute noch eine Wohnsitzpflicht kenne.²⁶ Alsdann erwähnt die Kommission die Ergebnisse der Arbeiten der *Groupe de réflexion*, die zum Schluss gekommen sei, dass es problematisch wäre, auf Bundesebene eine Regelung hinsichtlich Wohnsitzes und Nationalität zu verankern.²⁷ Gestützt auf diese Erwägungen, gelangt die Kommission zum Zwischenergebnis, dass das Obwaldner Beurkundungsrecht eine i. S. v. Art. 36 Abs. 1 BV genügende gesetzliche Grundlage für eine Wohnsitzpflicht der Notare kenne, das Bundesgericht die Tätigkeiten der Notare als hoheitlich betrachte und für hoheitliche Tätigkeiten aufgrund des demokratischen Grundgedankens eine Wohnsitzpflicht gerechtfertigt sei. Damit liege die Wohnsitzpflicht zugleich im öffentlichen Interesse. Die Kommission pflichtet der Notarin zwar insoweit bei, als die Wohnsitzpflicht vor dem Hintergrund der Niederlassungsfreiheit «nicht unproblematisch» sei. Allerdings sei die Wohnsitzpflicht deswegen nicht *per se* verfassungswidrig und nicht anwendbar.²⁸

4. Voraussetzung der Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV)

Sodann wendet sich die Kommission der Verhältnismässigkeit zu.²⁹ Hierbei gibt die Kommission die Verhältnismässigkeitsprüfung des Bundesgerichts im «Bündner Fall» wieder:³⁰ Dort erkannte das Bundesgericht, dass die Qualität der notariellen Tätigkeit trotz ausserkantonalen Wohnsitzes des Beschwerdeführers nicht beeinträchtigt sei, da dieser das Bündner Notariatspatent erworben habe und zudem im Kanton Graubünden als

25 Entscheid NoKo OW E. 2.3.1 mit Verweis auf Urteil des BGer 2C_335 / 2013 vom 11. Mai 2015 E. 3.6.3.

26 Entscheid NoKo OW E. 2.3.1.

27 Vgl. zum Ganzen Entscheid NoKo OW E. 2.3.1. mit Verweis auf *Groupe de réflexion, Einheitliches Beurkundungsverfahren* (Fn. 3).

28 Vgl. zum Ganzen Entscheid NoKo OW E. 2.3.1.

29 Entscheid NoKo OW E. 2.3.2.

30 Entscheid NoKo OW E. 2.3.2 mit Verweis auf Urteil des BGer 2C_335 / 2013 vom 11. Mai 2015 E. 3.6.2 f.

Rechtsanwalt niedergelassen sei. Folglich seien auch Untersuchungen der Aufsichtsbehörde ungehindert möglich, da diese in den Geschäftsräumlichkeiten und nicht am privaten Wohnsitz stattfänden. Als dann hält die Kommission fest, dass in casu vergleichbare Verhältnisse vorlägen: Die Notarin habe das Obwaldner Notariatspatent erworben, sei im Kanton Obwalden als Rechtsanwältin niedergelassen und im Anwaltsregister eingetragen und nehme regelmässig an den Informationsveranstaltungen der Kommission teil. Sie arbeite bei der Z AG in Sarnen, bei der sich auch die Akten befänden. Dabei sei sichergestellt, dass die Akten stets in den Räumen der Arbeitgeberin bleiben, da die Notarin nicht im Homeoffice arbeite. Somit sei erstellt, dass die Qualität der notariellen Tätigkeit gewährleistet und die aufsichtsrechtliche Tätigkeit der Kommission nicht beeinträchtigt würde.³¹

5. Ergebnis des Entscheids der Kommission

Schliesslich hält die Kommission als Schlussergebnis fest, dass die Wohnsitzpflicht i. S. v. Art. 5 Abs. 1 lit. b BeurkG OW in casu eine unzulässige Einschränkung der Niederlassungsfreiheit der Notarin sei. Daher stelle die Kommission entgegen Art. 8 Abs. 1 lit. f BeurkG OW nicht fest, dass die Beurkundungsbefugnis der Notarin im Kanton Obwalden erloschen ist. Vielmehr sei die Notarin trotz ausserkantonalen Wohnsitzes im Sinne einer Ausnahmebewilligung weiterhin zur Beurkundung im Kanton Obwalden befugt, da sie abgesehen von der Wohnsitzpflicht alle übrigen in Art. 5 Abs. 1 BeurkG OW genannten Voraussetzungen für die Erteilung der Beurkundungsbefugnis weiterhin erfülle.³² Abschliessend hält die Kommission fest, dass die Notarin verpflichtet sei, ihr Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse, die für die Erteilung der gewährten Ausnahmebewilligung relevant sind, umgehend mitzuteilen.³³

IV. Kritische Würdigung

Nach der hier vertretenen Meinung verdient der besprochene Entscheid der Kommission zumindest im Ergebnis Zustimmung. In dogmatischer Hinsicht geben die Erwägungen indes sowohl aus verfassungsrechtlicher Perspektive als auch vor dem Hintergrund des Legalitätsprinzips zu einigen kritischen Bemerkungen Anlass, die nachfolgend dargestellt werden.

