



## Bericht 2013-DSJ-68

26. November 2013

### des Staatsrats an den Grossen Rat zum Postulat Nr. 2080.10 Nicolas Rime/Hugo Raemy – über das System der öffentlichen Beurkundung

#### INHALTSVERZEICHNIS

<b>Einleitung</b>	<b>13</b>
<b>1. Begriff der öffentlichen Beurkundung</b>	<b>13</b>
<b>2. Rolle der Notarinnen und Notare</b>	<b>13</b>
2.1. Amtstätigkeit der Notarinnen und Notare	13
2.2. Gesellschaftliche Rolle der Notarinnen und Notare	14
<b>3. Notariatssysteme in der Schweiz</b>	<b>14</b>
3.1. Freiberufliches, lateinisches Notariat (notariat libre ou indépendant)	14
3.2. Amtsnotariat (notariat d'Etat)	14
3.3. Mischformen (notariat mixte)	14
3.4. Aktuelle Entwicklung	15
<b>4. Das Notariat im Kanton Freiburg</b>	<b>15</b>
4.1. System	15
4.2. Numerus Clausus	15
4.3. Gebühren	16
4.3.1. Grundsätze bei der Festsetzung der Gebühren	17
4.3.2. Höhe der Gebühren	17
<b>5. Vergleich der Notariatssysteme</b>	<b>17</b>
5.1. Qualität der Dienstleistungen	17
5.2. Kosten und Gebühren	18
5.2.1. Festsetzung der Gebühren	18
5.2.2. Vergleichsstudien	19
5.2.3. Vorteilhaftestes System	21
<b>6. Revision der Gesetzgebung über das Notariat</b>	<b>21</b>
<b>7. Beantwortung der Fragen des Postulats</b>	<b>22</b>
<b>Schlussfolgerung</b>	<b>23</b>

## Einleitung<sup>1</sup>

Mit dem am 9. September 2010 eingereichten und begründeten Postulat ersuchen die Grossräte Nicolas Rime und Hugo Raemy den Staatsrat, einen Bericht über das im Kanton geltende System der öffentlichen Beurkundung durch die Notarinnen und Notare auszuarbeiten. Die Verfasser des Postulats wünschen:

- > dass der Staatsrat in einer vergleichenden Analyse das bürgerfreundlichste System eruiert;
- > dass er – sofern das aktuelle System beibehalten wird – untersucht, ob die Berechnungsweise der Notariats honorare überarbeitet werden muss, damit die Kosten für die Bürgerinnen und Bürger nicht über dem Schweizer Durchschnitt liegen; und
- > dass er in derselben Annahme, überprüft, ob die Beibehaltung des Numerus Clausus gerechtfertigt ist.

In seiner Antwort vom 29. März 2011 stimmt der Staatsrat der von den Verfassern des Postulats gewünschten Untersuchung zu. Er ist der Ansicht, dass die gestellten Fragen nicht nur vor dem Hintergrund der Kritik an unserem Notariatssystem (ob berechtigt oder nicht) geprüft werden sollten, sondern auch aufgrund der Vergleichsstudie, die von der Preisüberwachung ausgearbeitet wurde. Eine Systemanalyse ist auch aus anderen Gründen notwendig: Das Gesetz über das Notariat hat seit 1986 kaum Änderungen erfahren. Zahlreiche Punkte bedürfen jedoch einer grundsätzlichen Überprüfung: die Tarife, der Numerus Clausus, die Notariatsaufsicht, das Disziplinarverfahren sowie Inhalt und Form der notariellen Urkunden.

Die Erheblicherklärung des Postulats Nr. 2080.10 im Grossen Rat hat die Abgeordneten stark gespalten. Sie wurde schliesslich am 11. Mai 2011 mit dem Stichentscheid der Präsidentin beschlossen.

## 1. Begriff der öffentlichen Beurkundung

Die öffentliche Beurkundung untersteht dem Bundesrecht. Dieses legt insbesondere fest, in welchen Fällen die öffentliche Beurkundung erforderlich ist, und bestimmt den Inhalt und die Wirkung der öffentlichen Urkunden. Die Regelung der Modalitäten der öffentlichen Beurkundung wird hingegen den Kantonen überlassen (Art. 55 Schlusstitel Zivilgesetzbuch). Sie können somit bestimmen, welche Personen berechtigt sind, öffentliche Urkunden zu erstellen (Urkundspersonen oder Notarinnen und Notare), und welche Voraussetzungen sie erfüllen müssen, um diese Berechtigung zu erlangen.

Eine öffentliche Urkunde ist ein Schriftsatz, in dem Willenserklärungen oder Tatsachen festgehalten werden und der in einem vorgeschriebenen Verfahren von einer vom Kanton berechtigten Person erstellt wird. Mit einem solchen Dokument werden die vier folgenden Ziele verfolgt:

- > Die Urkunde soll den Willen der Parteien klar zum Ausdruck bringen und bestimmte Tatsachen korrekt festhalten. Sie ermöglicht es, Willensäusserungen in einem Zeitpunkt festzuhalten und für die Zukunft zu dokumentieren. Eine öffentliche Urkunde kann so als besonders sicheres Beweisstück dienen, denn in der Bundesgesetzgebung wird ihr ausdrücklich eine erhöhte Beweiskraft zugesprochen.
- > Sie schützt die Parteien, indem sie unüberlegte Entscheide reduziert. In Fällen, in denen das Risiko einer unüberlegten und/oder vorschnellen Verpflichtung hoch ist (z. B. im Immobilienbereich), ist die öffentliche Beurkundung gesetzlich vorgeschrieben.
- > Sie ist eine sichere Grundlage für Eintragungen in die öffentlichen Register (Grundbuch, Handelsregister).
- > Schliesslich wirkt sie als «Polizei des Rechts», indem sie verhindert, dass eine Partei über die Identität der anderen getäuscht wird, und sicherstellt, dass die für die Gültigkeit der Urkunde notwendigen Zustimmungen und Bewilligungen vorliegen.

Die wichtigsten Fälle, bei denen die Bundesgesetzgebung eine öffentliche Beurkundung verlangt, sind folgende: Immobilientransaktionen (z. B. Art. 657, 732, 799 ZGB; 216 OR), öffentliche Verfügungen (Art. 499 ZGB), Erbverträge (Art. 512 ZGB), Eheverträge (Art. 184 ZGB), bestimmte Bürgschaften (Art. 493 Abs. 2 OR), Errichtungen von Stiftungen (Art. 81 ZGB) oder gewisser Handelsgesellschaften (Aktiengesellschaft, Art. 629 OR; Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Art. 777 OR).

## 2. Rolle der Notarinnen und Notare

### 2.1. Amtstätigkeit der Notarinnen und Notare

Die Hauptfunktion der Notarinnen und Notare, d. h. ihre Amtstätigkeit umfasst alle Tätigkeiten, die sie als Träger eines öffentlichen Amtes ausüben müssen, und beinhaltet nicht nur die Erstellung öffentlicher Urkunden – die sogenannte Beurkundung –, sondern auch andere Verrichtungen, die ihnen direkt unterstehen, wie zum Beispiel die Vorbereitung von Urkunden und ihr Vollzug: z. B. allfälliger Einzug und Einzahlung des Verkaufspreises an den Verkäufer, Errichtung eines Steuerrückhalts, Gesuchstellung um Eintragung einer Urkunde in ein öffentliches Register oder Versand von Pfandmitteln an Gläubigerinnen und Gläubiger. Ebenso sind die Auskünfte, die Notarinnen und Notare während der Beurkundung oder im Zusammenhang mit dieser erteilen, Bestandteil ihrer Amtstätigkeit.

<sup>1</sup> Die allgemeinen Überlegungen dieses Berichts basieren mehrheitlich auf dem Werk von Michel Mooser, *Le droit notarial en Suisse*, Bern 2005. Wir verzichten darauf, es fortlaufend zu zitieren.

## 2.2. Gesellschaftliche Rolle der Notarinnen und Notare

Von ihrer Wirkung her ist eine notarielle Urkunde zwischen einer Privaturkunde und einer Gerichtsentscheid einzuordnen. Dies zeigt die wichtige Rolle, die Notarinnen und Notare als Vertreter des Rechts spielen, an die sich die Öffentlichkeit vertrauensvoll wendet, um die wichtigsten Rechtsgeschäfte des Lebens (z. B. Immobilienverkäufe, Eheverträge, Erbverträge usw.) abzuschliessen. In diesem Sinn ist das Notariat ein wichtiger Bestandteil des sozialen Friedens: Der Beizug eines Spezialisten – einer Notarin oder eines Notars – verringert das Risiko späterer Rechtsstreitfälle und damit einhergehender Konflikte und Kosten beträchtlich.

