

Der Grosse Rat des Kantons Bern

Mittwoch (Nachmittag), 25. November 2015

Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion

**73 2015.RRGR.521 Motion 138-2015 Brännimann (Mittelhäusern, glp)
Modernisierung des bernischen Notariats - Revision des Notariatsgesetzes**

Vorstoss-Nr.: 138-2015
Vorstossart: Motion
Eingereicht am: 19.05.2015
Eingereicht von:

Brönnimann (Mittelhäusern, glp)
(Sprecher/in)
Rudin (Lyss, glp)

Weitere Unterschriften: 0
RRB-Nr.: 1077/2015 vom 9. September 2015
Direktion: Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion

Modernisierung des bernischen Notariats - Revision des Notariatsgesetzes

1. Der Regierungsrat wird beauftragt, dem Grossen Rat eine Revision des Notariatsgesetzes vorzulegen.
2. Bei der Revision sind insbesondere folgende Punkte zu berücksichtigen:
 - a. Die Rechtsgrundlagen für einen erleichterten elektronischen Geschäftsverkehr sind zu modernisieren.
 - b. Die Minimalgebühren sind aufzuheben.
 - c. Die Zulassung einer Notariats-AG und zeitgemässer Bürogemeinschaften soll ermöglicht werden.
 - d. Die Organisationsautonomie der Notariate ist generell zu stärken.
 - e. Der für notarielle Handlungen investierte Zeitaufwand ist bei der Gebührenfestlegung verstärkt zu berücksichtigen.

Begründung:

Ein übergeordnetes volkswirtschaftliches Ziel dieses Vorstosses ist eine Senkung der Belastung der Gebührenpflichtigen bei Beibehaltung oder Verbesserung der bisherigen Qualitätsstandards. Dieses Ziel kann realistischsterweise am wahrscheinlichsten erreicht werden, wenn den Gebührensensenkungen auf der Einnahmenseite der Notariate Verbesserungen auf der Seite des Geschäftsverkehrs und der Organisationsautonomie gegenübergestellt werden.

Das bernerische Notariatsgesetz wurde letztmals am 22. November 2005 revidiert. Es ist also 10 Jahre alt. In den letzten 10 Jahren haben sich die Rahmenbedingungen für notarielle Geschäfte massgeblich verändert. Viele Informationen können heutzutage via Datenaustausch ermittelt werden. Dadurch können notarielle Dienstleistungen effizienter erbracht werden. Die technischen Grundlagen für den elektronischen Geschäftsverkehr sind fortgeschritten. Auch dies bringt für die Zukunft weitere Effizienzgewinne.

Das rechtliche Korsett des bernischen Notariatsgesetzes ist sehr eng um nicht sogar zu sagen wettbewerbsfeindlich. Im Geschäftsbereich der Rechtsdienstleistung haben sich in den letzten Jahren grosse Rechtsfirmen etabliert (Anwalt-AGs), die eine Vielzahl von Dienstleistungen anbieten. Im Sinne von gleich langen Spiessen für alle ist es angebracht, die Zulassung einer Notariats-AG und branchenverwandter Bürogemeinschaften zu prüfen. Insbesondere die Artikel 3, 4, 15 und 16 des Notariatsgesetzes sind zu eng gefasst.

Es ist unbestritten und zum Teil sogar gewollt, dass es zwischen rentablen und unrentablen Geschäften gemäss aktueller bernischer Notariatsgesetzgebung zu einer Quersubventionierung

kommt. Durch die Immobilienpreissteigerungen der letzten 10 Jahre hat die Akzeptanz für die Gebührenhöhe insbesondere bei Immobiliengeschäften in der Bevölkerung abgenommen. Es darf nicht sein, dass die einen Kunden im grossen Stil andere «hoheitliche» Geschäfte anderer Kunden mit ihren Gebühren quersubventionieren. Dies liegt nicht in der (Rechts-)Natur von Gebühren, die eine Kostendeckung erwirken sollen.