31 Vgl. zum Ganzen Entscheid NoKo OW E. 2.3.2.

32 Vgl. zum Ganzen Entscheid NoKo OW E. 2.4.

33 Entscheid NoKo OW E. 2.4.

1. Verwaltungsrechtliche Qualifikation der Beurkundungsbefugnis

Zunächst ist der Umstand, dass die Kommission der Notarin eine «Ausnahmebewilligung» zur Vornahme von Beurkundungen im Kanton Obwalden erteilt hat, kritisch zu beleuchten: Hierbei ist zu prüfen, wie die Beurkundungsbefugnis verwaltungsrechtlich zu qualifizieren ist: Nach SIDLER ist die Beurkundungsbefugnis eine Polizeierlaubnis, da einem Gesuch, das die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, entsprochen werden müsse.³⁴ RUF ist der Ansicht, dass es sich bei der Beurkundungsbefugnis um eine Konzession handle, da der Notar Aufgaben der freiwilligen Gerichtsbarkeit, d. h. staatliche Aufgaben erfülle und sich nicht auf die Wirtschaftsfreiheit berufen könne.³⁵ In der neueren Lehre und Rechtsprechung wird demgegenüber zu Recht festgehalten, dass es sich bei der Beurkundungsbefugnis um eine Beleihung (einen Leistungsauftrag) handle, da bei der Beleihung eine qualifizierte Mandatierung, mithin die Übertragung einer Verwaltungsaufgabe erfolge und nicht eine qualifizierte Berechtigung wie bei der Konzession.³⁶

A. Anwendbarkeit der Wirtschaftsfreiheit auf die notarielle Tätigkeit?

Zwar will etwa TERCIER die Wirtschaftsfreiheit zumindest teilweise auf Notare anwenden, indem er zwischen der eigentlichen Errichtung der öffentlichen Urkunde und der notariellen Beratungstätigkeit unterscheidet und letztere der Wirtschaftsfreiheit unterstellen will.³⁷ Nach der hier vertretenen Meinung wird die Anwendbarkeit der Wirtschaftsfreiheit als Ganzes vom Bundesgericht und der Lehre zu Recht abgelehnt. Dafür sprechen die folgenden Gründe:

- Zunächst ist die Betrauung eines Notars mit der Vornahme einer Beurkundung («Rogation») nach allgemeiner Auffassung nicht privat, sondern öffentlich-rechtlicher Natur, zumal den Notar eine Urkundspflicht trifft. Daher darf er die Vornahme einer Beurkundung nicht aus

34 SIDLER, Kurzkommentar zum luzernischen Beurkundungsgesetz, Luzern 1975, S. 27 und 59; wohl auch CARLEN, Notariatsrecht der Schweiz, Zürich 1976, S. 57 f.

35 RUF, Notariatsrecht, Langenthal 1995, Nrn. 392 f.; BGE 124 I 297 E.3a S. 298; MOOSER, *Le droit notarial en Suisse*, 2. Aufl., Bern 2014, Nr. 77.

36 BGE 129 I 330 E. 2.1 S. 333; BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, Nr. 3453 f.; ISCHANNEN / MÜLLER / KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022, Nrn. 247, 250, 1259 f.

37 TERCIER, *Les notaires et le droit de la concurrence*, in: SJ 1998 II, S. 505 ff., S. 513 f. m. w. Verw.

beliebigen Gründen ablehnen.³⁸ Könnte sich nun ein Notar auf die Wirtschaftsfreiheit berufen, müsste er im Grundsatz auch die Vertragsfreiheit³⁹ und damit auch die Abschluss- und Partnerwahlfreiheit geniessen können.⁴⁰ Die in den kantonalen Beurkundungsgesetzen (vgl. z.B. Art. 10 BeurkG OW) vorgesehene Urkundspflicht wäre dementsprechend als Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit zu werten und es müsste im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung einzelfallweise geprüft werden, ob der Notar eine Beurkundung zu Recht abgelehnt hat, was gänzlich unpraktikabel wäre.

- Sodann erfolgt die Entschädigung der Notare nach den kantonalen Gebührenverordnungen mit Minimal- und Maximalgebühren und stellt die Rechnung der Notare – zumindest im Kanton Obwalden – eine Verfügung dar, die bei Rechtskraft einen definitiven Rechtsöffnungstitel i.S.v. Art. 80 Abs. 2 SchKG bildet.⁴¹ Wollte man die Wirtschaftsfreiheit auf Notare anwenden, müssten sie ihre Entschädigung mit den Urkundsparteien in den straf- und wettbewerbsrechtlichen Grenzen frei vereinbaren können, was de lege lata gerade nicht der Fall ist.⁴²
- Überdies folgt die Nichtanwendbarkeit der Wirtschaftsfreiheit auch aus dem Rechtsinstitut der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde (Art. 347 ff. ZPO), welches erlaubt, öffentliche Urkunden unter bestimmten Umständen «wie Entscheide» zur Entlastung der Gerichte zu vollstrecken.⁴³ Dies lässt sich nach der hier vertretenen Meinung nur damit rechtfertigen, dass diese Urkunde von einem Notar im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit erstellt wurde. Dass die Notare im Kontext von vollstreckbaren öffentlichen Urkunden hoheitlich handeln, zeigt sich besonders bei der Vollstreckung einer Realleistung. Hier stellt der Notar nach Art. 350

38 MOOSER (Fn. 35), Nr. 592; SCHMID, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Diss. Freiburg 1988, Nr. 165; SIDLER (Fn. 34), S. 70.