Wer sich an eine Notarin oder einen Notar wendet, muss folglich auf qualitativ hochstehende Dienstleistungen zählen können. Genau diese Qualität der Leistungen muss das Hauptkriterium beim Aufbau eines Notariatsystems sein. Unabhängig von der Form der Notariats müssen die Notarinnen und Notare die Erwartungen der Klientinnen und Klienten erfüllen und den Verpflichtungen, die ihnen gesetzlich auferlegt wurden, nach bestem Wissen und Gewissen nachkommen.

## 3. Notariatssysteme in der Schweiz

Den verschiedenen Organisationsformen des Notariatswesens in den Kantonen liegen historische Überlegungen und Traditionen zugrunde. Es werden hauptsächlich drei Systeme unterschieden: das freiberufliche oder lateinische Notariat, das Amtsnotariat und die Mischformen.

### 3.1. Freiberufliches, lateinisches Notariat (*notariat libre ou indépendant*)

Bei der Ausübung ihrer Amtstätigkeit (s. Punkt 2.1) handeln freiberufliche Notarinnen und Notare als Amtsträger des Staates, die eine öffentliche Funktion wahrnehmen, diese aber in eigenem Namen ausüben. Sie sind keine Beamten und können ihre Tätigkeit im Rahmen des kantonalen Rechts frei ausüben, eine Kanzlei eröffnen, wo sie wollen, oder ihre Tätigkeit aufgeben. Sie erhalten von niemandem Anweisungen, sondern handeln völlig selbständig, insbesondere bei der Erstellung von Urkunden. Dennoch müssen sie ihre gesetzlichen Pflichten namentlich im Hinblick auf die Unvereinbarkeit und die Würde des Berufes erfüllen. In diesem Sinne können sich freiberufliche Notarinnen und Notare frei organisieren, sie tragen die wirtschaftlichen Risiken ihrer Kanzlei und erheben selbst die Gebühren für ihre Amtstätigkeit. Die Klientinnen und Klienten ihrerseits haben das Recht, ihre Notarin oder ihren Notar frei zu wählen.

Ganz allgemein haben die Kantone mit dem System des freiberuflichen Notariats vorgesehen, dass Notarinnen und

Notare die Verantwortung für ihre Handlungen persönlich tragen und die zivilrechtliche Haftung übernehmen. Der Staat haftet somit nicht für Schäden, die bei der Ausübung der Notariatstätigkeit entstehen.

Hingegen werden die Gebühren für die Amtstätigkeit der Notarinnen und Notare auch im freien Notariat vom Staat festgelegt, und die Notarinnen und Notare sind angehalten, sich daran zu halten. Die Kantone können jedoch erlauben, dass selbständige Notarinnen und Notare andere Aufgaben als die Erstellung öffentlicher Urkunden oder direkt damit zusammenhängende Verrichtungen ausführen. Beispiele dafür sind die Rechtsberatung, die Abfassung von Entwürfen von Gesellschaftsstatuten oder Rechtsgutachten. Für diese Tätigkeiten verrechnen Notarinnen und Notare ebenfalls ein Honorar, das sie grundsätzlich frei festsetzen, wie dies beispielsweise eine Anwältin oder ein Anwalt tun würde.

Das freie Notariat gilt in mehreren Kantonen und insbesondere in allen Kantonen lateinischer Tradition: FR, GE, VD, VS, NE, JU, TI, aber auch BE, AG, BS, BL und UR.

### 3.2. Amtsnotariat (*notariat d'Etat*)

Beim Amtsnotariat wird die Tätigkeit der Notarinnen und Notare von kantonalen oder kommunalen Staatsangestellten ausgeübt, die von dem Kanton oder der Gemeinde entlohnt werden, die sie beschäftigen. Die Notarinnen und Notare sind durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag an das betreffende Gemeinwesen gebunden. In diesem System haben die Notarinnen und Notare keine direkten Rechtsbeziehungen zu den Bürgerinnen und Bürgern («Klienten»), da der Vertrag zwischen diesen und dem Gemeinwesen abgeschlossen wird. Die von den Klienten bezahlten Gebühren fliessen direkt in die Kassen des betreffenden Gemeinwesens.

In den Kantonen, in denen das Amtsnotariat gilt, haftet das Gemeinwesen gegenüber den Klienten direkt für die Handlungen der Notarinnen und Notare. Es handelt sich meist um eine sogenannte Kausalhaftung, die zum Tragen kommt, ohne dass die geschädigte Person einen Fehler beweisen muss. Normalerweise kann das betreffende Gemeinwesen nur dann auf die fehlbare Person Rückgriff nehmen, wenn diese einen schweren Fehler begangen hat.

In folgenden Kantonen wird das System des Amtsnotariats angewandt: ZH, TG und AR.

### 3.3. Mischformen (*notariat mixte*)

Einige Kantone verbinden das freiberufliche Notariat mit dem Amtsnotariat. In diesem Fall spricht man vom gemischten Notariat. In diesen Kantonen ist die Aufgabe der Beurkundung nach Sachbereichen auf verschiedene Personen oder Behörden wie Richterinnen und Richter, kantonale oder kommunale Behörden oder Staatsangestellte, Grundbuch-

verwalter und auch Dritte, namentlich Anwältinnen und Anwälte, aufgeteilt.

In der Verteilung der Zuständigkeiten gibt es von Kanton zu Kanton grosse Unterschiede.

Kantone mit gemischtem Notariat sind: LU, SZ, OW, NW, SH, GL, ZG, SO, AI, SG und GR.

### 3.4. Aktuelle Entwicklung

Seit dem Inkrafttreten des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Jahr 1912 hat trotz einiger entsprechender Versuche kein Kanton mit dem System des freiberuflichen Notariats das Amtsnotariat eingeführt. Einige Kantone haben hingegen parallel zum Amtsnotariat eine Art freiberufliches Notariat eingeführt (LU, GR, NW).

Für diesen Bericht lohnt sich ein Blick auf die Entwicklung des Notariatsgesetzes im Kanton Basel-Land. Bis 1997 kannte dieser Kanton nur das Amtsnotariat. Im Jahr 1998 wechselte der Gesetzgeber zum gemischten System, indem er für alle Beurkundungen mit Ausnahme des Bereichs der Grundstücksgeschäfte das freiberufliche Notariat einführt. Mit dem neuen Basler Gesetz über das Notariat, das am 1. November 2012 in Kraft trat, wurde das freiberufliche Notariat in allen Bereichen eingeführt und das Amtsnotariat vollständig aufgegeben. Laut dem erläuternden Bericht wurde diese Änderung aus finanziellen Gründen im Rahmen der Sparmassnahmen beschlossen. Da das Notariat nicht zu den Kernaufgaben des Staats gemäss Bundesrecht gehört, wurde das Amtsnotariat abgeschafft. Mit dieser Massnahme und der Reorganisation anderer Behörden des Zivilrechts will der Kanton Basel-Land 56 VZÄ streichen und so ab 2014 einen Betrag von 3 650 000 Franken einsparen<sup>1</sup>.

## 4. Das Notariat im Kanton Freiburg

### 4.1. System

Der Kanton Freiburg wendet seit jeher das System des freiberuflichen Notariats an. Die wichtigsten Bestimmungen in diesem Bereich sind in folgenden Erlassen geregelt: Gesetz vom 20. September 1967 über das Notariat (NG, SGF 261.1), Reglement vom 7. Oktober 1986 zur Ausführung des Gesetzes vom 20. September 1967 (NR, SGF 261.11), Gebührentarif der Notare vom 7. Oktober 1986 (SGF 261.16), Honorartarif vom 10. November 1988 (nichtamtlicher Verrichtungen; SGF 261.162) und Reglement vom 13. Dezember 1977 über das Notariatspraktikum und die Notariatsprüfungen (SGF 137.12). Ausserdem ist im Einführungsgesetz vom 10. Februar 2012 zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch

(EGZGB, SGF 210.1) in Artikel 4 vorgesehen, dass öffentliche Urkunden von einer Notarin oder einem Notar erstellt werden.