Es wird durchaus akzeptiert, dass ein Notar ein Einkommen erzielen soll, das seiner Ausbildung und Verantwortung entspricht (vergleichbar z. B. mit einem Richter, einem Anwalt oder einem Arzt). Ausser Frage steht auch, dass im Notariatswesen tüchtigere und innovativere Notariate mehr verdienen können sollen als der Durchschnitt. Die Vergangenheit hat zudem gezeigt, dass der Grosse Rat kein Amtsnotariat will. Stossend ist aber, dass Notariate mittels staatlich garantierter Mindestgebühren ihre respektablen Umsätze erzielen und durch genau diese Mindestgebühren ein wünschenswerter brancheninterner Wettbewerb verhindert wird. Deshalb sind die Mindestgebühren aufzuheben. Es darf auch nicht sein, dass durch die Mindestgebühren die Löhne der Notare in «umsatzschwachen» Kantonsgebieten künstlich subventioniert werden. Falls es tatsächlich Probleme geben sollte im Bereich der notariellen Grundversorgung, sollten andere Möglichkeiten zur Aufrechterhaltung der notariellen Dienstleistungen in Erwägung gezogen werden. In Zeiten, in denen man der Bevölkerung eine längere Fahrt ins nächste Spital zumutet, darf auch eine Autofahrt ins nächste Zentrum mit einem Notariat kein Tabu sein.

Die Vorschriften von Artikel 43 und 44 zur Buchführung sollten dahingehend überarbeitet werden, dass aus der Buchhaltung eines Notariats ersichtlich wird, mit welchem Zeitaufwand von welchen Fachpersonen in welchen Geschäften welcher Umsatz erzielt wurde. Für notarielle Handlungen ist zukünftig der Zeitaufwand und die benötigte Qualifikation zur Erledigung des Geschäfts verstärkt zu berücksichtigen. Ob sich die aktuellen Notariatsgebühren immer noch im schweizerischen Mittel bewegen, ist zumindest fragwürdig und könnte in einem Bericht erarbeitet werden. Dieser Bericht kann vom Regierungsrat in eigener Regie verfasst werden. Deshalb wird er in dieser Motion explizit nicht gefordert, um das Risiko zu verhindern, dass zwar ein Bericht verfasst wird, die nötige Revision des Notariatsgesetzes und der dazugehörigen Verordnung aber einmal mehr auf die lange Bank geschoben werden.

Antwort des Regierungsrats

1. Zu Ziffer 1 der Motion

Der Motionär verlangt eine Revision des Notariatsgesetzes vom 22. November 2005 (NG) mit dem Ziel, einerseits die Notariatsgebühren zu senken. Andererseits soll die Organisationsautonomie für die Bernischen Notariate erhöht werden. Obwohl die Bernischen Notariate freiberuflich tätig sind, üben sie in ihrem Monopolbereich, der sogenannten «hauptberuflichen Tätigkeit», eine hoheitliche, staatliche Tätigkeit aus. Von «nebenberuflicher Tätigkeit» wird dann gesprochen, wenn die Bernischen Notariate in einem Bereich tätig sind, der auch anderen Berufsgattungen wie Anwälten, Treuhändern, Steuerexperten etc. offen steht. Gerade weil freiberufliche Urkundspersonen eine staatliche Tätigkeit ausüben, müssen sie hohen Anforderungen an Unabhängigkeit und Integrität genügen. So sieht das seit dem 1. Januar 2006 geltende NG denn auch gewisse Einschränkungen in der Organisationsautonomie der Bernischen Notariate ausdrücklich vor. Diese dürfen beispielsweise keine unvereinbaren Tätigkeiten ausüben (Art. 4 NG). Insbesondere sind spekulative Geschäfte, wie die gewerbsmässigen Liegenschaftsvermittlungen, mit dem Notariat unvereinbar. Ein Notariat darf nur eine Bürogemeinschaft mit anderen Notariaten oder registrierten Anwälten oder Anwältinnen führen (Art. 16 NG). Eine Bürogemeinschaft mit Treuhändern, Steuerexperten, Architekten usw. ist somit nicht zulässig. Zudem ist die Ausübung des Notariats auf Rechnung einer juristischen Person (AG/GmbH) ausgeschlossen. Ein Notariat kann sich somit nur als Einzelunternehmung, Einfache Gesellschaft oder Kollektivgesellschaft organisieren. Weiter müssen die Bernischen Notariate im Vergleich zu anderen Berufsgattungen verschärfte Vorschriften über Geldverkehr, Buchhaltung und Zahlungsbereitschaft einhalten. Zu erwähnen ist zudem die Revisionspflicht für die Bernischen Notariate.