39 Vgl. zur Vertragsfreiheit als Teil der Wirtschaftsfreiheit BGE 143 I 395 E. 4.1 S.400.

40 Vgl. zur Abschluss- und Partnerwahlfreiheit als Teil der Vertragsfreiheit GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Zürich /Basel /Genf 2020, Nr. 614 ff.

41 Art. 9 der Verordnung über die Beurkundungsgebühren (GDB 210.32). Anders z.B. § 53 Abs. 1 und 2 BeurkG LU, der vorsieht, dass bei Streitigkeiten über Vergütungen und die damit zusammenhängenden Einreden die Aufsichtsbehörde angerufen werden muss, deren Entscheide anschliessend definitive Rechtsöffnungstitel i.S.v. Art. 80 Abs. 2 SchKG darstellen. Ebenso können nach Art. 54 Abs. 1 NG BE der Rechnungsempfänger und der Notar die Höhe streitiger Gebühren durch die Aufsichtsbehörde festsetzen lassen.

42 Ähnlich PIOTET /DÉPRAZ, Notaire et droit de la concurrence: in: SJ 1999 II, S.139 ff., S.140.

43 Vgl. allgemein Botschaft zur ZPO vom 28. Juni 2006, BBI 2006 S.7386 ff.

Abs. 1 ZPO der verpflichteten Partei auf Antrag der berechtigten Partei – vergleichbar mit dem Zahlungsbefehl – eine beglaubigte Kopie der Urkunde zu und setzt ihr eine Erfüllungsfrist. Hierbei hat der Notar – wie auch ein Betreibungsamt – keine Kognition bezüglich der Forderung.⁴⁴ Will man nun der Tätigkeit des Notars die Hoheitlichkeit absprechen, würde sich die öffentliche Urkunde nicht mehr von einem Vertrag unterscheiden, den ein beliebiger Jurist aufgesetzt hat, weshalb sich das Rechtsinstitut der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde nicht mehr rechtfertigen lieesse. Indem der Gesetzgeber dieses Rechtsinstitut erst 2011 in Kraft gesetzt hat,⁴⁵ bestätigte er die Hoheitlichkeit der notariellen Tätigkeit, was die Anwendbarkeit der Wirtschaftsfreiheit ausschliesst.

- Schliesslich geht es entgegen TERCIER nicht an, die notarielle Beratungstätigkeit als Ganzes der Wirtschaftsfreiheit unterstellen zu wollen, gehört doch nach der herrschenden Lehre die Rechtsberatung im Rahmen einer öffentlichen Beurkundung zur notariellen Amtstätigkeit und stellt keine privatrechtliche Vertragspflicht dar.⁴⁶

B. Gesetzliche Grundlage für die «Ausnahmebewilligung»

Zusammenfassend stellt die Beurkundungsbefugnis als Übertragung einer hoheitlichen Aufgabe einen Leistungsauftrag des betreffenden Kantons dar. Die Ausnahmebewilligung indes räumt die Befugnis zur Ausübung einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit in Abweichung von den normalerweise zur Erteilung einer (Polizei-)bewilligung geltenden Vorschriften ein.⁴⁷ Da nun die Beurkundungsbefugnis nach der hier vertretenen Meinung keine Polizeibewilligung darstellt, kann die Befugnis zur Vornahme von Beurkundungen trotz ausserkantonalem Wohnsitz systembedingt keine Ausnahmebewilligung sein. Selbst wenn man mit SIDLER die Beurkundungsbefugnis als Polizeibewilligung betrachtet, so bedarf eine Ausnahmebewilligung nach herrschender Lehre dennoch einer expliziten gesetzlichen Grundlage.⁴⁸ Das BeurkG OW kennt jedoch keine solche

44 Botschaft ZPO (Fn. 43), S. 7389; ROHNER / MÖHLER, DIKE-Kommentar, N 4 und 7 zu Art. 350 ZPO.

45 Vgl. zur Neuheit dieses Rechtsinstituts im Schweizer Recht Botschaft zur ZPO (Fn. 43), S. 7386.

46 BRÜCKNER (Fn. 36), Nr. 501 f. m. H. zur Abgrenzung zur privatrechtlichen Rechtsberatung und m.w. Verw.

47 HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Bern 2020, Nr. 2665; TSCHANNEN / MÜLLER / KERN (Fn. 36), Nr. 1221.

48 HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN (Fn. 47), Nr. 2666; TSCHANNEN / MÜLLER / KERN (Fn. 36), Nr. 1227.

Grundlage, vielmehr ist in Art. 5 BeurkG OW lediglich die «ordentliche» Beurkundungsbefugnis vorgesehen. Somit lässt sich festhalten, dass die im besprochenen Entscheid erteilte Ausnahmebewilligung über keine gesetzliche Grundlage verfügt.