Nebst ihrer Amtstätigkeit können Freiburger Notarinnen und Notare auch andere, sogenannte Nebentätigkeiten wie Rechtsberatung, Verfassung von Entwürfen von Gesellschaftsstatuten, Verträgen oder Rechtsgutachten usw. ausüben. Für diese Dienstleistungen verrechnen sie Honorare nach dem Honorartarif (nichtamtlicher Verrichtungen), der vom freiburgischen Notariatsverband beschlossen und vom Staatsrat genehmigt wurde (SGF 261.162).

Freiburger Notarinnen und Notare haften persönlich für ihr Handeln, unabhängig von der Tragweite des begangenen Fehlers. Der Staat haftet nicht für Schäden, die durch die Ausübung der Notariatstätigkeit verursacht wurden (Art. 33 NG).

Die Notarinnen und Notare unterstehen der Aufsicht des Staatsrats, der diese durch die Sicherheits- und Justizdirektion oder, in weniger schwerwiegenden Fällen, durch die Notariatskammer ausübt (Art. 35 und 39 NG). Die Notariatsbüros werden regelmässig durch zwei vom Staatsrat ernannte Inspektoren kontrolliert (Art. 36 NG). Notarinnen und Notare sind disziplinarisch verantwortlich für jede Verletzung der Bestimmungen des Notariatsgesetzes, für Verstösse gegen die Standeswürde und für unlauteres Geschäftsgebarren (Art. 34 NG).

### 4.2. Numerus Clausus

Von den Kantonen, die das System des freiberuflichen Notariats anwenden, kennt nur der Kanton Freiburg einen *Numerus Clausus* für Notarinnen und Notare<sup>2</sup>. Andere Kantone mit freiberuflichem Notariat beschränken dessen Ausübung nicht über die Zahl der im Kanton zugelassenen Notarinnen und Notare, sondern mit strengen Unvereinbarkeitsregeln. So ist beispielsweise in den Kantonen Genf<sup>3</sup> und Waadt<sup>4</sup> der Notariatsberuf nicht mit dem Anwaltsberuf vereinbar. Zudem können sich Notarinnen und Notare in diesen Kantonen nur mit einer bzw. einem oder mehreren anderen Notarinnen und Notaren zusammenschliessen und dürfen ihr Büro nicht mit Personen anderer Berufe, insbesondere des Anwaltsberufs, teilen<sup>5</sup>. Ausserdem ist in den Kantonen mit

<sup>1</sup> Kanton Basel-Landschaft, Abstimmungsvorlagen 17. Juni 2012, S. 20 f. [http://www.baselland.ch/fileadmin/baselland/files/docs/parl-lk/wahlen/abst\\_bro/U20120617\\_bro.pdf](http://www.baselland.ch/fileadmin/baselland/files/docs/parl-lk/wahlen/abst_bro/U20120617_bro.pdf)

<sup>2</sup> Die Höchstzahl veränderte sich über die Jahre (55, 52, 50, dann 36 nach dem Gesetz von 1869). Seit 1986 beträgt die Höchstzahl der zugelassenen Notarinnen und Notare 42, wobei jene, die das 70. Altersjahr überschritten haben, nicht mitgezählt werden (Artikel 2 NG). Diese Zahl wurde Mitte Oktober 2013 sieben erreicht. Vier der eingetragenen 46 Notarinnen und Notare sind über 70 Jahre alt. Von den 42 gezählten Notarinnen und Notare sind acht jünger als 39 Jahre, elf sind zwischen 40 und 49 Jahre alt, vierzehn liegen zwischen 50 und 59 Jahren und neun zwischen 60 und 69 Jahren, wobei zwei von ihnen nächstes Jahr 70 Jahre alt werden.

<sup>3</sup> Art. 4 Abs. 1 des Gesetzes vom 25. November 1988 über das Notariat (Loi sur le notariat, LNot; RSG E 6.05).

<sup>4</sup> Art. 5 Abs. 1 des Gesetzes vom 29. Juni 2004 über das Notariat (Loi sur le notariat, LNo; RSVD 178.11).

<sup>5</sup> Art. 5 LNot GE; Art. 9 LNo VD.



Amtsnotariat die Zahl der Urkundspersonen per Definition auf die Zahl beschränkt, die der Staat in seiner Personalpolitik festlegt.

Der *Numerus Clausus* ist eine sehr alte Einschränkung, die ab Anfang des 19. Jahrhunderts eingeführt wurde<sup>1</sup>. Bis 1967 wurde die Ausübung des Notariatsberufs durch ein Gesetz von 1869 geregelt, das nebst der Beschränkung der Notarenzahl auch eine Kantonierung pro Bezirk vorsah. Schon ab den 1950er Jahren zielten mehrere Vorstösse im Grossen Rat auf die Abschaffung dieser beiden Einschränkungen ab. Mit der Verabschiedung des Gesetzes vom 20. September 1967 über das Notariat<sup>2</sup> wurde die Kantonierung (entgegen der Empfehlung des Staatsrats) abgeschafft, aber der *Numerus Clausus* beibehalten. Während dieser Revision drehte sich die Debatte im Grossen Rat hauptsächlich um die Abschaffung der Kantonierung, die Frage des *Numerus Clausus* wurde nur am Rande behandelt<sup>3</sup>. In dieser zweiten Frage folgten die Abgeordneten der Meinung des Staatsrats, wonach, «wer gute Notare will, die ihre Urkunden mit der gewünschten Sorgfalt erstellen und denen die Öffentlichkeit vertrauen kann, ihnen auch die Mittel zur Erwirtschaftung eines anständigen Einkommens garantieren muss, damit sie vollkommen unabhängig arbeiten können. Einer unbegrenzten Zahl Notare zu erlauben, *Urkunden auszustellen, öffnet Tür und Tor für Praktiken, die mit der Standeswürde unvereinbar sind (Jagd nach Aufträgen, gegenseitiges Unterbieten der Honorare usw.) oder zwingt die Notare dazu, verschiedenste Arten von Nebentätigkeiten aufzunehmen*»<sup>4</sup>.

Mit einer 1983 eingereichten Motion<sup>5</sup> verlangten Philippe Wandeler und 33 weitere Abgeordnete insbesondere die Abschaffung des *Numerus Clausus*. Dieser parlamentarische Vorstoss, der in ein Postulat umgewandelt wurde, führte zur Revision des Gesetzes über das Notariat vom 18. Februar 1986. Die Argumente, die während der Debatten im Grossen Rat von verschiedener Seite vorgebracht wurden, sind im Wesentlichen folgende:

Für die Befürworter einer Beibehaltung des *Numerus Clausus* werden damit dreierlei Interessen gewahrt<sup>6</sup>:

- > Das Interesse des Staates an einem System, in dem die Rechtssicherheit und die Umsetzung der gesetzlichen Bestimmungen gewährleistet sind. Der Staat delegiert den Notarinnen und Notaren durch Übertragung einen Teil seiner freiwilligen Gerichtsbarkeit, nämlich jenen der öffentlichen Beurkundung. Diese Übertragung muss jedoch unter den bestmöglichen Bedingungen erfolgen und sowohl der Inhalt als auch die Form der notariellen

Urkunden müssen einer strengen staatlichen Kontrolle unterliegen.

- > Das Interesse der Privatpersonen, die Notarin bzw. den Notar Ihrer Wahl konsultieren zu können, die bzw. der über erwiesene juristische und fachliche Kompetenzen verfügt.
- > Das Interesse der Notarinnen und Notare, ihren Beruf unabhängig sowohl vom Staat als auch von den Parteien ausüben und davon anständig leben zu können, ohne auf Nebentätigkeiten angewiesen zu sein.

Die Gegner des *Numerus Clausus* sind dagegen der Meinung, dass diese Einschränkung ein veraltetes Relikt des früheren Systems sei<sup>7</sup>:

- > Es handelt sich um einen schwerwiegenden Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit, der einem übertriebenem Protektionismus gleichkommt, den kein öffentliches Interesse rechtfertigt.
- > Die Beibehaltung dieser Einschränkung schadet dem Grundsatz der Chancengleichheit, vor allem bei jungen Notarinnen und Notaren, die auf einen freien Platz warten müssten, um ihren Beruf ausüben zu können.
- > Mit der Abschaffung des *Numerus Clausus* kann das Spiel des freien Wettbewerbs dazu beitragen, die Qualität der Notariatsdienste zu verbessern.

