

Gewerberecht

AARGAU

Anerkennung eines ausserkantonalen Fähigkeitszeugnisses als Notar; Art. 8 BV, Art. 2, 3, 4 BGBM, Art. 1 BGMD, § 8, 10, 11 BeurG/AG. *Hoheitlicher Charakter der notariellen Tätigkeit (Frage offengelassen); Anerkennungsverfahren bei Urkundspersonen im Lichte des Freizügigkeitsabkommens, Abklärung der Gleichwertigkeit im Einzelfall (E. 3.4). Zulässigkeit einer kantonalen Regelung, die eine gleichwertige Notariatsprüfung im Herkunftskanton voraussetzt; Pflicht zur Berücksichtigung der Berufspraxis (E. 5.2). Beurteilung der Gleichwertigkeit der zugerischen Beurkundungsprüfung mit der aargauischen Notariatsprüfung (E. 5.3). Gleichwertigkeit verneint; Anspruch auf Erleichterungen bei der Notariatsprüfung im Kanton Aargau aufgrund der Praxiserfahrung der Kandidatin (E. 5.3.4). Gleichwertigkeit der praktischen Ausbildung (E. 6).*

(Verwaltungsgericht des Kantons Aargau, 3. Kammer, 21. August 2018, WBE.2018.36; rechtskräftig.)

A. ersuchte um Anerkennung ihres zugerischen Fähigkeitsausweises als Notarin im Kanton Aargau. Die Notariatskommission des Kantons Aargau verweigerte die Anerkennung. Sie entschied, dass A. keine Erleichterungen betreffend die Notariatsprüfung gewährt würden. Gleichzeitig wurde ihr das mindestens sechsmo-natige Praktikum bei einer Urkundsperson erlassen, nicht aber das mindestens dreimonatige Praktikum beim Grundbuchamt.

Gegen diesen Entscheid erhebt A. Beschwerde beim *Verwaltungsgericht* des Kantons Aargau. Dieses *heisst* die Beschwerde teilweise *gut*, hebt den angefochtenen Entscheid auf und weist die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück. Aus den *Erwägungen*:

3.1 Nach bisheriger bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre weist die den Notarinnen und Notaren verliehene Beurkundungsbefugnis den Charakter einer (übertragenen) hoheitlichen Funktion auf und fällt als solche weder unter den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) noch in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (BGBM; SR 943.02). Bezüglich der Zulassung der Notare zur Berufsausübung sind die Kantone weitgehend frei, ohne Einschränkung durch das Bundesrecht (BGE 133 I 259 E. 2.2; 131 II 639 E. 6.1 und 7.3; BGer 2C_131/2017 vom 1. Juni 2017 E. 5.1, 2C_763/2013 vom 28. März 2014 E. 4.3.1 und 2C_694/2011 vom 19. Dezember 2011 E. 4.1). Mit Blick darauf sind die Kantone auch nicht verpflichtet, Fähigkeitsausweise eines anderen Kantons zu anerkennen (BGer 2P.110/2002, 2P.264/2002 vom 6. August 2003 E. 4.2.4).

Die Beschwerdeführerin wirft die Frage auf, ob diese Praxis mit Rücksicht auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH), für den die notarielle Tätigkeit der öffentlichen Beurkundung keine Ausübung öffentlicher Gewalt und hoheitlicher Befugnisse beinhaltet (Urteile des EuGH C-54/08, C-50/08, C-47/08, C-51/08, C-53/08, C-61/08 vom 24. Mai 2011; bestätigt mit Urteil C-342/15 vom 9. März 2017 Rn. 54), noch aufrechterhalten werden kann, oder eine Praxisänderung angezeigt ist.

3.2 Die zitierte Rechtsprechung des EuGH veranlasste die nach Art. 8 BGBM für die Überwachung dieses Gesetzes zuständige Wettbewerbskommission (WEKO) zu den folgenden Überlegungen und Empfehlungen vom 23. September 2013 zuhanden der Kantone und des Bundesrats:

[Ausführungen zu den Empfehlungen der WEKO vom 23. September 2013, publ. in: *Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW)* 2013 S. 399 ff., wonach die Anerkennung eines ausserkantonalen Fähigkeitsausweises verweigert werden kann (nicht aber muss), wenn die Ausbildungserfordernisse im Herkunftskanton bedeutend tiefer sind als im eigenen Kanton. Bei gleichwertigen Ausbildungserfordernissen könne – müsse aber nicht – ein Eignungstest über kantonales Recht und lokale Gegebenheiten durchgeführt werden, sofern sich diese von Recht und Gegebenheiten des Herkunftskantons bedeutend unterscheiden.]