2. Verfassungskonforme Auslegung von Art. 5 BeurkG OW

Allerdings stellt sich die Anschlussfrage, ob sich die Ausnahmebewilligung durch eine verfassungsmässige Auslegung von Art. 5 BeurkG OW rechtfertigen lässt. Nach dem Grundsatz der verfassungsmässigen Auslegung ist bei mehreren möglichen Bedeutungen einer Gesetzesnorm jene massgebend, die sich mit der Verfassung vereinbaren lässt.⁴⁹ Grenze der verfassungsmässigen Auslegung bildet die Gewaltenteilung, nach der die rechtsanwendende Behörde nicht anstelle des Gesetzgebers Regelungen aufstellen darf, indem sie das Gesetz umdeutet.⁵⁰ Dies bedeutet nach der hier vertretenen Meinung auch, dass die rechtsanwendende Behörde keine neuen Rechtsinstitute schaffen darf, wenn sich die vom Gesetz vorgesehenen verfassungskonform anwenden lassen. Daher darf keine Ausnahmebewilligung geschaffen werden, wenn sich das Institut der ordentlichen Bewilligung verfassungskonform interpretieren lässt. In casu hätte es genügt, die Wohnsitzpflicht nicht anzuwenden, weil sie sich für die Notarin als verfassungswidrig erwiesen hätte. Alsdann hätte die Notarin sämtliche Voraussetzungen der in Art. 5 BeurkG OW vorgesehenen ordentlichen Beurkundungsbefugnis erfüllt, die verfassungskonform sind. Daher hätte es gar keiner Erteilung einer «Ausnahmebewilligung» bedurft. Die Erteilung einer Ausnahmebewilligung bringt zudem weitere Anwendungsprobleme mit sich, wie sogleich dargelegt wird.

3. Möglichkeit des Widerrufs der «Ausnahmebewilligung» im Allgemeinen

Zunächst ist fraglich, ob diese «Ausnahmebewilligung», die nach der hier vertretenen Meinung einen Leistungsauftrag darstellt, überhaupt widerufen werden kann. Nach allgemeinen Grundsätzen kann ein Leistungsauftrag als Verwaltungsmassnahme ohne gesetzliche Grundlage widerufen werden, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen zur Erteilung des

49 BGE 141 II 436 E. 4.1 S. 441; BGE 116 Ia 359 E. 5c S. 368 f.; HÜRLIMANN-KAUP / SCHMID, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2016, Nr. 143; HÄFELIN / HALLER / KELLER / THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020, Nr. 148 ff.

50 Vgl. HÄFELIN / HALLER / KELLER / THURNHERR (Fn. 49), Nr. 157.

Leistungsauftrages ursprünglich gefehlt haben oder nachträglich wegfallen sind.⁵¹

- Vorliegend besteht indes die Problematik, dass bereits die Voraussetzungen zur Erteilung der «Ausnahmebewilligung» nicht gesetzlich geregelt sind. Somit existieren keine gesetzlichen Voraussetzungen, die ursprünglich nicht gegeben bzw. nachträglich wegfallen könnten, weshalb ein Widerruf der «Ausnahmebewilligung» an sich nicht möglich wäre.
- Da indes die Erteilung einer «Ausnahmebewilligung» im BeurkG OW nicht vorgesehen und daher an sich rechtswidrig ist, muss es aufgrund des Legalitätsprinzips dennoch möglich sein, die «Ausnahmebewilligung» unter bestimmten Umständen zu widerrufen.⁵² Wie generell beim Widerruf von Verfügungen ist auch vorliegend der Vertrauenschutz zu berücksichtigen: So ist ein Widerruf nur zulässig, wenn das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes das private Interesse am Fortbestand der Verfügung überwiegt.⁵³
- Mangels gesetzlicher Voraussetzungen wird man sich hierbei an den Kriterien orientieren müssen, die im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung der Wohnsitzpflicht den Ausschlag für die «Ausnahmebewilligung» gegeben haben. In diesem Zusammenhang wird nach der hier vertretenen Meinung das Spannungsverhältnis zwischen der «Ausnahmebewilligung» und der Rechtssicherheit besonders deutlich. Zwar nennt die Kommission in E. 2.3.2 des besprochenen Entscheids die Kriterien, die für die Erteilung einer Ausnahmebewilligung gesprochen haben, ausdrücklich und hält in E. 2.4 fest, dass die Notarin verpflichtet sei, Änderungen der relevanten Verhältnisse umgehend mitzuteilen. Allerdings bleibt unklar, ob bereits der Wegfall eines Kriteriums genügt, um die «verfassungsrechtliche Waage» auf die Seite der Wohnsitzpflicht kippen zu lassen, d. h., um die «Ausnahmebewilligung» zu widerrufen oder ob hierfür mehrere Kriterien erfüllt sein müssen.
- Zudem ist ungewiss, ob trotz des Wegfalls gewisser Kriterien ein Widerruf nicht möglich sein soll. Daher ist die präjudizielle Wirkung des

51 Vgl. RÜTSCHÉ, Staatliche Leistungsaufträge und Rechtsschutz, in: ZBJV 152 / 2016, S. 71 ff., S. 93 f.

52 Vgl. allgemein TSCHANNEN / MÜLLER / KERN (Fn. 36), Nr. 840, wonach Verwaltungsverfügungen wegen des Legalitätsprinzips nie unumstösslich sind.