Im Rahmen der nächsten Revision des Notariatsgesetzes, mit der die SJD zurzeit beschäftigt ist, wird der Staatsrat auf jeden Fall prüfen, was für eine Beibehaltung oder Aufhebung des *Numerus Clausus* spricht, und dabei nicht nur die oben aufgeführten Argumente sondern auch die auf Bundesebene laufenden Arbeiten in diesem Bereich berücksichtigen (s. Punkt 6).

#### 4.3. Gebühren

So wie alle anderen Kantone, unabhängig vom Notariatssystem, hat auch der Kanton Freiburg einen offiziellen Gebührentarif für die Amtsgeschäfte der Notarinnen und Notare erlassen. Der Tarif mit öffentlich-rechtlicher Grundlage ist bindend und dient namentlich dazu, die Gleichbehandlung von Personen, welche die Dienste einer Notarin oder eines Notars in Anspruch nehmen müssen, zu gewährleisten. Diese verrechnen für ein bestimmtes Geschäft grundsätzlich denselben Betrag. Ausnahmen sind jedoch möglich oder können ausdrücklich bewilligt werden (s. Punkt 4.3.2).

<sup>1</sup> BOTSCHAFT vom 11. Oktober 1966 zum Entwurf des Gesetzes über das Notariat, TGR 1966, S. 904 ff., S. 906.

<sup>2</sup> AGS 1967, S. 68.

<sup>3</sup> S. insbesondere TGR 1966, S. 1036 ff. und 1052 ff.

<sup>4</sup> BOTSCHAFT (Fussnote 7), S. 906.

<sup>5</sup> TGR 1983, S. 985 und 1269 ff.

<sup>6</sup> TGR 1985, S. 2092.

<sup>7</sup> TGR 1983, S. 1270 und TGR 1984, S. 96 und 287 ff. Vgl. auch Pierre Tercier, Les notaires et le droit de la concurrence, AJ 1998 S. 505 ff., S. 526.

#### 4.3.1. Grundsätze bei der Festsetzung der Gebühren

Die Festsetzung der Gebühren folgt denselben Grundsätzen, die bei der Berechnung aller Verwaltungsgebühren angewendet werden, d. h.<sup>1</sup>:

- > dem Grundsatz der Kostendeckung, nach dem der Gesamtbetrag der erhobenen Gebühren nicht höher sein darf als die Gesamtbetriebskosten der entsprechenden öffentlichen Dienststelle (in diesem Fall des Notariatsbüros);
- > dem Grundsatz der Gleichwertigkeit, der verlangt, dass kein offensichtliches Missverhältnis zwischen der Gebühr und dem Wert der Leistung besteht und dass sich die Gebühr in vernünftigen Grenzen hält.

#### 4.3.2. Höhe der Gebühren

Der Freiburger Honorartarif der Notare, der seit 1968 in Kraft war, wurde 1986 auf der Grundlage einer eingehenden betriebswirtschaftlichen Analyse des Freiburger Notariats durch Prof. Blümle von der Universität Freiburg<sup>2</sup> überarbeitet. Der Expertenbericht sollte klären, welches durchschnittliche Jahresnettoeinkommen es erlaubt, einerseits den verfassungsmässigen Grundsatz der Kostendeckung einzuhalten und andererseits den Notarinnen und Notaren in allen Regionen des Kantons für eine durchschnittliche Zahl von Beurkundungen ein ausreichendes, ihrem Status, ihrem Auftrag und ihrer Verantwortung entsprechendes Einkommen zu sichern. Der Experte befragte dazu alle Notariatsbüros des Kantons.

Aus dem Bericht wird klar, dass dieses Einkommen direkt von der Anzahl der zugelassenen Notarinnen und Notare und von dem für die einzelnen notariellen Urkunden verlangten Betrag abhängt. Nach Aussage des Experten hätte die Erhöhung der Anzahl zugelassener Notarinnen und Notare (d. h. Erhöhung des *Numerus Clausus* von 36 auf 45-46) und die Senkung der Gebühren für Grundpfandbestellungen um 10% eine Abnahme des Durchschnittseinkommens der Notare um 13% zur Folge gehabt und es erlaubt, den Grundsatz der Kostendeckung einzuhalten.

Auf der Grundlage dieses Berichts wurde 1986 ein neuer Tarif erstellt, der am 1. November 1988 in Kraft trat. Er verankerte eine Senkung der Tarife für Grundpfandbestellungen um durchschnittlich 13% und die Aufhebung des proportionalen Anteils für die Eröffnung von Verfügungen von Todes wegen. Zudem passte der Staat die Gebühren, die nicht anteilmässig berechnet werden, an die seit 1968 gestiegenen Lebenshaltungskosten und Fixkosten (über 100%) an. Der *Numerus*

*Clausus*, mit dem die Zahl der zugelassenen Notarinnen und Notare beschränkt wird, wurde von 36 auf 42 angehoben.

Zum Bericht müssen folgende Bemerkungen gemacht werden:

- > Die Gebühren können je nach Urkunde stark variieren.
- > Die Untersuchung stützt sich auf einen Durchschnittspreis für eine notarielle Urkunde und auf Gesamtbetriebskosten für ein Anwaltsbüro, wie sie 1984 üblich waren. Natürlich sind die Fixkosten, namentlich Miet- und Lohnkosten, seither stark gestiegen<sup>3</sup>. Das gilt jedoch auch für die erhobenen Gebühren, da sie nach dem Wert des Gegenstands, insbesondere der verhandelten Immobilie, festgesetzt werden.

### 5. Vergleich der Notariatssysteme

Die folgende Analyse der Notariatssysteme konzentriert sich auf zwei Aspekte: die Qualität der Dienstleistungen sowie die Kosten und Gebühren.

#### 5.1. Qualität der Dienstleistungen

Die Qualität der notariellen Dienstleistungen hängt von folgenden Faktoren ab:

- > **Erforderliche Ausbildung.** Ob freiberuflich tätig oder nicht, Notarinnen und Notare müssen über ausreichende juristische Kenntnisse verfügen, um die ihnen zufallenden Pflichten vollumfänglich erfüllen zu können. Für die Festlegung der in diesem Bereich erforderlichen Ausbildung sind die Kantone zuständig. Die Ausbildung ist von Kanton zu Kanton verschieden, insbesondere was Anforderungen und Dauer anbelangt. Die Kantone mit freiberuflichem Notariat und Amtsnotariat verlangen ein Diplom der Rechtswissenschaften einer Schweizer Universität oder einen gleichwertigen Abschluss und ein anschliessendes Berufspraktikum (in einem Notariatsbüro oder bei einer Behörde) von je nach Kanton unterschiedlicher Dauer (9 Monate bis 3 Jahre). Für die Zulassung zur Berufsausübung muss zudem eine Eignungsprüfung abgelegt werden. Praktikum und Prüfung wirken als staatliche Massnahmen, mit denen die Qualität der notariellen Dienstleistungen sichergestellt werden soll. Beim gemischten Notariatssystem gibt es zwischen den Kantonen erhebliche Unterschiede bei Dauer und Anforderungen der praktischen Ausbildung.

<sup>1</sup> JULIEN SCHLAEPPY, La rémunération du notaire de tradition latine: étude de droit suisse et de droit cantonal comparé, Dissertation Genf 2009, S. 88 ff.

<sup>2</sup> Der Auftrag des Staatsrats wurde im September 1982 erteilt; der Bericht wurde im Juni 1984 eingereicht.

<sup>3</sup> Im Jahr 1984 lagen die der Studie zugrunde liegende Jahresmiete bei Fr. 133.45 pro m<sup>2</sup> und der durchschnittliche Monatslohn für eine Sekretärin oder einen Sekretär bei 2888 Franken (inkl. 13. Monatslohn). Aktuell beträgt der Mietwert an die 250 Franken pro m<sup>2</sup> und der Lohn für eine Sekretärin oder einen Sekretär ohne Berufserfahrung liegt bei Vollzeitbeschäftigung selten unter 4000 Franken. Beim Staat beispielsweise werden Sekretärinnen und Sekretäre ohne Berufserfahrung in Lohnklasse 8, Stufe 0 eingereiht und erhalten einen Monatslohn von ungefähr 4400 Franken (inkl. 13. Monatslohn).