[3.3 Ausführungen zur teilweise kritischen Würdigung in der Lehre, vor allem *Pfäffli/Liechti*, Bemerkungen zu den rechtlichen Einschätzungen der eidgenössischen Wettbewerbskommission [WEKO] zur Freizügigkeit der Notare, in: *Jusletter* 16. Dezember 2013, wonach keine vertragliche Verpflichtung der Schweiz bestehe, die sechs nach Unterzeichnung des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (FZA; SR 0.142.112.681) ergangenen EuGH-Urteile vom 24. Mai 2011 zu berücksichtigen. Es gelte zu klären, ob die Interessen an der Beibehaltung der bisherigen Rechtspraxis ausreichend gewichtig seien, um das Interesse an einer möglichst parallelen Rechts- und Begriffsentwicklung mit der EU ausser Acht zu lassen. Das Bundesgesetz über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen vom 14. Dezember 2012 (BGMD; SR 935.01) sei nur auf jene EU-Staatsangehörigen anwendbar, die einen Beruf ausübten, der vom FZA abgedeckt sei. Mit der Aufnahme der Notare in die Verordnung über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen vom 26. Juni 2013 (VMD; SR 935.011) habe der Verordnungsgeber seine Kompetenzen überschritten. Auch im innereuropäischen Verhältnis bestehe keine Freizügigkeit des Notariats.]

3.4 Gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA ist für dessen Anwendung die einschlägige Rechtsprechung des EuGH vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung (21. Juni 1999) massgebend. Trotzdem können, ohne entsprechende Verpflichtung dazu, zum Zwecke der Auslegung des FZA auch seither ergangene Urteile des EuGH herangezogen werden. Ziel ist, dass in den Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der EU, auf die Bezug genommen wird, Anwendung finden. Das bedeutet, dass für die vom Abkommen erfassten Bereiche insoweit eine parallele Rechtslage verwirklicht werden soll. Da der EuGH nicht berufen ist, für die Schweiz über die Auslegung des Abkommens verbindlich zu bestimmen, ist es dem Bundesgericht nicht verwehrt, aus triftigen Gründen zu einer anderen Rechtsauffassung als dieser zu gelangen. Es wird das aber mit Blick auf die angestrebte parallele Rechtslage nicht leichtthin tun (BGE 140 II 112 E. 3.2; 139 II 393 E. 4.1.1; 136 II 65 E. 3.1; BGer 2C_269/2009 vom 5. Januar 2010 E. 3.1 und 2C_196/2009 vom 29. September 2009 E. 3.4).

Die in Anhang I Art. 10 FZA (Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung), Anhang I Art. 16 FZA (Ausübung hoheitlicher Befugnisse) und Anhang I Art. 22 Abs. 1 FZA (Tätigkeiten mit gelegentlicher Ausübung hoheitlicher Befugnisse) erwähnten Bereichsausnahmen sind denjenigen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit sowie zur Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit gemäss AEUV nachgebildet. Insofern drängt es sich grundsätzlich auf, die Rechtsprechung des EuGH, wonach die Beurkundungstätigkeit von Notaren nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sei und daher nicht unter die erwähnten Bereichsausnahmen falle, zu übernehmen, zumal diese Rechtsprechung in den Urteilen vom 24. Mai 2011 sorgfältig und stichhaltig begründet wurde. Es ist auch nicht ersichtlich, dass sich die Rechtslage in den betroffenen Ländern (allen voran Deutschland) mit Bezug auf die Ausgestaltung der notariellen Tätigkeit wesentlich von derjenigen in der Schweiz unterscheiden würde. Jedenfalls trifft auch auf die hiesige öffentliche Urkunde zu, dass sich die Parteien ihr freiwillig unterwerfen und innerhalb der gesetzlich vorgegebenen Grenzen selbst über den Umfang ihrer Rechte und Pflichten bestimmen können (Urteil des EuGH C-54/08 vom 24. Mai 2011 Rn. 91). Ferner gilt auch in Deutschland (Urteil des EuGH C-54/08 vom 24. Mai 2011 Rn. 94 ff.), dass die öffentliche Beurkundung zwingende Voraussetzung für die Wirksamkeit bestimmter Rechtsgeschäfte ist, die Notare vor Ausstellung der öffentlichen Urkunde prüfen müssen, ob alle gesetzlichen Voraussetzungen für das Zustandekommen eines Vertrags erfüllt sind, die Notare im öffentlichen Interesse (Allgemeininteresse) liegende Ziele verfolgen, indem sie die Rechtmässigkeit und Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen gewährleisten, eine öffentliche Urkunde erhöhte Beweiskraft genießt, für Notare zwar Honorarvorschriften bestehen, sie ihren Beruf innerhalb der Grenzen ihrer jeweiligen örtlichen Zuständigkeit aber dennoch unter Wettbewerbsbedingungen ausführen, was für die Ausübung öffentlicher Gewalt untypisch ist, und allein die Notare (unter Ausschluss der Staatshaftung) für die Handlungen im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit haften. Der EuGH gelangte unter diesen Umständen zum Schluss, dass die

notariellen Tätigkeiten nach ihrer gegenwärtigen Definition in der deutschen Rechtsordnung nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden seien (Urteil des EuGH C-54/08 vom 24. Mai 2011 Rn. 117).