53 Vgl. zum Widerruf von Verfügungen allgemein BGE 143 II 1 E. 5.1 S. 5; TSCHANNEN / MÜLLER / KERN (Fn. 36), Nr. 868 ff.

vorliegenden Entscheids wohl nur beschränkt, da nicht ohne Weiteres erkennbar ist, wann die Beurkundungsbefugnis trotz ausserkantonalem Wohnsitz bestehen bleibt. Letztlich wird die Kommission diese Frage wohl auch künftig durch einzelfallweisen Entscheid klären wollen. Demgegenüber liesse sich die Rechtssicherheit einfacher herstellen, wenn die Kommission die Wohnsitzpflicht i.S.v. Art. 5 Abs.1 lit. b BeurkG OW nicht mehr anwenden würde. Wie noch zu zeigen sein wird, wäre dies – auch vor dem Hintergrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – zulässig.⁵⁴

4. Voraussetzungen des Widerrufs der «Ausnahmebewilligung» im Einzelnen

Nachfolgend wird die soeben aufgeworfene Frage, unter welchen Umständen eine von der Kommission erteilte «Ausnahmebewilligung» widerufen werden kann, näher behandelt:

- So darf nach der hier vertretenen Meinung der Widerruf oder Entzug des Anwaltspatents bzw. die Löschung des Eintrags im Anwaltsregister oder ein Berufsausübungsverbot im Sinne des BGFA nicht zum Widerruf einer entsprechenden «Ausnahmebewilligung» führen, da das Anwaltspatent und der Registereintrag nicht zu den Voraussetzungen i.S.v. Art. 5 BeurkG OW gehören, die für die Erteilung der Beurkundungsbefugnis erforderlich sind.⁵⁵
- Ebenso wenig darf nach der hier vertretenen Meinung die Aufnahme von ausserkantonalem Homeoffice zum Widerruf der «Ausnahmebewilligung» führen. Denn: Im ausserkantonalen Homeoffice dürfen – unter Wahrung des Berufsgeheimnisses – ohnehin nur notarielle Vorbereitungsarbeiten vorgenommen werden; die eigentliche Beurkundung hat aufgrund des Territorialitätsprinzips i.S.v. Art. 3 Abs.1 BeurkG OW⁵⁶ stets im Kanton Obwalden zu erfolgen. Vor diesem Hintergrund ist aber nicht einsichtig, weshalb die «Ausnahmebewilligung» erlöschen soll, wenn lediglich die Akten ausserkantonal (z. B. im Homeoffice)

54 Vgl. hinten V.

55 Anders § 6 Abs. 2 BeurkG LU, der nur Inhaber eines kantonalen Anwaltspatents oder des luzernischen Fähigkeitszeugnisses als Gemeindeschreiber zur Eignungsprüfung zulässt.

56 Vgl. zum Territorialitätsprinzip allgemein MOOSER (Fn. 35), Nr. 477 ff.; SCHMID (Fn. 38), Nr. 231 ff.

aufbewahrt werden, sofern denn das Berufsgeheimnis eingehalten wird.⁵⁷ Ebenso wenig wird dadurch die Aufsichtstätigkeit der Kommission beeinträchtigt, da eine allenfalls erforderliche ausserkantonale Edition der Akten rechtshilfweise vollzogen werden kann. Zudem hat das Bundesgericht aufsichtsrechtliche Probleme zufolge ausserkantonalen Wohnsitzes ausdrücklich verneint.⁵⁸ Diese Problematik stellt sich im Übrigen auch bei Notaren, die zwar ihren Wohnsitz, nicht aber ihre Geschäftsräumlichkeiten und ihre Akten im Kanton Obwalden haben. Dies wird – soweit ersichtlich – von der Kommission ebenfalls geduldet, solange das Territorialitätsprinzip gewahrt bleibt. Die Tatsache, dass Obwaldner Notare, welche zwar ihren Wohnsitz, nicht aber ihre Büroräumlichkeiten in Obwalden haben, dennoch zur Beurkundung in Obwalden befugt sind, ist nach der hier vertretenen Auffassung im Grundsatz nicht zu beanstanden. Anders als etwa Art. 9 Abs. 1 lit. g NG BE, § 5 Abs. 1 lit. a BeurkG LU oder § 6 Abs. 2 lit. f BeurG AG verlangt das BeurkG OW nicht, dass die Büroräumlichkeiten des Notars im Kanton Obwalden liegen müssen. Bei der Durchführung von Beurkundungen in Obwalden durch Obwaldner Notare mit ausserkantonalen Büroräumlichkeiten sind indes Berufsgeheimnis und die Feierlichkeit des Beurkundungsaktes zu beachten.⁵⁹ Unter diesen Voraussetzungen zulässige Beurkundungsorte sind nach der hier vertretenen Auffassung etwa die Wohnung bzw. das Geschäftsdomicil der Urkundsparteien oder eigenes für die Beurkundung reservierte Lokale in Gaststätten.⁶⁰

- Der von der Kommission geforderte Bezug zum Kanton Obwalden und zum Obwaldner Recht wird sodann auch unabhängig vom Wohnsitz durch Art. 3 Abs. 2 BeurkG OW gewährleistet, wonach Rechtsgeschäfte über dingliche Rechte an einem Obwaldner Grundstück nur von Obwaldner Notaren beurkundet werden dürfen. Diese lex rei sitiae lässt das Bundesgericht daher zu, weil das kantonale öffentliche Recht (z. B. Bau- und Steuerrecht) und das ortsgebundene Privatrecht auf Grundstücksgeschäfte einen besonderen Einfluss hätten. Die Pflicht zur Aufklärung und Beratung der Parteien könnte ein lokaler Notar