Da die Aufgabe der Beurkundung unter verschiedenen kantonalen Stellen, Gemeindebehörden und Gerichten aufgeteilt oder Anwältinnen und Anwälten übertragen ist, stellt das Notariat eine sekundäre Tätigkeit dar, sodass man nicht von einem eigentlichen Notariatsberuf sprechen kann<sup>1</sup>.

Während also in den Systemen des freiberuflichen Notariats und des Amtsnotariats die Professionalität der Urkundspersonen durch die Ausbildungsanforderungen gewährleistet ist, stellt der Notariatsberuf im gemischten System oft eine Nebentätigkeit von Behördenmitgliedern oder Anwältinnen und Anwälten dar. Doch die Professionalisierung des Notariats ist heute aufgrund der gesellschaftlichen Entwicklung und der zunehmenden Komplexität der damit einhergehenden Rechtsbeziehungen unabdingbar.

- > **Pflichten der Notarinnen und Notare.** Die Notarin bzw. der Notar muss Aufträge mit der gebotenen Sorgfalt erfüllen, d. h. sowohl «kleine Aufträge» als auch grössere Geschäfte sorgfältig und unverzüglich bearbeiten. Sie bzw. er muss Klienten rasch beraten und sie über ihre Rechte und Pflichten und die Tragweite ihrer Entscheidungen informieren. Zudem muss sie bzw. er auf die Einhaltung der gesetzlichen Fristen achten. Von Amtsnotarinnen und notaren wird dieselbe Sorgfalt erwartet wie von ihren freiberuflichen Kollegen, mit dem Unterschied, dass im System des Amtsnotariats der Anteil der Beratungs- und Auskunftstätigkeit kleiner ist als im freiberuflichen Notariat. Abgesehen von Auskünften zur Rechtmässigkeit der von den Parteien in Betracht gezogenen Optionen haben Amtsnotarinnen und notare weder die Pflicht noch das Recht, ihren Klienten Ratsschläge zur Zweckmässigkeit der gewählten Lösungen zu geben. Klienten von Amtsnotarinnen und notaren müssen deshalb vor der Beurkundung oft einen Spezialisten (Anwalt, Treuhänder, Bankier usw.) konsultieren, um die nötigen Auskünfte zu erhalten.

Bei Ihrer Amtstätigkeit müssen Notarinnen und Notare die Interessen beider Parteien neutral vertreten. Sie müssen beide Parteien gleich beraten, ohne dabei eine gegenüber der anderen zu bevorzugen. Diese Anforderung trägt zur erhöhten Beweiskraft der öffentlichen Urkunden bei. Freiberufliche Notarinnen und Notare erhalten keine Anweisungen von Behörden und auch nicht von ihrer Aufsichtsbehörde. Im Gegensatz zu den Amtsnotarinnen und notaren unterstehen freiberufliche Notarinnen und Notare nicht der Dienstgewalt, welche die Beziehung zwischen den Staatsangestellten und der öffentlichen Hand als Arbeitgeberin kennzeichnet. Dadurch wird ihre Neutralität gegenüber den Parteien garantiert.

- > **Notariatsaufsicht.** Angesichts der staatlichen Macht, über die Notarinnen und Notare verfügen, ist es wichtig,

dass der Staat sie entsprechend kontrolliert. Im Amtsnotariat, das wie oben erwähnt die Dienstgewalt über die Staatsangestellten beinhaltet, ist diese Kontrolle nicht unbedingt besser gewährleistet. Hingegen verfügen alle Kantone mit freiberuflichem Notariat über ein Aufsichtssystem für die Amtstätigkeit der Notarinnen und Notare. Die Oberaufsicht obliegt gewöhnlich der Kantonsregierung, die sie durch eine Direktion, eine Kommission oder einen Aufsichtsrat ausüben kann. Sowohl freiberufliche als auch Amtsnotarinnen und notare stehen unter staatlicher Aufsicht.

## 5.2. Kosten und Gebühren

Die Festsetzung der Notariatsgebühren richtet sich einerseits nach den Kosten der Leistungen, welche die Urkundspersonen erbringen (Grundsatz der Kostendeckung) und andererseits nach dem objektiven Wert dieser Leistung (Grundsatz der Gleichwertigkeit). Für eine Definition dieser Grundsätze siehe Punkt 4.3.1.

### 5.2.1. Festsetzung der Gebühren

#### a) Kostendeckung

In den Kantonen mit freiberuflichem Notariat bedeutet der Grundsatz der Kostendeckung, dass der Staat bei der Festsetzung der Tarife namentlich folgende Punkte berücksichtigt: die von Notarinnen und Notaren geforderte Berufsausbildung sowie die Tatsache, dass sie Erwerbsausfälle infolge Krankheit, Unfall, Ferien, Militärdienst und Mutterschaftsurlaub selbst tragen und allein für ihre berufliche Altersvorsorge aufkommen müssen. Hinzu kommen noch die Miete, die Löhne des Hilfspersonals und die entsprechenden Sozialleistungen, die Arbeitsausrüstung und ihr Unterhalt, das Archivieren und Binden der Akten, die Bibliothek usw.

Der Vergleich dieser Kosten mit jenen des Amtsnotariats erweist sich als schwierig, wenn nicht gar unmöglich, da keine detaillierte analytische Buchhaltung vorliegt, bei der die Lohnkosten für die Amtsnotarinnen und notare, die Kosten für Räumlichkeiten, Ausrüstung, Verwaltung, Hilfspersonal usw. aufgegliedert wären. Es lässt sich deshalb nicht eruieren, ob die Kosten, die mit der Leistungserbringung der Amtsnotarinnen und notare entstehen, durch die erhobenen Gebühren gedeckt sind. Es ist sicher nicht falsch zu sagen, dass im Amtsnotariat ein Grossteil der Kosten nicht von den Bürgerinnen und Bürgern, welche die Notariatsdienste in Anspruch nehmen, getragen wird, sondern von der Gesamtheit der Steuerpflichtigen des betroffenen Gemeinwesens.

Die Notariatstätigkeit ist im privatwirtschaftlichen System ausserdem völlig anders organisiert als im staatlichen System. Während die Hauptaufgabe aller Urkundspersonen ungeachtet ihres Status in der öffentlichen Beurkundung besteht,

<sup>1</sup> CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, S. 116.

ist die Dienstleistung vor der Erstellung der Urkunde nicht immer dieselbe. So können freiberufliche Notarinnen und Notare Beratungen anbieten, Recherchen anstellen, Lösungen vorschlagen und besprechen, komplexe vertragliche und statutarische Dokumente vorbereiten und sie in Kraft setzen. All diese Arbeiten verursachen Kosten, die jene Person tragen sollte, welche die Notariatsdienste in Anspruch nimmt. Im Gegensatz dazu beschränkt sich die Tätigkeit von Amtsnotarinnen und notaren allein auf die Beurkundung, wobei die Zusatzarbeit normalerweise durch spezialisierte Dritte ausgeführt wird, was die Klienten unter Umständen viel teurer zu stehen kommt.

## b) Gleichwertigkeit

Zum Grundsatz der Gleichwertigkeit lässt sich trotz der kantonal unterschiedlichen Berechnungsmethoden sagen, dass die Gebühren mehrheitlich anteilmässig in Prozent oder Promille des Transaktionswerts berechnet werden<sup>1</sup>. Um überhöhte Gebühren zu vermeiden, nimmt der Berechnungssatz meist von Kategorie zu Kategorie ab. Doch selbst bei einem degressiven Berechnungssatz kann es vorkommen, dass die berechnete Gebühr bei sehr umfangreichen Geschäften so hoch wird, dass sie dem Grundsatz der Gleichwertigkeit widerspricht. Es können deshalb Maximalgebühren festgelegt werden<sup>2</sup>.

Im freiberuflichen Notariat entspricht die Gebühr für ein bestimmtes Geschäft nicht unbedingt einem objektiven Wert: Die Gebühren für umfangreiche Geschäfte können die Verluste aus Geschäften decken, für die aufgrund ihrer geringen Bedeutung keine volle Entschädigung verlangt werden kann. So wenden freiberufliche Notarinnen und Notare bei Geschäften mit geringem Transaktionswert proportional vorteilhafte Tarife an. Sie tragen die daraus entstehenden Kosten (soziale Kosten) selbst und werden nicht von der öffentlichen Hand subventioniert. Die Komplexität einer Transaktion widerspiegelt dabei nicht unbedingt den Wert der verhandelten Sache.