Die von der Lehre gegen eine Übernahme der Rechtsprechung des EuGH angeführten «triftigen» Gründe überzeugen nur beschränkt. Der Beschwerdeführerin ist darin beizupflichten, dass sich mit dem Argument, die Qualifikation der notariellen Tätigkeit als Ausübung einer hoheitlichen Funktion entspreche einer althergebrachten Rechtsauffassung, jegliche Rechtsfortbildung verhindern liesse. Man muss sich vielmehr – wie es der EuGH getan hat – den Charakter einer Tätigkeit anschauen, um zu entscheiden, ob sie hoheitliche Elemente beinhaltet, und zwar frei von jeder Voreingenommenheit gegenüber den «Ideen fremder Richter». Dass die notarielle Tätigkeit im Kanton Aargau relativ stark reglementiert ist (vgl. §§ 21 ff. des Beurkundungs- und Beglaubigungsgesetzes vom 30. August 2011 [BeurG; SAR 295.200]), macht sie noch nicht zu einer hoheitlichen Aufgabe. Auch nicht hoheitliche Tätigkeiten können mehr oder weniger stark reglementiert sein. Anders als ein Richter und andere staatliche Behörden sind freiberufliche Notare nicht mit Zwangsbefugnissen (gegenüber den Rechtsunterworfenen) ausgestattet. Sie treffen keine einseitigen Entscheidungen ohne Mitwirkung der Parteien. Sie erbringen in erster Linie Dienstleistungen für ihre Kunden, auch wenn sie sich im Allgemeininteresse betätigen und der Umstand, dass diese Dienstleistungen Anbietern mit einer entsprechenden Ausbildung und Berufsausübungsbewilligung vorbehalten sind, zweifelsohne zur Verkehrssicherheit und dem Schutz der Parteien vor ungenauen, unklaren und ihrem Willen zuwiderlaufenden Verträgen beiträgt. Diesen Bedürfnissen kann allerdings schon mit entsprechenden Ausbildungsanforderungen und – wie die Beschwerdeführerin zu Recht festhält – mit einer wirkungsvollen Aufsicht mit Disziplinarbefugnis sowie mit der Pflicht zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung Rechnung getragen werden. Daraus ergibt sich keine Notwendigkeit, die notarielle Tätigkeit als hoheitlich zu qualifizieren. Der «revolutionäre Paradigmenwechsel» würde sich deshalb – von der an und für sich erwünschten Erleichterung beim Marktzugang für ortsfremde Notare abgesehen – wohl vor allem auf die Gebühren- und Honorarfestlegung auswirken. Ob das als «triftiger» Grund genügt, um die Notare von den Grundfreiheiten des (europäischen) Binnenmarktes auszuschliessen, ist zumindest fraglich.

Eine Anerkennung ausländischer Fähigkeitsausweise gestützt auf Art. 9 und Anhang III FZA, worin die sekundärrechtlichen Anerkennungsregeln der EU gemäss Richtlinie 2005/36/EG (Berufsqualifikationsrichtlinie) im Verhältnis Schweiz-EU als direkt anwendbar erklärt werden, kommt aber für notarielle Tätigkeiten vorläufig nicht mehr in Betracht. Mit der Richtlinie 2013/55/EU vom 20. November 2013 wurde nämlich Art. 2 der Richtlinie 2005/36/EG um einen vierten Absatz ergänzt, wonach diese Richtlinie nicht für durch einen Hoheitsakt bestellte Notare gilt. Grund für diese Novelle war, dass die durch staatlichen Hoheitsakt bestellten Notare im Hinblick auf die besonderen und unterschiedlichen Regelungen,

denen sie in den einzelnen Mitgliedstaaten in Bezug auf den Zugang zum Notarberuf und seine Ausübung unterliegen, vom Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/36/EG ausgenommen werden sollten (Richtlinie 2013/55/EU, Ingress, E. 3). Ist eine Berufsqualifikation nicht vom Geltungsbereich der Berufsqualifikationsrichtlinie erfasst, stellt sich die Frage, ob eine Anerkennung von Fähigkeitsausweisen auf der Grundlage des allgemeinen Diskriminierungsverbots gemäss Art. 2 FZA und dessen spezielle Ausprägung in Anhang I FZA möglich ist. Die WEKO plädiert hier dafür, die Praxis des EuGH zur primärrechtlichen Anerkennung heranzuziehen (vgl. RPW 2013 S. 408). Danach haben die EU-Mitgliedstaaten zwecks Verwirklichung der Personenfreizügigkeit sämtliche Diplome, Prüfungszeugnisse oder sonstige Befähigungsnachweise sowie die einschlägige Erfahrung des Betroffenen in der Weise zu berücksichtigen, dass sie die durch diese Nachweise und diese Erfahrung belegten Fachkenntnisse mit den nach nationalem Recht vorgeschriebenen Kenntnissen und Fähigkeiten vergleichen (Urteile des EuGH C-345/08 vom 10. Dezember 2009 Rn. 37, C-238/98 vom 14. September 2000 Rn. 23 und 40, und C-340/89 vom 7. Mai 1991 Rn. 16 ff.). Für diesen Vergleich wird allerdings kein standardisiertes Anerkennungsverfahren wie in den Titeln II und III der Berufsqualifikationsrichtlinie vorgeschrieben. Es genügt eine Einzelfallprüfung der Gleichwertigkeit im Lichte der Grundfreiheiten.