57 Vgl. zum Berufsgeheimnis als Voraussetzung für Notariatsbüros allgemein Ruf (Fn. 35) Nr. 411.

58 Urteil des BGer 2C_335 / 2013 vom 11. Mai 2015 E. 3.6.2 (betr. anwaltsrechtliche Aufsicht).

59 Vgl. zu diesen Voraussetzungen allgemein BRÜCKNER (Fn. 36), Nr. 3496.

60 Vgl. für die reservierten Lokale in Gaststätten ausdrücklich etwa Art. 52 Abs. 1 NG FR.

besser wahrnehmen als ein ausserkantonaler.⁶¹ Diese Vertrautheit mit den lokalen Begebenheiten und dem kantonalen Recht resultiert nach der hier vertretenen Meinung allerdings nicht aus dem Wohnsitz des Notars am Ort der gelegenen Sache, sondern vielmehr daraus, dass er an diesem Ort Beurkundungen vornimmt, diese zumeist auch bei den Behörden anmeldet und daher zwangsläufig mit der örtlichen Grundbuch- und Handelsregisterpraxis in Kontakt kommt. Sofern auch die Büroräumlichkeiten des Notars ausserhalb des Kantons Obwalden liegen, ist nach der hier vertretenen Auffassung erforderlich, dass sie sich noch im Einzugsgebiet des Kantons befinden (z. B. Nidwalden oder Luzern), soll die Obwaldner Beurkundungsbefugnis erhalten bleiben. So kann sichergestellt werden, dass der Notar mit einiger Regelmässigkeit Rechtsgeschäfte über Obwaldner Grundstücke beurkundet und so mit der Obwaldner Grundbuch- und Handelsregisterpraxis vertraut ist.⁶² Zu betonen bleibt, dass diese Umstände nach dem Bundesgericht nur bei Grundstücksgeschäften eine Rolle spielen dürfen, da ansonsten, d. h. im Ehe-, Erb- und Gesellschaftsrecht sowie bei Beglaubigungen, der Grundsatz der interkantonalen Freizügigkeit öffentlicher Urkunden gilt.⁶³ In diesen Fällen muss es somit erst recht zulässig sein, dass ein Notar, zwar mit Obwaldner Beurkundungsbefugnis, aber mit ausserkantonalem Wohnsitz, (auch) mit ausserkantonalen Parteien in Obwalden öffentliche Beurkundungen vornimmt.

- Bei der Errichtung sämtlicher öffentlicher Urkunden hat der Notar so- dann die Vorschriften des BeurkG OW bezüglich Ausgestaltung der Urkunden, des Beurkundungsverfahrens etc. zu beachten. Dasselbe gilt für die Erstellung der Gebührenrechnung, die mit einem von der Kommission genehmigten Formular zu erfolgen hat.⁶⁴ Da diese Vorschriften weder vom Grundbuchamt noch vom Handelsregister geprüft werden dürfen, genügt die schlichte Tätigkeit eines Notars in Obwalden zum Erwerb dieser Kenntnisse nicht. Vielmehr werden diese Kenntnisse einerseits durch das Bestehen der Obwaldner Eignungsprüfung, andererseits durch den Besuch von Weiterbildungen über das Obwaldner

61 BGE 113 II 501 E.3a und 3b S. 504 und 506; kritisch zur *lex rei sitae* SCHMID (Fn. 38), Nr. 262 ff.

62 Zu beachten bleibt auch in diesem Fall das Territorialitätsprinzip, sodass der eigentliche Beurkundungsakt stets im Kanton Obwalden stattzufinden hat (vgl. dazu vorne IV./4. zweites Lemma zum Homeoffice).

63 BGE 113 II 501 E.3a und 3b S. 504 f.; MOOSER (Fn. 35), Nr. 486; RUF (Fn. 35), Nr. 548.

64 Vgl. Art. 8 Abs. 3 der Verordnung über die Beurkundungsgebühren (GDB 210.32).

Recht erworben, die namentlich durch den Notarenverband organisiert werden. Daher erlischt die Obwaldner Beurkundungsbefugnis bei ausserkantonalem Wohnsitz nach der hier vertretenen Meinung erst dann, wenn zu Tage tritt, dass der betroffene Notar nurmehr ungenügende Kenntnisse über das für öffentliche Beurkundungen relevante Obwaldner Recht hat, was etwa bei Eintritt eines Vermögensschadens bei einer Urkundspartei zufolge der Beurkundung der Fall sein kann.

5. Verfassungsmässigkeit der Wohnsitzpflicht der Notare

A. Mit Blick auf die Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV)

Abschliessend erfolgen einige Gedanken zur Verfassungsmässigkeit der Wohnsitzpflicht. Wie das Bundesgericht im Bündner Fall ausführte, können, unabhängig davon, ob die Wohnsitzpflicht für bestimmte Personen-kategorien grundsätzlich gerechtfertigt sei, überwiegende (objektive oder subjektive) Gründe nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip eine Ausnahme erfordern.⁶⁵ Diese Rechtsprechung des Bundesgerichts ist nach der hier vertretenen Meinung in mehrfacher Hinsicht zu kritisieren:

a. Hoheitlichkeit als öffentliches Interesse?