Amtsnotarinnen und notare arbeiten bei kleineren Aufträgen häufig mit Verlust. Den Auftraggebern wird also ein Teil der Leistung geschenkt. Diese ungedeckten Kosten werden im Amtsnotariatssystem von der Gesamtheit der Steuerpflichtigen getragen (soziale Kosten).

## 5.2.2. Vergleichsstudien

### a) Preisüberwachung

Im Jahr 2007 führte die Preisüberwachung des Bundes eine Vergleichsstudie zu den kantonalen Notariatstarifen aller

Notariatssysteme durch<sup>3</sup>. Die Studie befasste sich insbesondere mit Beurkundungen in Zusammenhang mit Immobiliengeschäften (Kauf und Grundpfand). So gibt folgende Tabelle beispielsweise einen Überblick über den Vergleich der Notariatsgebühren, die bei einem Transaktionswert von Fr. 300 000.– zur Anwendung kommen<sup>4</sup>. Sie zeigt den Rang der Kantone betreffend die Gebühren, wobei der Kanton mit den höchsten Gebühren auf Rang 1 liegt und derjenige mit den tiefsten auf Rang 26. Der Mittelwert der Ränge erlaubt die Bestimmung der Gebührensituation des Kantons im Vergleich zu den anderen Kantonen.

Cantons Kantone	Rang		Moyenne Mittelwert
	Ventes	Kauf Gages Grundpfand	
GE	1	2	1.5
VD	2	3	2.5
JU	2	3	2.5
VS	6	1	3.5
NE	5	5	5
BE	4	8	6
TI	7	6	6.5
FR	9	7	8
AG	8	10	9
LU	10	13	11.5
BS	12	11	11.5
UR	12	12	12
OW	10	14	12
SO	17	8	12.5
NW	14	16	15
BL	14	17	15.5
SG	18	14	16
ZG	16		16
GR	20	18	19
TG	20	18	19
ZH	20	18	19
AI	20	18	19
SH	20	18	19
AR	20	18	19
GL	19	25	22
SZ	26	24	25

Rot markiert sind die Kantone mit freiberuflichem Notariat, grün jene mit Amtsnotariat und weiss jene mit gemischtem Notariatssystem. Mit einem Rangmittelwert von 1,5 erweist sich der Kanton Genf als teuerster Kanton, während der Kanton Schwyz sich mit einem Rangmittelwert von 25 als billigster herausstellt. Der Kanton Freiburg befindet sich auf Rang 8.

Obwohl der Preisüberwacher betont, dass sich *«dieser Tarifvergleich nur auf identische, vergleichbare Rechtsvorgänge*

<sup>1</sup> SCHLAEPPI (Fussnote 14), S. 121.

<sup>2</sup> Im Kanton Freiburg gibt es sowohl einen degressiven Berechnungssatz als auch Maximalgebühren; s. Tarif vom 7. Oktober 1986 (SGF 261.16).

<sup>3</sup> EIDGENÖSSISCHES VOLKSWIRTSCHAFTSDEPARTEMENT (EVD), Kantonale Notariatstarife. Vergleich der Gebühren für die öffentliche Beurkundung verschiedener Rechtsakte, Juli 2007.

<sup>4</sup> EVD (Fussnote 20), S. 6.



im einfachsten Standardverfahren bezieht» und dass, «wenn zusätzliche Leistungen, Mediationen, Komplizierungen auftreten, die verrechneten Zusatzkosten resp. die Zuschläge zwischen den Kantonen nicht vergleichbar sind», konnte er Folgendes feststellen: «1. Die Kantone mit Amtsnotariat liegen eindeutig am günstigsten. 2. Die Kantone mit gemischtem Notariat ... liegen auf mittlerem Niveau. 3. Die Kantone mit ausschliesslich freiem Notariat sind am teuersten, zum Teil sogar enorm teuer»<sup>1</sup>.

Im Jahr 2009 erstellte die Preisüberwachung einen zweiten Bericht, aus dem insbesondere hervorgeht, dass der Freiburger Notariatstarif bei Immobiliengeschäften durchschnittlich etwa 33% tiefer liegt als in den Kantonen Jura, Waadt und Wallis und ungefähr 50% unter dem Genfer Tarif. Beim Grundpfand betragen die Gebühren im Durchschnitt 15% weniger als in der Waadt und im Jura, 22% weniger als im Wallis und 33% weniger als im Kanton Genf<sup>2</sup>. In den abschliessenden Bemerkungen des Berichts empfiehlt der Preisüberwacher den Kantonen GE, VD, JU und VS, ihre Notariatstarife zu senken, während er keine Kritik am Freiburger Tarif übt.

Der Preisüberwacher hat die Empfehlung an diese Kantone im Jahresbericht 2012 wiederholt<sup>3</sup>. Er schlug dem Kanton Neuenburg sogar vor, seine Gebühren für Immobilientransaktionen den im Kanton Freiburg geltenden Tarifen anzugleichen<sup>4</sup>.

## b) Studie von Julien Schlaeppli

In seiner 2009 erschienenen Studie<sup>5</sup> vergleicht Schlaeppli für die Westschweizer Kantone und den Kanton Bern in Tabellenform einige, in der Praxis häufige Gebühren. Bei den Eigentumsübertragungen und Grundpfandverträgen kam er zu folgenden Ergebnissen:

*Grundeigentumsübertragungen*<sup>6</sup>:

### Vergleichstabelle

Anmerkung: der degressive Berechnungssatz wird in Promille angegeben (Maximum – Minimum). Ausserdem wird die Maximalgebühr angegeben, sofern der Kanton eine vorsieht. Die Beurkundungsgebühr wurde für die Werte von CHF 250 000.00, CHF 500 000.00 und CHF 1 000 000.00 berechnet. Sie ist in Schweizer Franken (CHF) angegeben.

<sup>1</sup> EVD (Fussnote 20), S. III.

<sup>2</sup> Gebührenvergleich der kantonalen Notariatstarife – aktuelle Situation, Preisüberwachung, November 2009, S. 4.

<sup>3</sup> Jahresbericht des Preisüberwachers 2012, S. 919.

<sup>4</sup> Jahresbericht des Preisüberwachers 2012, S. 917.

<sup>5</sup> SCHLAEPPI (Fussnote 14), S. 125 ff.

<sup>6</sup> SCHLAEPPI (Fussnote 14), S. 128.

Kanton	Satz / Max.	Wert 250 Tsd.	Wert 500 Tsd.	Wert 1000 Tsd.
BE	– / 9025.00	1412.50	2245.00	3745.00
FR	7 – 0.5 / 10 000.00	1055.00	1455.00	2455.00
GE	7 – 0.5 / –	1700.00	3050.00	5200.00
JU	7 – 0.5 / 15 000.00	1450.00	2400.00	3525.00
NE	30 – 1 / –	1425.00	2300.00	3300.00
VD	7 – 0.25 / –	1450.00	2300.00	3425.00
VS	5 – 1 / 100 000.00	1375.00	2375.00	3875.00

*Grundpfandverträge*<sup>7</sup>:

### Vergleichstabelle

Kanton	Satz / Max.	Wert 250 Tsd.	Wert 500 Tsd.	Wert 1000 Tsd.
BE	– / 6095.00	800.00	1300.00	2300.00
FR	5 – 0.45 / 10 000.00	825.00	1450.00	2500.00
GE	5 – 1 / –	1200.00	2200.00	3700.00
JU	5 – 1 / –	1025.00	1800.00	2800.00
NE	20 – 1 / –	980.00	1605.00	2605.00
VD	5 – 0.125 / –	1025.00	1800.00	2675.00
VS	5 – 1 / 100 000.00	1200.00	2450.00	2950.00

Aus den Tabellen geht hervor, dass die Freiburger Notarinnen und Notare bei Grundeigentumsübertragungen die tiefsten Gebühren erheben und dass die Gebühren für die Errichtung von Grundpfandverträgen unter dem Durchschnitt liegen. Der Unterschied ist noch ausgeprägter, wenn die im Kanton Freiburg geltende Gebührenobergrenze für Geschäfte mit hohem Transaktionswert berücksichtigt wird.