In Anbetracht dessen geht Anhang 1 Ziff. 11 VMD, der den Beruf des Notars der Meldepflicht und Nachprüfung gemäss BGMD unterstellt, weiter als das standardisierte Anerkennungsregime zwischen den EU-Mitgliedsstaaten, welches nicht für Notare gilt, und damit auch weiter, als es die in Art. 9 und Anhang III FZA stipulierte Umsetzung der Berufsqualifikationsrichtlinie mit dem BGMD erfordert. Weil der Geltungsbereich des BGMD gemäss dessen Art. 1 Abs. 2 lit. c auf Personen beschränkt ist, die sich nach Anhang III FZA oder nach Anhang I des Übereinkommens vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) auf die Richtlinie 2005/36/EG berufen können, was bei Notaren nicht (mehr) der Fall ist, wird die Gesetzeskonformität von Anhang 1 Ziff. 11, was diesen Beruf anbelangt, in der Lehre zu Recht angezweifelt (*Pfäffli/Liechti*, S. 7 f.). Es wird obendrein diskutiert, ob mit der betreffenden Verordnungsbestimmung in unzulässiger Art und Weise in die verfassungsmässige Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen eingegriffen wurde (*Pfäffli/Liechti*, Der Notar und das Freizügigkeitsabkommen: Entwicklungen, in: Jusletter 20. April 2015). Auch wenn die Forderung, die Berufsgattung der Notare aus der VMD zu streichen, vom Verordnungsgeber nicht aufgenommen werden sollte, ist insofern zweifelhaft, ob sich ein ausländischer Notar im Einzelfall erfolgreich auf diese Bestimmung berufen und mit Blick auf die Anerkennung seines Fähigkeitsausweises ein Meldeverfahren gemäss BGMD einleiten und eine allfällige Nachprüfung verlangen kann. Einer Verordnung, die den Rahmen der dem Bundesrat delegierten Kompetenzen sprengt oder sich aus anderen Gründen als gesetz- oder verfassungswidrig erweist, ist in einem konkreten Fall die Anwendung zu versagen (*Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl.

2016, Rz. 2099). Damit ist auch offen, ob bei der Anerkennung von Fähigkeitsausweisen für die Tätigkeit als Notar das Szenario einer Inländerdiskriminierung droht, die es dadurch zu vermeiden gilt, dass man den Anwendungsbereich des BGBM gestützt auf dessen Art. 4 Abs. 3^{bis} entgegen herkömmlicher schweizerischer Rechtsauffassung auf ausserkantonale Berufsausübungsbewilligungen als Notar ausdehnt und diese mit etwaigen nach Art. 3 BGBM zulässigen Auflagen zur Beschränkung des Marktzugangs schweizweit anerkennt. Eine Gleichwertigkeitsprüfung, in deren Rahmen ausserkantonale Befähigungsnachweise und einschlägige Berufserfahrungen zu berücksichtigen sind, darf auch mit Rücksicht auf die Bestrebungen zur Angleichung an den europäischen Binnenmarkt nach wie vor stattfinden. Solange das kantonale Beurkundungsrecht im Verfahren auf Anerkennung ausserkantonomer Fähigkeitsausweise als Notarin oder Notar eine Gleichwertigkeitsprüfung im erwähnten Sinne gewährleistet, fällt demnach ein Verstoß gegen das BGBM, soweit dieses überhaupt anwendbar ist, von vornherein ausser Betracht.

[3.5 Erwägungen zur Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), vgl. vorne E. 3.1]

4.1 Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots (Art. 8 Abs. 1 BV) und des Willkürverbots (Art. 9 BV) erblickt die Beschwerdeführerin darin, dass sie durch die Nichtanerkennung ihres zugerischen Fähigkeitsausweises als Notarin de facto einer Studienabgängerin ohne Anwaltspatent und ohne jegliche berufliche Erfahrung gleichgestellt werde. Mit dem Bestehen der zugerischen Anwalts- und Notariatsprüfung – der höchsten in der Schweiz für Juristen vorgesehenen Fachprüfung – habe sie den Nachweis erbracht, mit den für das Beurkundungs- und Notariatswesen wesentlichen gesetzlichen Grundlagen vertraut zu sein. Sie verfüge über mehrjährige praktische und berufliche Erfahrung als Notarin. Sie arbeite seit bald sechs Jahren auf einem kommunalen Notariat und in sämtlichen Rechtsgebieten. Davor habe sie unter anderem im Kanton Aargau Praktika absolviert. Zudem sei sie im Kanton Aargau aufgewachsen und daher mit den lokalen Besonderheiten bestens vertraut.