Es besteht somit ein Zusammenhang zwischen den Notariatsgebühren und der beschränkten Organisationsautonomie für die Bernischen Notariate. So hat das Verwaltungsgericht des Kantons Bern ausgeführt (vgl. Urteil vom 5. November 2014 Nr. 100.2013.232U, E. 4.1):

«Zwar haben Notarinnen und Notare hohen Anforderungen an Unabhängigkeit und Integrität zu genügen; umgekehrt stellt es ein Privileg ihres Berufsstands dar, für die notarielle Tätigkeit gestützt auf die Verordnung vom 26. April 2006 über die Notariatsgebühren (.....) eine öffentlich-

rechtliche Kausalabgabe erheben zu können. (...). Es ist deshalb auch unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten ohne weiteres hinzunehmen, dass die Notarinnen und Notare wegen ihrer hoheitlichen Funktion gewissen (lukrativen) Nebenerwerbstätigkeiten nicht nachgehen können.»

Auch der Motionär geht von diesem Zusammenhang aus. Eine politische Diskussion über die Höhe der Notariatsgebühren darf somit nicht isoliert geführt werden. Ein verstärkter Wettbewerb im Rahmen der Notariatsgebühren würde wohl in der Tat eine verstärkte Organisationsfreiheit für die Bernischen Notariate bedingen. Eine Öffnung der Organisationsfreiheit für die Bernischen Notariate darf jedoch nicht zu einer substanziellen Schwächung der Unabhängigkeit und der Integrität führen. Wenn die Bernischen Notariate im Geschäftsverkehr (insbesondere auch mit der Verwaltung, wie Grundbuch- und Handelsregisterämter) nicht mehr eine erhöhte Glaubwürdigkeit geniessen, kann dies zu zusätzlichem Aufwand für Private, KMU und auch die Verwaltung führen. Bevor über die Angemessenheit von Notariatsgebühren entschieden werden kann, muss daher vorgängig nach sorgfältiger Analyse definiert werden, welche Anforderungen an das Bernische Notariat mit welchem Qualitätsstandard gestellt werden sollen. Wie in anderen Bereichen (bspw. Bildungswesen) darf Qualität und Unabhängigkeit etwas kosten. Zudem dürfen die Notariatsgebühren des freiberuflichen Notariats nicht unbesehen mit denjenigen des Amtsnotariats verglichen werden. Beim Amtsnotariat fehlt es nämlich an einer Rechtsbelehrungspflicht. Regelmässig muss bei diesem zudem vor der eigentlichen Verurkundung ein Anwalt oder eine Anwältin für die Vertragsgestaltung beigezogen werden.

Die letzte NG-Revision liegt an sich erst knapp zehn Jahre zurück. Die letzte (interkantonale) Evaluation der Notariatsgebühren erfolgte sogar erst vor knapp fünf Jahren. Alleine wegen der Notariatsgebühren sähe der Regierungsrat daher noch keinen zwingenden Handlungsbedarf. Trotzdem verschliesst sich der Regierungsrat einer erneuten Revision des NG nicht. Es hat sich nämlich gezeigt, dass die rechtliche und technische Entwicklung seit der letzten NG-Revision erheblich war und das NG den entsprechenden Anforderungen teilweise nicht mehr genügt. Nachfolgend seien einige Punkte beispielhaft aufgeführt:

- a. Art. 16 NG erlaubt für Bernische Notariate nur eine Bürogemeinschaft mit im Anwaltsregister eingetragenen Personen. Eine Bürogemeinschaft mit juristischen Personen galt als nicht zulässig. Im Zeitpunkt der letzten NG-Revision durften sich forensisch tätige Anwälte und Anwältinnen nicht in einer AG oder GmbH organisieren. Erst im Jahr 2008 hat das Bundesgericht entschieden, dass sich Anwälte und Anwältinnen auf die Wirtschaftsfreiheit berufen können. In der Praxis haben sich nun zahlreiche sogenannte Anwalts-AG gebildet. Im Sinne einer Lückenfüllung hat die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion (JGK) als Notariatsaufsichtsbehörde darauf Bürogemeinschaften von Notaren mit einer Anwalts-AG zugelassen. Eine Regelung auf gesetzlicher Ebene wäre jedoch angebracht, da insbesondere zu klären ist, inwiefern die Anwalts-AG der notariatsrechtlichen Revisionspflicht unterliegen, sofern ein Notar oder eine Notarin ihre Anwaltsmandate über die Anwalts-AG abwickelt. Angesichts ihrer hoheitlichen Tätigkeit als Urkundspersonen können sich die Bernischen Notariate gemäss geltender Rechtsprechung nicht auf die Wirtschaftsfreiheit berufen. Wegen des klaren Wortlauts von Art. 3 NG dürfen sich daher Notarinnen und Notare für ihre hauptberufliche Tätigkeit nicht in Form einer AG oder GmbH organisieren. Andere Kantone haben jedoch in der Zwischenzeit die sog. «Notariats-AG» ausdrücklich zugelassen (so die Kantone Uri und Luzern). In diesem Punkt besteht somit ebenfalls ein Klärungsbedarf durch den bernischen Gesetzgeber.
- b. Das bernische Notariatsrecht kennt, im Gegensatz zum Anwaltsrecht, kein Verfahren zur Entbindung von der Geheimhaltungspflicht. Das führt insbesondere in Strafverfahren dazu, dass ein Notar oder eine Notarin ein Zeugnisverweigerungsrecht geltend machen muss, was allenfalls dem Ansehen des Notariatsstands schaden kann. Demgegenüber können Notariate im Säumnisfall nur unter erschwerten Umständen ein ausstehendes Honorar gegenüber ihrer Klientschaft geltend machen. Sofern sie gerichtlich vorgehen müssen, befinden sie sich mangels Entbindungsverfahrens immer an der Grenze zur straf- und disziplinarrechtlichen Verantwortlichkeit wegen möglicher Verletzung der Geheimhaltungspflicht.
- c. Die Bundesverfassung kennt unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf unentgeltliche Notariatsdienstleistungen. Im NG fehlen Bestimmungen, die diesen Anspruch konkretisieren und das entsprechende Verfahren regeln.
- d. Die gesetzlichen Grundlagen für die Vermeidung unvereinbarer Tätigkeiten (Liegenschaftsvermittlungen als Hauptbeispiel) und unzulässiger Büroauftritte (Internet, Briefpapier etc.) sind anzupassen. Bei der Liegenschaftsvermittlung kommen in der Praxis Umgehungskonstruktionen vor, die vom Gesetzeswortlaut nicht mehr ausdrücklich abgedeckt sind. Ob dann tatsächlich eine

mit dem Notariat unvereinbare Liegenschaftsvermittlung vorliegt, muss aufwändig in einem Disziplinar- oder Administrativverfahren abgeklärt werden. Bernischen Notariate dürfen nur sehr eingeschränkt Bürogemeinschaften eingehen (s. oben Ziffer 1.a). In der Praxis hat sich gezeigt, dass zahlreiche Notariate diese Schranke mit Hilfe des Internets zu umgehen versuchen (als Beispiel: gemeinsame Homepages mit Architekten oder Verlinkung). Im Rahmen einer Gesetzesrevision sollte geklärt werden, inwieweit solche Büroauftritte zulässig sind.

In Anbetracht dieser Umstände ist der Regierungsrat daher grundsätzlich bereit, dem Grossen Rat eine Revision des NG vorzulegen. Allerdings sind auf nationaler Ebene sowohl im politischen als auch im rechtlichen Bereich Entwicklungen im Gang, welche die Ausgestaltung eines kantonalen Notariatsgesetzes massgeblich beeinflussen können. So ist beim Bundesgericht ein Verfahren hängig, in dem entschieden werden muss, ob sich eine freiberufliche Urkundsperson trotz staatlicher Funktion auf die Wirtschaftsfreiheit berufen kann. Zudem muss das Gericht über die Kompatibilität des Bernischen Notariatsrechts mit dem EU-Recht entscheiden. Zudem wird die Bundespolitik festlegen müssen, ob neu ein eidgenössisches Beurkundungsgesetz eingeführt wird. Hier ist der zeitliche Horizont offen. Daher beantragt der Regierungsrat, Ziffer 1 der Motion als Postulat anzunehmen. Es wäre nämlich nicht sinnvoll, wenn innert den verbindlichen Vollzugsfristen eine NG-Revision durchgezogen werden muss, obwohl absehbar ist, dass wegen neuer bundesrechtlicher Vorgaben schon bald wieder eine erneute Revision an die Hand genommen werden muss. Zudem kann der Regierungsrat allenfalls vor Beginn der eigentlichen Revisionsarbeiten einen Evaluationsbericht erarbeiten.