## c) Kritische Beurteilung

Ganz allgemein muss jeder Vergleich der drei Notariatssysteme mit Vorsicht und unter Berücksichtigung der Eigenheiten jedes Modells interpretiert werden. Ohne den Nutzen der vorgestellten Untersuchungen in Frage zu stellen, sind doch einige Vorbehalte, namentlich in Bezug auf die verwendete vereinfachte Methode angebracht. Schlaeppli ist selbst der Meinung, dass «der Vergleich sich als unmöglich erweisen kann, besonders wenn ein Geschäft, das nach dem Gesetz eines Kantons gebührenpflichtig ist, in einem anderen Kanton nicht zu den Amtstätigkeiten gehört»<sup>8</sup>. Angesichts all der stark variierenden Parameter, die berücksichtigt werden müssten, ist er der Ansicht, dass der vorgelegte Tarifvergleich keine Schlüsse

<sup>7</sup> SCHLAEPPI (Fussnote 14), S. 130.

<sup>8</sup> SCHLAEPPI (Fussnote 14), S. 125.

darüber zulasse, ob ein Tarif möglicherweise überhöht sei<sup>1</sup>. Der Autor begründet seine Meinung folgendermassen<sup>2</sup>:

- > Die in der Gebühr enthaltenen Verrichtungen variieren von Kanton zu Kanton und zwar auch im System des freiberuflichen Notariats.
- > Andere, nicht berücksichtigte Faktoren (z. B. die von ihnen getragene Verantwortung, ihr Ausbildungsniveau und der Umfang ihrer Pflichten als Amtsträger) können einen Einfluss auf den Verdienst der freiberuflichen Notarinnen und Notare haben. Dies hängt davon ab, welche Verrichtungen vom kantonalen Gesetzgeber zu den Amtstätigkeiten gezählt werden.
- > Der Betrag der Gebühr für eine bestimmte Beurkundung liefert nur wenige Informationen über den Gesamtverdienst der freiberuflichen Notarinnen und Notare, selbst wenn man ihn mit anderen Kantonen vergleicht. Ein kohärenter Vergleich des Verdiensts von Notarinnen und Notaren dürfte sich nicht darauf beschränken, die Gebühren für bestimmte Verrichtungen zu vergleichen, sondern müsste die Frage global angehen, d. h. das Einkommen aller Notariatsbüros miteinander vergleichen und dabei Art, Umfang und Zahl der verschiedenen, bearbeiteten Aufträge berücksichtigen, und zwar nach Abzug des Einkommens aus Nebentätigkeiten.
- > Bei den Immobiliengeschäften erfolgte der Vergleich unabhängig von den unterschiedlichen, in den Kantonen geltenden Immobilienpreisen.

### 5.2.3. Vorteilhaftestes System

Das System des freiberuflichen Notariats scheint insgesamt nicht nur für die Klienten der Notarinnen und Notare, sondern auch für das Gemeinwesen und folglich für die Steuerpflichtigen **vorteilhafter** zu sein und zwar aus den folgenden Hauptgründen:

- > Die von der Erstellung bis zum Vollzug einer Urkunde entstehenden Kosten sind in allen Notariatssystemen ungefähr gleich hoch. Doch während diese Kosten im freiberuflichen Notariat einzig von den Klienten der Notarinnen und Notare oder von diesen selbst (soziale Kosten) getragen werden, wird im Amtsnotariat ein Teil der Kosten vom Gemeinwesen übernommen.
- > Für eine Person, die Notariatsdienste in Anspruch nehmen muss, ist es vor allem wichtig, die Gesamtkosten der öffentlichen Beurkundung zu kennen und nicht nur den Betrag der Notariatsgebühren. Denn es besteht kein Zweifel, dass die zusätzlichen Dienstleistungen, die für die Erstellung einer öffentlichen Urkunde im Amtsnotariatsystem oft notwendig sind (z. B. von Anwälten, Treuhändern oder Banken), ebenso viel, wenn nicht sogar mehr kosten können als diejenigen von freiberuf-

lichen Notarinnen und Notaren, wobei die Leistungen dieser Spezialisten weder in einem Tarif geregelt sind noch vom Staat kontrolliert werden.

- > Ein allfälliger Systemwechsel vom freiberuflichen Notariat zum Amtsnotariat würde für den Staat (und demnach für die Steuerpflichtigen) beträchtliche Mehrkosten für Personal, Räumlichkeiten und Einrichtung bedeuten, die sehr wahrscheinlich durch die erhobenen Gebühren bei Weitem nicht gedeckt wären. In diesem Zusammenhang wird auf die jüngste – aus finanziellen Gründen im Rahmen der Sparmassnahmen durchgeführte – Gesetzesrevision des Kantons Basel-Land (s. Punkt 3.4) verwiesen, mit der das Amtsnotariat komplett privatisiert wird, was dem Kanton jährliche Einsparungen von ungefähr 3,6 Millionen Franken (Vergleich der Budgets von 2011 und 2014) erlaubt und dies allein durch die Einsparungen beim Personal (Streichung von 56 VZÄ), ohne Berücksichtigung der Infrastrukturkosten. Die Bevölkerung von Basel-Land (275 000 Einwohner/-innen) entspricht in etwa jener von Freiburg (290 000 Einwohner/-innen), die Situation ist also durchaus vergleichbar. Hinzu kommt die Tatsache, dass die Steuerpflichtigen in einem Kanton mit freiberuflichem Notariat direkt oder indirekt von Aktivitäten profitieren, denen die kantonalen Notarinnen und Notare beinahe freiwillig nachgehen: Wir denken dabei an diverse Steuern, die Notarinnen und Notare für den Staat einziehen, oder auch an Informationen, welche die Öffentlichkeit über Beratungsstellen, Notariatstage oder Publikationen erhält.

## 6. Revision der Gesetzgebung über das Notariat

In seiner Antwort auf das Postulat vom 29. März 2011 sprach sich der Staatsrat für die geforderte Untersuchung aus. Dies nicht nur aus den Gründen, welche die Autoren des Postulat aufgeführt hatten (*Numerus Clausus* oder Tarife), sondern auch weil er es für nötig hielt, einige Punkte wie die Notariatsaufsicht und das Disziplinarverfahren grundsätzlich zu überprüfen. Vorgesehen war eine Gesamtrevision der Gesetzgebung über das Notariat einschliesslich der vorgeannten und anderer Bereiche.

Zudem wurden seit der Beantwortung des Postulats auf Bundesebene umfangreiche Arbeiten aufgenommen, deren Abschluss das bisherige Notariatssystem des Kantons Freiburg radikal umwälzen wird:

- > Im Dezember 2012 gab das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) einen Vorentwurf zur Revision des Zivilgesetzbuches in Vernehmlassung. Mit einer der vorgesehenen Änderungen werden die Kantone verpflichtet, alle öffentlichen Urkunden – also auch jene für Immobilien auf ihrem Gebiet – anzuerkennen, die

<sup>1</sup> SCHLAEPPI (Fussnote 14), S. 126.

<sup>2</sup> SCHLAEPPI (Fussnote 14), S. 125.

von Urkundspersonen mit Sitz in einem anderen Kanton erstellt wurden. Das Vernehmlassungsverfahren ist abgeschlossen; das Bundesamt für Justiz erstellt zurzeit den entsprechenden Bericht.

- > Im März 2013 startete die Wettbewerbskommission (WEKO) eine Umfrage bei den Kantonen zu einem Urteil des Gerichtshof der Europäischen Union; gemäss diesem Urteil gelten für Notarinnen und Notare innerhalb der Europäischen Union die Gemeinschaftsfreiheiten und insbesondere die Niederlassungsfreiheit. Die Übertragung dieses Rechtspruchs auf die Schweiz könnte zur Folge haben, dass Notarinnen und Notare aus der Europäischen Union in der Schweiz ihre Rechte aus den bilateralen Abkommen geltend machen können. In diesem Fall wären die Schweizer Notarinnen und Notare gegenüber ihren Berufskollegen aus der Europäischen Union benachteiligt (Inländerdiskriminierung), es sei denn, das Binnenmarktgesetz (BGBM) würde auch auf sie angewendet, was gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts bis anhin nicht der Fall ist<sup>1</sup>. Die Frage der Freizügigkeit der Notarinnen und Notare wurde also offen gestellt. Nach Abschluss ihrer Untersuchung gab die WEKO am 11. Oktober 2013 zwei Empfehlungen ab: Sie empfahl einerseits, dass *«auch Notare von der interkantonalen Freizügigkeit profitieren können»*, namentlich indem die Kantone gleichwertige Ausbildungen von freiberuflichen Notarinnen und Notaren aus anderen Kantonen anerkennen, und andererseits, dass eine neue gesetzliche Grundlage auf Bundesebene geschaffen wird, *«damit die Vertragsparteien eines Grundstücksgeschäfts die öffentliche Urkunde nicht zwingend von einem Notar am Ort des Grundstücks erstellen lassen müssen, sondern auch einen Notar aus einem anderen Kanton wählen können»*<sup>2</sup>.