4.2 [Allgemeine Erwägungen zum Gebot der Rechtsgleichheit; vgl. BGE 143 I 361 E. 5.1; 141 I 153 E. 5.1; 140 I 77 E. 5.1; 134 I 23 E. 9.1]

Die Beschwerdeführerin verlangt nicht eine Gleichstellung mit Inhabern von Fähigkeitsausweisen anderer Kantone als Zug, sondern eine (sachgerechte) Privilegierung gegenüber Studienabgängern, die im Unterschied zu ihr keine berufliche/praktische Erfahrung als Notarin oder Notar aufweisen und keine Notariatsprüfung abgelegt haben. Eine gewisse Privilegierung erfährt die Beschwerdeführerin im Vergleich mit Studienabgängern, indem ihr die Vorinstanz in Anwendung von § 11 Abs. 3 BeurG und § 9 Abs. 4 lit. a der Beurkundungs- und Beglaubigungsverordnung vom 4. Juli 2012 (BeurV; SAR 295.211) das in § 11 Abs. 1 und 2 BeurG sowie § 9 Abs. 2 BeurV vorgeschriebene Praktikum bei einer Ur-

kundsperson von mindestens sechsmonatiger Dauer erlässt. Diese Privilegierung geht der Beschwerdeführerin indessen zu wenig weit. In ihren Augen ist der Rechtsgleichheit nur mit einer Anerkennung ihres zugerischen Fähigkeitsausweises als Notarin oder eventualiter mit dem Verzicht auf ein weiteres Praktikum bei einem Grundbuchamt und Erleichterungen bei der Notariatsprüfung Genüge getan.

5.1 [Voraussetzungen nach § 8 Abs. 2 BeurG zur Anerkennung ausserkantonaler Fähigkeitsausweise].

Mit dem Erlass dieser Bestimmungen sollte der interkantonalen Freizügigkeit von Urkundspersonen zum Durchbruch verholfen werden. Vorher liess der Kanton Aargau – wie viele andere Kantone – nur Notarinnen und Notare zur Berufsausübung zu, welche die Prüfung im eigenen Kanton abgelegt hatten (Botschaft Nr. 10.92 des Regierungsrats des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom 17. März 2010 zum Beurkundungs- und Beglaubigungsgesetz, Totalrevision [nachfolgend: Botschaft BeurG], S. 30). Die Verwirklichung der angestrebten interkantonalen Freizügigkeit bedingt, dass keine übertriebenen Anforderungen an den Nachweis der Gleichwertigkeit des ausserkantonalen Fähigkeitsausweises gestellt werden. Das betrifft auch die Notariatsprüfung als Teil der in § 8 Abs. 1 BeurV umschriebenen Anerkennungsvoraussetzungen.

Die (inhaltlichen) Probleme, denen eine Urkundsperson gewachsen sein muss, werden weitgehend durch Bundesrecht vorgegeben. Die kantonalen Eigenheiten beziehen sich insbesondere auf Verfahrensfragen sowie das Abgaberecht. Es ist daher vertretbar, ausserkantonale Fähigkeitsausweise als Notarin oder Notar anzuerkennen, sofern der Ausbildungsstandard dem aargauischen entspricht (Botschaft BeurG, S. 30).

5.2 Das Rechtsgleichheitsgebot steht einer gesetzlichen Regelung, wonach für die Anerkennung eines ausserkantonalen Fähigkeitsausweises als Notarin oder Notar eine gleichwertige Notariatsprüfung im Herkunftskanton vorausgesetzt wird, nicht grundsätzlich entgegen. Für diese Regelung gibt es durchaus sachliche und vernünftige Gründe. Sind die Anforderungen der Notariatsprüfung im Herkunftskanton wesentlich geringer, hätte die voraussetzungslose Anerkennung des ausserkantonalen Fähigkeitsausweises nicht nur negative Auswirkungen auf die Qualitätssicherung im Bestimmungskanton. Sie könnte auch den «Prüfungstourismus» in dem Sinne fördern, dass Fähigkeitsausweise gezielt vorwiegend dort erworben werden, wo die Anforderungen am geringsten sind. Auf diese Weise könnte wiederum der Qualitätsstandard im Bestimmungskanton kaum mehr aufrechterhalten werden.