2. Zu Ziffer 2.a, c und d der Motion

In diesen Punkten will der Motionär im Wesentlichen die Organisationsautonomie der Bernischen Notariate erweitern. Der Regierungsrat ist mit der Stossrichtung einverstanden, möchte jedoch die konkrete Ausgestaltung jeweils eingehend prüfen. Er ist bereit zu prüfen, ob Rechtsgrundlagen geändert werden müssen, um den elektronischen Geschäftsverkehr zu erleichtern (Ziffer 2.a). Allerdings erschweren weniger die rechtlichen Schranken den elektronischen Geschäftsverkehr als immer noch vorhandene technische Schranken.

Der Senkungsspielraum bei den Notariatsgebühren dürfte zudem nicht allzu gross sein. Die administrativen Erleichterungen fallen aktuell nämlich eher bei der Verwaltung (Grundbuch- und Handelsregisterämtern) an. Weiter ist zu beachten, dass die Bernischen Notariate für den Eintritt in den elektronischen Geschäftsverkehr vorerst kostspielige Investitionen in Hard- und Software (Lizenzgebühren) vornehmen müssen.

Der Regierungsrat ist bereit, die Zulässigkeit einer Notariats-AG und eine verstärkte Organisationsautonomie zu prüfen (Ziffer 2.d). Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit und die konkrete Ausgestaltung einer Notariats-AG sind jedoch vertieft zu analysieren. Dasselbe gilt für die Lockerung der Schranken bezüglich einer Bürogemeinschaft. Der Regierungsrat beantragt daher in diesen Punkten Annahme als Postulat.

3. Zu Ziffer 2.e der Motion

Gemäss Art. 52 Abs. 1 NG bemisst sich die Notariatsgebühr nach dem Arbeitsaufwand, nach der Bedeutung des Geschäfts, nach der von der Notarin oder vom Notar übernommenen Verantwortung sowie nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Klientschaft. Der Entscheid über die konkrete Höhe der Notariatsgebühren liegt in der abschliessenden Kompetenz des Regierungsrats (Art. 52 Abs. 2 NG). Vorgegeben ist jedoch, dass er bei Geschäften mit Geschäftswert einen gestaffelten Rahmentarif und bei solchen ohne Geschäftswert einen Rahmentarif erlassen muss (Art. 52 Abs. 4 NG). Innerhalb des Rahmentarifs gelten dann die Grundsätze von Abs. 1. Der (gebotene) Zeitaufwand ist an sich heute schon ein wichtiges, wenn nicht sogar das wichtigste Bemessungskriterium. Der Motionär verlangt nun eine noch stärkere Gewichtung des Zeitaufwands. Für dieses Anliegen spricht, dass der Zeitaufwand als Kriterium für die Bemessung des Entgelts für eine Dienstleistung generell wohl gut akzeptiert ist. Der Regierungsrat warnt jedoch ausdrücklich vor einer rein aufwandorientierten Bemessung der Notariatsgebühren. Auf diese Weise würden eher langsam arbeitende Notariate gegenüber effizienteren Büros bevorteilt. Weiter würde eine bis anhin politisch gewollte Quersubventionierung unter den diversen Notariatsgeschäften aufgehoben. Zudem bedeutet eine nach Zeitaufwand orientierte Bemessung der Notariatsgebühren alleine noch nicht, dass die konkrete Höhe der Gebühr tiefer ist. Zu berücksichtigen ist vor allem, nach welchem Stundenansatz der Zeitaufwand berechnet wird. Der Regierungsrat ist jedoch bereit, das Anliegen des Motionärs zu prüfen. Ob und wenn ja in welchem Ausmass der Zeitaufwand stärker gewichtet werden soll, möchte der Regierungsrat erst nach eingehender Analyse entscheiden. In diesem Sinne wird Annahme als Postulat beantragt.

4. Ziffer 2.b der Motion

Der Regierungsrat hat vorgängig ausführlich dargelegt (s. oben Ziff. 2 und 3), dass er sich nicht gegen eine grundsätzliche Überprüfung der Notariatsgebühren wehrt. Sollte eine Analyse zeigen, dass gewisse Rahmentarife für bestimmte Arbeiten im interkantonalen Vergleich zu hoch sind, ist eine Anpassung der Gebührenverordnung zu prüfen. Dabei kann auch die Aufhebung der verbindlichen Minimalgebühr bei den Rahmentarifen näher geprüft werden. Es wird in diesem Zusammenhang auf die Antwort des Regierungsrats zur Motion Bhend (Steffisburg, SP) M 113-2015 verwiesen, die gleichzeitig beantwortet wird.

Der Regierungsrat beantragt:

Annahme als Postulat

Gemeinsame Beratung siehe Geschäft 2015.RRGR.343