Es versteht sich von selbst, dass in der angekündigten Revision der kantonalen Gesetzgebung über das Notariat auch die in diesem Bereich auf Bundesebene ausgeführten Arbeiten gebührend berücksichtigt werden. Der Staatsrat wird insbesondere prüfen, ob eine Befolgung der WEKO-Empfehlungen angebracht ist, noch bevor der Bund die Kantone dazu verpflichtet. Je nach Fortschreiten der Arbeiten auf Bundesebene könnte die kantonale Gesetzesrevision zweigeteilt werden, denn es wäre nicht sinnvoll, eine grössere Revision in diesem Bereich rasch voranzutreiben, wenn das System aufgrund der Entwicklungen auf Bundesebene kurz- oder mittelfristig erneut komplett überdacht werden muss.

## 7. Beantwortung der Fragen des Postulats

### > *Welches ist das für den Bürger vorteilhafteste System?*

Angesichts der bisherigen Ausführungen ist der Staatsrat der Ansicht, dass das System des freiberuflichen Notariats, das in unserem Kanton besteht, weiterhin die Organisationsform ist, die jenen, welche die Dienste einer Urkundsperson in Anspruch nehmen müssen, die umfassendste Dienstleistung in der besten Qualität bietet.

Es wurde aufgezeigt, dass das Amtsnotariat, obwohl es auf den ersten Blick tatsächlich finanziell vorteilhafter erscheint, häufig bedeutet, dass für die Parteien nebst der eigentlichen Beurkundung Zusatzkosten für die Beratung und die Erstellung der Urkunde anfallen (s. Punkt 5.2.1 a). Diese Kosten können offensichtlich beachtlich sein und dürfen bei der Evaluation der Kosten, die bei der Inanspruchnahme einer Urkundsperson anfallen, nicht verschwiegen werden.

Im freiberuflichen Notariat werden die Kosten für die Verrichtungen zudem von jenen Personen getragen, die sie beanspruchen, was gerecht erscheint, da es ja in erster Linie um die privaten Interessen von Privatpersonen geht. Beim Amtsnotariat würde ein Teil der Kosten unweigerlich dem Gemeinwesen und damit den Steuerpflichtigen aufgebürdet, d. h. selbst jenen, die keine Notariatsdienste in Anspruch nehmen, was nicht wünschenswert ist.

Schliesslich muss diese Frage auch aus der Perspektive der Interessen des Staates selbst betrachtet werden. In dieser Hinsicht ist die aktuelle Entwicklung der Gesetzgebung des Kantons Basel-Land besonders aufschlussreich (s. Punkt 3.4). Dieser Kanton hat sich vor Kurzem dazu entschlossen, das Amtsnotariat zugunsten des freiberuflichen Notariats abzuschaffen, und zwar im Rahmen von Struktur- und Sparmassnahmen. Es scheint offensichtlich, dass unser Kanton, sollte er in die entgegengesetzte Richtung gehen, mit bedeutenden Ausgaben für die Einrichtung des Amtsnotariats konfrontiert wäre. Selbst wenn der Systemwechsel gewünscht wäre – was nicht der Fall ist –, würde die aktuelle Finanzlage des Staates eine solche Ausgabe nicht erlauben.

### > *Falls Freiburg beim aktuellen System bleibt, müsste der Staat nicht die Berechnungsweise der Notariatshonorare überarbeiten, damit die Kosten für die Bürger nicht über dem Schweizer Durchschnitt liegen?*

Die Behauptung, dass die Freiburger Tarife über dem Schweizer Durchschnitt liegen, muss relativiert werden. Es stimmt tatsächlich, dass die Gebühren der Freiburger Notarinnen und Notare verglichen mit Kantonen mit Amtsnotariat oder gemischtem Notariat überdurchschnittlich sind. Im Vergleich mit den Kantonen, die das freiberufliche Notariat gewählt haben, stellt sich jedoch heraus, dass Freiburg einer der günstigsten Kantone ist (s. Punkt 5.2.2 a).

Der Staatsrat wird auf der Grundlage obgenannter Kriterien die Überarbeitung der Notariatstarife prüfen (s. Punkt 4.3).

<sup>1</sup> BGE 128 I 280.

<sup>2</sup> <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=50564>.

> ***Ist in diesem Fall der Numerus Clausus noch gerechtfertigt?***

Sofern das System des freiberuflichen Notariats beibehalten wird, stellt sich tatsächlich die Frage, ob der *Numerus Clausus* weiterhin gerechtfertigt ist. Diese Frage wird im Rahmen der Revision der kantonalen Gesetzgebung über das Notariat (s. Punkt 4.2) und insbesondere unter Berücksichtigung der Entwicklung der Bundesgesetzgebung (s. Punkt 6) untersucht.

Der Staatsrat weist darauf hin, dass sich diese Frage bis vor Kurzem nicht stellte, da in den letzten ca. 20 Jahren die gesetzliche Höchstzahl an Notarinnen und Notaren nie erreicht wurde. Durchschnittlich waren jedes Jahr 4,6 Plätze frei<sup>1</sup>. Die Höchstzahl wurde erst Mitte Oktober 2013 erreicht. Aktuell sind 46 Notarinnen und Notare im Besitz eines Patents, davon sind vier über 70 Jahre alt. Im Jahr 2013 bleiben demnach keine freien Plätze übrig. 2014 werden zwei Patentinhaber 70 Jahre alt, wodurch zwei Plätze frei werden. Das Argument, wonach der Numerus Clausus dem freien Wettbewerb schade, war also bisher rein hypothetisch.

Die Zahl der zugelassenen Notarinnen und Notare hat sich in den letzten Jahren zunehmend der festgelegten Höchstzahl angenähert. Hier muss das Bevölkerungswachstum seit der letzten Änderung des *Numerus Clausus* in die Überlegungen einbezogen werden. Im Jahr 1984 zählte der Kanton 190 033 Einwohnerinnen und Einwohner, während es Ende 2012 bereits 291 395 waren. Die Bevölkerung ist also um mehr als 53% gewachsen.

Bei einer Entscheidung für die Beibehaltung des *Numerus Clausus* müsste sich die optimale Zahl der Notarinnen und Notare nach der Auftragszahl richten, sodass es genügend Urkundspersonen für die Befriedigung der Nachfrage gibt und diese in ihrem Beruf alle ein ausreichendes Einkommen erwirtschaften können. Da sich die Auftragszahl sich proportional zur Bevölkerungszahl des Kantons verhält, würde einzig das Bevölkerungswachstum eine Erhöhung des *Numerus Clausus* rechtfertigen.

## **Schlussfolgerung**

In naher Zukunft wird der Notariatsberuf wohl eine heikle Wende erfahren, wenn man von den laufenden Arbeiten auf Bundesebene ausgeht, d. h. vom Entwurf zur Änderung des Zivilgesetzbuches betreffend die öffentliche Beurkundung und von der Absicht, die Notarinnen und Notare dem Binnenmarktgesetz zu unterstellen.

Infolgedessen beschliesst der Staatsrat, dass eine – zumindest teilweise – Revision der Gesetzgebung über das Notariat nötig ist und sehr bald aufgenommen wird.

Abschliessend bittet Sie der Staatsrat, von diesem Bericht Kenntnis zu nehmen.

---

<sup>1</sup> Verfügbare Plätze 1992: 5, 1993: 5, 1994: 7, 1995: 7, 1996: 6, 1997: 6, 1998: 5, 1999: 5, 2000: 5, 2001: 6, 2002: 5, 2003: 8, 2004: 6, 2005: 4, 2006: 3, 2007: 3, 2008: 2, 2009: 2, 2010: 3, 2011: 3, 2012: 2.