Problematisch wäre es hingegen aus Rechtsgleichheitsgründen wie auch unter dem Aspekt der interkantonalen Freizügigkeit von Urkundspersonen, im Falle einer Verneinung der Gleichwertigkeit der ausserkantonalen Notariatsprüfung diese und die bisherige Berufspraxis eines Gesuchstellers gänzlich ausser Acht zu

lassen. Das Gesetz lässt die Berücksichtigung von Vorkenntnissen und Praxiserfahrung ohne weiteres zu, indem die Notariatskommission gemäss § 10 Abs. 5 BeurG für Inhaberinnen oder Inhaber eines kantonalen Fähigkeitsausweises als Notarin oder Notar Erleichterungen gewähren kann. Diese Bestimmung ist entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht nur dann anwendbar, wenn die Gleichwertigkeit der Notariatsprüfung am Herkunftsort bejaht wird, der Fähigkeitsausweis aber aus anderen Gründen nicht anerkannt werden kann, weil beispielsweise der andere Kanton kein Gegenrecht hält. Für eine derart restriktive Auslegung besteht kein Anlass. Vielmehr wird schon in der Botschaft BeurG (S. 30) ausgeführt, dass die Kandidatin oder der Kandidat verpflichtet werden kann, eine ergänzende Prüfung abzulegen, wenn ein ausserkantonaler Fähigkeitsausweis in Bezug auf verfahrens- und organisationsrechtliche Fragen (Beurkundungsverfahren im engeren Sinne, Aufsicht, Gebührenwesen), Beurkundungstechnik oder kantonales Abgaberecht (Grundstückgewinnsteuern, Handänderungssteuern, kantonale gesetzliche Pfandrechte) nicht als gleichwertig erachtet wird. Im Weiteren wird in der Botschaft (S. 33 oben) explizit erläutert, eine Beschränkung des Prüfungsstoffs komme in Frage für Kandidierende, die bereits über ein ausserkantonales, aber nicht gleichwertiges Notariatspatent verfügen.

[5.3.1–3 Vergleich der Anforderungen der Notariatsprüfungen im Kanton Aargau und im Kanton Zug].

5.3.4 Diesen Überlegungen kann insofern gefolgt werden, als eine Prüfung grundsätzlich umso anforderungsreicher ist, je länger sie dauert. Auch leuchtet ein, dass eine Notariats- oder Beurkundungsprüfung anspruchsvoller ist, wenn der Kandidat mehrere öffentliche Urkunden anstelle von lediglich einer abfassen muss. Daher lässt es sich nicht beanstanden, dass die Vorinstanz die aargauischen und die zugerischen Prüfungen nicht als gleichwertig taxierte.

Im Hinblick auf mögliche Erleichterungen im Sinne von § 10 Abs. 5 BeurG blendet die Vorinstanz jedoch aus, dass die Beschwerdeführerin eine langjährige Berufspraxis als Notarin mitbringt. Zu ihren Aufgabengebieten als Urkundsperson/Notarin bei der Einwohnergemeinde Baar, wo sie seit dem 21. Februar 2012 teilzeitlich tätig ist, gehört gemäss Zwischenzeugnis vom 29. Juni 2017 die öffentliche Beurkundung von Rechtsgeschäften über dingliche und vormerkbare persönliche Rechte (Grundstücksgeschäfte), insbesondere Kaufverträge, Schenkungen, Erbvorbezüge, Mutationen, Grunddienstbarkeitsverträge und Begründung von Stockwerkeigentum. Ausserdem nimmt sie Beurkundungen im Ehe- und Erbrecht vor, insbesondere das Verschreiben von Testamenten für die handschriftliche Abschreibung durch die Kunden, das Abfassen von Ehe- und/oder Erbverträgen und öffentlichen letztwilligen Verfügungen. Des Weiteren ist sie mit öffentlichen Beurkundungen im Gesellschaftsrecht (Gründungen, Sitzverlegungen und Liquidationen) sowie von Vorsorgeaufträgen und Bürgschaften befasst. Diese Palette deckt den hauptsächlichen Bereich notarieller Tätigkeiten beinahe vollstän-

dig ab. Die eigentliche Beurkundungstätigkeit wird gemäss Zwischenzeugnis durch die Beratung der Parteien und die Anmeldung der Geschäfte beim Grundbuch- und beim Handelsregisteramt abgerundet. Der Beschwerdeführerin wird im Zwischenzeugnis ein sehr fundiertes und breites Fachwissen in allen Tätigkeitsgebieten attestiert. Es darf somit darauf abgestellt werden, dass sie ohne weiteres in der Lage ist, die auf sämtlichen Rechtsgebieten vorgeschriebenen öffentlichen Urkunden eigenverantwortlich und qualitativ einwandfrei zu errichten. Deshalb ist nicht einzusehen, weshalb sie ihre diesbezüglichen Fähigkeiten mit der gesamten Notariatsprüfung im Kanton Aargau (neuerlich) unter Beweis stellen muss.