Zum einen lässt das Bundesgericht offen, ob die Wohnsitzpflicht für Notare generell zulässig ist, obwohl es diese Frage im genannten Entscheid hätte klären können. Zum anderen legt es dem Entscheid ein verkehrtes Verhältnis von Grundsatz und Ausnahme zu Grunde, scheint es doch die Wohnsitzpflicht als Grundsatz zu betrachten, der ausnahmsweise durch die Niederlassungsfreiheit durchbrochen werden könne. Richtigerweise muss das Freiheitsrecht der Niederlassungsfreiheit den Grundsatz bilden, welches ausnahmsweise durch die Wohnsitzpflicht eingeschränkt werden kann. Dafür müssen im Rahmen der Verhältnismässigkeit überwiegende öffentliche Interessen bestehen. Welche Interessen dies sein sollen, lässt sich dem zitierten Entscheid des Bundesgerichts nicht entnehmen. Insbesondere lässt sich – entgegen der Kommission – die Wohnsitzpflicht der Notare auch nicht mit dem hoheitlichen Charakter ihrer Tätigkeit rechtfertigen. Vor allem ist die Tätigkeit eines Notars nicht vergleichbar mit derjenigen eines Gerichts- oder Regierungsratsmitglieds, bei der die Wohnsitzpflicht als zulässig erachtet wird: Einerseits repräsentiert ein Notar den Kanton und dessen Staatsgewalt nicht im selben Ausmass wie etwa ein

65 Urteil des BGer 2C_335 / 2013 vom 11. Mai 2015 E. 3.6.1.

Regierungsrat, was schon am zahlenmässigen Verhältnis von Regierungsräten und Notaren in einem Kanton ersichtlich wird. Zumindest wird eine solche Repräsentation von der breiten Bevölkerung wohl kaum wahrgenommen, besonders wenn ein Notar zugleich noch als Rechtsanwalt tätig ist und insoweit privatwirtschaftlich agiert. Andererseits ist die Tätigkeit der Notare nach dem Gesagten zwar ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit.⁶⁶ Doch werden öffentliche Urkunden – anders als Gerichtsentscheide – nicht materiell rechtskräftig hinsichtlich der darin begründeten Forderung,⁶⁷ da eine gerichtliche Beurteilung der geschuldeten Leistung stets vorbehalten bleibt. Dies ist in Art. 352 ZPO sogar für die vollstreckbaren öffentlichen Urkunden verankert,⁶⁸ bei der sich die Hoheitlichkeit der notariellen Tätigkeit nach dem Gesagten besonders manifestiert.⁶⁹

b. Schnelle Erreichbarkeit des Notars als öffentliches Interesse?

Hinsichtlich des Arguments der Notarin, dass sie von Horw aus schneller im Büro in Sarnen sei als bei Wohnsitz in Engelberg OW,⁷⁰ mit dem sich die Kommission nicht auseinandersetzte, ist zu bemerken, was folgt: Notare sind nicht verpflichtet, am Hauptort des Kantons bzw. in ihren Büroräumlichkeiten zu beurkunden, solange sie sich bei der Beurkundung im Kanton ihrer Beurkundungsbefugnis befinden. Insoweit sind Notare, die bereits im Kanton (z. B. in Engelberg) wohnen, u. U. tatsächlich schneller für eine Beurkundung erreichbar. Einzig in seltenen Fällen, etwa bei der Beurkundung des Testaments eines todkranken Testators, könnte es auf eine minutenschnelle Beurkundung ankommen. Hier ist ein Notar zwar gehalten, anderweitige Geschäfte zu verschieben, doch kann eine minutenschnelle Erreichbarkeit mangels gesetzlicher Grundlage nicht verlangt werden, genügt es doch, dass der Notar zu den üblichen Geschäftszeiten in seinem Büro erreichbar ist.⁷¹ Zudem ist in diesem Fall kraft Bundesrechts keine Mitwirkung eines Notars erforderlich, da Art. 506 ZGB die Möglichkeit des mündlichen Nottestaments unter Mitwirkung zweier Zeugen vorsieht. Sollten die Kantone jedoch – etwa wegen der erhöhten Beweiskraft eines öffentlichen Testaments (Art. 9 ZGB) – die schnelle

66 Vgl. vorne IV./1.

67 Botschaft zur ZPO (Fn. 43), S. 7387; ROHNER/MÖHLER, DIKE-Kommentar, N 21 zu Art. 351 ZPO.

68 Botschaft zur ZPO (Fn. 43), S. 7390 f. ROHNER/MÖHLER, DIKE-Kommentar, N 1 f. zu Art. 352 ZPO.

69 Vgl. vorne IV./1.A.

70 Entscheid NoKo OW Sachverhalt Ziff. 2; vgl. die analoge Argumentation in Urteil des BGer 2C_335/2013 vom 11. Mai 2015 E. 3.6.3.

71 Vgl. LGVE 1994 I Nr. 11 E. 4; CARLEN (Fn. 34), S. 63; SIDLER (Fn. 34), S. 58.

Erreichbarkeit der Notare sicherstellen wollen, steht es ihnen frei, einen «Pikett-Notarendienst» einzurichten, wie er etwa im Kanton Zürich über die Weihnachtsfeiertage praktiziert wird.⁷²