Dies umso weniger, als sie mit dem Bestehen der zugerischen Anwalts- und Beurkundungsprüfung grundsätzlich bewiesen hat, dass ihre theoretischen und praktischen Kenntnisse auf dem Gebiet des Bundesrechts (Bundeszivilrecht [ZGB, OR und Nebenerlasse], Zivilprozessrecht, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Internationales Privatrecht) für die Tätigkeit als Anwältin und Urkundsperson ausreichend sind. Weshalb hier die inhaltlichen Anforderungen respektive der Schwierigkeitsgrad der Anwalts- und Beurkundungsprüfung im Kanton Zug wesentlich geringer sein sollten als diejenigen der Notariatsprüfung im Kanton Aargau, ist nicht ersichtlich, zumal sich der Anwalts- und Notariatsbereich nicht immer strikte trennen lassen. Die Notariatsprüfung im Kanton Aargau wird zwar auf dem Gebiet des Bundes(zivil)rechts wegen der deutlich längeren Prüfungsdauer spezifischer auf Fragestellungen eingehen können, die sich primär aus der notariellen und weniger aus der anwaltlichen Tätigkeit ergeben. Solchen Fragestellungen begegnet die Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer Tätigkeit als Amtsnotarin im Kanton Zug regelmässig. Insofern bewirkt ihre Praxiserfahrung eine gewisse Kompensation dafür, dass die Prüfungen nicht als gleichwertig angesehen werden. Es spricht nichts dagegen, bei der Gewährung von Erleichterungen nach § 10 Abs. 5 BeurG die Praxiserfahrung ähnlich hoch zu gewichten wie den Befähigungsnachweis anhand eines Examens. Das liegt durchaus noch im (vom Verwaltungsgericht überprüfbaren) Ermessensspielraum, der sich durch den sehr offen formulierten Wortlaut dieser Bestimmung eröffnet.

Nachhol- oder Ergänzungsbedarf mag jedoch für die Beschwerdeführerin im gesamten Bereich des kantonalen (aargauischen) Rechts bestehen, also mit Blick auf das Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 27. Juni 1917 (EG ZGB; SAR 210.300), das Beurkundungs- und Beglaubigungsrecht, die Grundzüge des Verwaltungsrechts und der Verwaltungsrechtspflege sowie das Abgabenrecht. Sie hat zwar im Kanton Aargau Praktika absolviert. Diese liegen jedoch schon einige Jahre zurück.

Insgesamt ist der Entscheid der Notariatskommission, der zugerischen Beurkundungsprüfung (als Teil der dortigen Anwaltsprüfung) die Gleichwertigkeit mit der aargauischen Notariatsprüfung abzusprechen, zwar nicht zu beanstanden. Einen Anspruch auf Anerkennung ihres ausserkantonalen Fähigkeitsausweises als Notarin besitzt die Beschwerdeführerin demnach nicht. Es sind ihr aber

aufgrund ihrer langjährigen Praxiserfahrung bei der öffentlichen Beurkundung verschiedenster Rechtsgeschäfte und des Bestehens der zugerischen Anwalts- und Beurkundungsprüfung gestützt auf § 10 Abs. 5 BeurG Erleichterungen bei der Notariatsprüfung zu gewähren. Gegenstand einer ergänzenden Notariatsprüfung im Kanton Aargau kann das gesamte für das Beurkundungs- und Beglaubigungswesen relevante kantonale Recht bilden. Der genaue Prüfungsstoff wird von der Vorinstanz noch im Detail festzulegen sein.

6. Zu der von der Beschwerdeführerin zusätzlich verlangten Erleichterung beim Praktikum bzw. dem Erlass eines weiteren Praktikums bei einem Grundbuchamt ist Folgendes festzuhalten:

§ 11 Abs. 3 BeurG, wonach aus wichtigen Gründen Erleichterungen beim Praktikum gewährt werden können, ist wiederum so anzuwenden, dass dem verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebot Rechnung getragen wird. Die Vorinstanz erwog, dass die Beschwerdeführerin mit dem einjährigen Praktikum, welches sie (vor Ablegung der zugerischen Anwalts- und Beurkundungsprüfung) bei einem zugerischen Notar absolviert habe, über die gemäss § 8 Abs. 1 BeurV für eine Anerkennung ihres ausserkantonalen Fähigkeitsausweises notwendige spezifische Praxiserfahrung verfüge. Es birgt nun einen gewissen Widerspruch, wenn sie von der im Anerkennungsverfahren als genügend praktisch ausgebildet eingestuften Beschwerdeführerin im Hinblick auf die Zulassung zur (ergänzenden) Notariatsprüfung gleichwohl noch ein Praktikum bei einem Grundbuchamt von mindestens dreimonatiger Dauer verlangt. Dieses Ansinnen lässt sich nicht mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz in Einklang bringen. Es ist kein sachlicher und vernünftiger Grund ersichtlich, bei identischer praktischer Ausbildung in einem anderen Kanton danach zu unterscheiden, ob ein ausserkantonaler Fähigkeitsausweis als Notarin oder Notar anerkannt wird oder ob der Inhaber eines ausserkantonalen Fähigkeitsausweises mangels Gleichwertigkeit der ausserkantonalen Notariatsprüfung noch eine ergänzende Notariatsprüfung im Kanton Aargau absolvieren muss, und nur im einen, nicht aber im anderen Fall ein zusätzliches Praktikum im Kanton Aargau zu verlangen. Das Defizit der nicht gleichwertigen Notariatsprüfung wird schon mit der Nachprüfung ausgeglichen. Ein Zusatzpraktikum ist beim Inhaber eines ausserkantonalen Fähigkeitsausweises, der die Anerkennungs Voraussetzungen hinsichtlich der praktischen Ausbildung in einem anderen Kanton erfüllt, sachlich nicht zu rechtfertigen. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Kanton Aargau diesbezüglich seine eigenen Vorstellungen zur Länge und Ausgestaltung eines Praktikums zum Erwerb des aargauischen Notariatspatents durchsetzen muss, die im Anerkennungsverfahren keine Rolle spielen.

Abgesehen davon würde eine derart rechtsungleiche Praxis wohl eine fast unüberwindbare Hürde für die interkantonale Freizügigkeit von Urkundspersonen darstellen, weit mehr als dies eine ergänzende Notariatsprüfung je zu tun vermöchte. Gestandene, mitten im Erwerbsleben stehende Notarinnen und Notare

mit einem ausserkantonalen Fähigkeitsausweis werden sich in den seltensten Fällen darauf einlassen, sich noch einmal als Praktikant zu verpflichten.

Der vorinstanzliche Entscheid ist auch in diesem Punkt fehlerhaft. Die Beschwerdeführerin ist ohne ein weiteres Praktikum, insbesondere ohne das von der Vorinstanz geforderte mindestens dreimonatige Praktikum bei einem Grundbuchamt, zur ergänzenden Notariatsprüfung im Kanton Aargau zuzulassen.

Kommentar von *Peter Hettich*

Das vorliegende rechtskräftige Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau wirft bemerkenswerte Fragen zur interkantonalen Freizügigkeit der Notare auf. Ausgangspunkt des Urteils ist die gefestigte bundesgerichtliche Rechtsprechung, die der Beurkundungsbefugnis eine hoheitliche Funktion zumisst, deren Regelung weitgehend den Kantonen überlassen ist. Ohne Bindung an die Wirtschaftsfreiheit und an das BGBM seien die Kantone auch in der Anerkennung ausserkantonomer Fähigkeitsausweise frei (E. 3.1). Lesenswert sind daher die sorgfältig redigierten Erwägungen des Verwaltungsgerichts zur Frage, ob die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Lichte des FZA sowie des europäischen Primär- und Sekundärrechts anzupassen wäre (E. 3.4). Hier bringt das Verwaltungsgericht relativ deutlich seine Zweifel an der Gesetzeskonformität von Anhang 1 Ziffer 11 VMD zum Ausdruck, welcher die Notare der Meldepflicht und Nachprüfung gemäss BGMD unterstellt – das Gesetz verweist ja schliesslich auf den Geltungsbereich des FZA. Der von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Inländerdiskriminierung (Art. 4 Abs. 3^{bis} BGBM) wird bei einer solchen Auslegung der Boden entzogen, zumal das aargauische Beurkundungsrecht eine Gleichwertigkeitsprüfung im Grundsatz vorsieht.

Das Verwaltungsrecht folgt der Beschwerdeführerin jedoch dahingehend, dass das Gleichbehandlungsgebot eine differenzierte Berücksichtigung der Ausbildung und Praxiserfahrung der Beschwerdeführerin verlangt. Zwar sei die Verneinung der Gleichwertigkeit der zugerischen Beurkundungsprüfung nicht zu beanstanden, doch sei der Stoff einer ergänzenden Notariatsprüfung auf das kantonale Recht zu beschränken (E. 5.3.4); das Praktikum sei zu erlassen (E. 6.). Im Ergebnis legt das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau das eigene Beurkundungsrecht freizügigkeitsfreundlich und weitgehend entsprechend den Empfehlungen der Wettbewerbskommission aus. Auch wenn das BGBM auf die vorliegende Problemstellung nicht anwendbar ist, stehen die Erwägungen des Verwaltungsgerichts betreffend die Berücksichtigung der praktischen Tätigkeit im Einklang mit Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM (hierzu etwa BGer 2C_57/2011 vom 3. Mai 2011, in: ZBl 112/2011, S. 660); sie tragen damit zur Festigung der einschlägigen Praxis bei. Für die Notare entfaltet das vorliegende Urteil allerdings nur dort Durchschlagskraft, wo das kantonale Recht selbst die Möglichkeit der Anerkennung ausserkantonomer Fähigkeitsausweise mittels Gleichwertigkeitsprüfung vor-

sieht, da das Verwaltungsgericht die Anwendbarkeit des BGBM offenlässt. Wo die Kantone aber eine Gleichwertigkeitsprüfung verankert haben, entwickelt das Verwaltungsgericht dennoch eine schweizweit überzeugende Argumentationslinie zum Schutz vor übertriebenen Anforderungen an den Nachweis der Gleichwertigkeit.