Die Pflicht, zu den üblichen Geschäftszeiten im Büro erreichbar zu sein, besteht nach der hier vertretenen Meinung indes nur im Rahmen des Arbeitspensums des Notars, zumal das BeurkG OW kein Mindestpensum für Notare kennt. Ist es für das Publikum, z. B. aus einer E-Mail-Signatur, erkennbar, dass ein Notar nicht Vollzeit arbeitet, braucht er in der übrigen Tätigkeit auch nicht erreichbar zu sein. Dies scheint auch die Kommission anzuerkennen, da sie das 40%-Pensum der Notarin im besprochenen Entscheid unkommentiert lässt.⁷³ Demgegenüber kennt z. B. das Luzerner Recht in § 5 Abs. 1 lit. a BeurkG LU als Voraussetzung für die Erteilung der Beurkungsbefugnis eine ständige Tätigkeit in einem Anwaltsbüro. Damit ist nach der Praxis der Luzerner Aufsichtsbehörde eine Tätigkeit von über 50% gemeint.⁷⁴ Bei Lichte besehen eignet sich dieses Kriterium indes nicht für die Qualitätssicherung der notariellen Tätigkeit, da damit zwar sichergestellt werden soll, dass jemand zu diesem Pensum in einem Anwaltsbüro tätig ist, ohne dass aber feststeht, in welchem Umfang jemand notarielle Dienstleistungen erbringt.

B. Mit Blick auf die Achtung des Familienlebens (Art. 13 Abs. 1 BV)

Nicht Gegenstand des besprochenen Entscheids – da von der Notarin auch nicht gerügt –, war die Frage, ob die Wohnsitzpflicht für Notare in casu auch einen Verstoss gegen das Recht auf Achtung des Familienlebens i. S. v. Art. 13 Abs. 1 BV darstellt. Dieser grundrechtliche Anspruch garantiert u. a. das Zusammenleben von Eltern und ihren minderjährigen Kindern.⁷⁵ So lässt sich dem Entscheid entnehmen, dass der Lebenspartner der Notarin sowie Vater ihres Kindes als notfalldienstleistender Arzt ebenfalls einer Wohnsitzpflicht untersteht. Hätte die Notarin bei anwendbarer Wohnsitzpflicht weiterhin als Obwaldner Notarin tätig sein wollen, wäre sie daher gezwungen gewesen, getrennt von ihrer Familie im

72 Vgl. Beschluss der Verwaltungskommission des OGer ZH vom 20. Juni 2022, wonach die Notariate vom 23. Dezember 2022 bis 2. Januar 2023 geschlossen sind, aber ein Pikettdienst eingerichtet wird.

73 Vgl. Entscheid NoKo OW E. 2.3.2.

74 LGVE 1994 I Nr. 11 E. 4; SIDLER (Fn. 34), S. 58.

75 Vgl. BGE 147 V 312 E. 6.4.1f. S. 320ff.; BGE 135 I 143 E. 1.3.1f. S. 145f.; BGE 129 II 11 E. 2 S. 14; BREITENMOSER, SG-Kommentar, N 29 ff. zu Art. 13 BV; HÄFELIN / HALLER / KELLER / THURNHERR (Fn. 49), Nr. 382 ff.

Kanton Obwalden zu leben.⁷⁶ Nach der hier vertretenen Meinung wäre ein solcher Eingriff bereits aufgrund des fehlenden öffentlichen Interesses verfassungswidrig, da die notarielle Tätigkeit nach dem Gesagten zwar hoheitlich, aber nicht vergleichbar mit gerichtlichen oder hohen politischen Ämtern ist, bei welchen eine Wohnsitzpflicht noch zu Recht besteht.⁷⁷ Daher wäre die Anwendung der Wohnsitzpflicht in casu auch vor dem Hintergrund von Art. 13 Abs. 1 BV verfassungswidrig gewesen.

V. Fazit

Aus dem hiervor Ausgeführten folgt, dass die Wohnsitzpflicht für Notare vor dem Hintergrund der Niederlassungsfreiheit i. S. v. Art. 24 BV verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen ist. Auch lässt sich dem besprochenen Entscheid der Kommission nicht entnehmen, wann sie die Wohnsitzpflicht höher gewichten würde als die Niederlassungsfreiheit und der Erlass einer «Ausnahmebewilligung» nicht in Betracht käme. Nach dem Gesagten hat das Bundesgericht im Bündner Fall die Wohnsitzpflicht nicht per se als verfassungswidrig taxiert, dies aber auch nicht ausgeschlossen.⁷⁸ Daher wäre es wünschenswert und auch zulässig gewesen, wenn die Kommission die Wohnsitzpflicht als verfassungswidrig qualifiziert hätte, sie nicht mehr anwenden würde und stattdessen Wohnsitz in der Schweiz genügen liesse. Ein derartiges Vorgehen wäre der Kommission als rechtsanwendende Behörde im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle offengestanden, zumal das kantonale Staatsrecht Obwaldens diesbezüglich keine Einschränkungen kennt.⁷⁹

76 Vgl. Entscheid NoKo OW Sachverhalt Ziff. 2.

77 Vgl. vorne III./3.B.

78 Vgl. Urteil des BGer 2C_335 / 2013 vom 11. Mai 2015 E.3.6.1.

79 Vgl. zur Befugnis von Verwaltungsbehörden zur konkreten Normenkontrolle allgemein TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021, Nrn. 503 und 507; HÄFELIN / HALLER / KELLER / THURNHERR (Fn. 49), Nr. 2085. Für den Regierungsrat als rechtsanwendende Behörde siehe BGE 108 Ia 41 E. 2c S.46; BGE 92 I 480 E.2b S.481 ff.; AGVE 2001 S. 563 ff. E.1 S.564.