

Per E-Mail: info.jgk@jgk.be.ch

Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern
Generalsekretariat
Postfach
Münstergasse 2
3000 Bern 8

Rechtswissenschaftliche Fakultät
Departement für Privatrecht
**Institut für Notariatsrecht und
Notarielle Praxis**

Bern, 17. April 2019

Vernehmlassung zur Teilrevision des Notariatsgesetzes (NG; BSG 169.11)

Sehr geehrte Frau Regierungsrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Für Ihr Schreiben vom 18. Januar 2019 und die damit eröffnete Gelegenheit zur Vernehmlassung danken wir Ihnen bestens. Gerne nehmen wir zur Vorlage wie folgt Stellung:

I. Vorbemerkung

Vorweg sei im Interesse der Transparenz offen gelegt, dass der die Vernehmlassung Unterzeichnende nach vorangegangener Tätigkeit in der Praxis seit 1997 an der Universität Bern wirkt und seit 2001 zunächst als Lehrbeauftragter und ab 2003 als Ordinarius für Privatrecht sowie Notariatsrecht auch Vorstandsmitglied des Verbandes bernischer Notare ist.

II. Allgemeines

Es ist heute anerkannt, dass der Kanton Bern über ein bestens funktionierendes, qualitativ hochstehendes Notariat mit einem umfassenden und auch beratenden Angebot verfügt. Insgesamt darf darin durchaus auch ein Standortvorteil für den Kanton Bern erblickt werden (so auch Vortrag, S. 3 f.).

Das freiberufliche System des sog. lateinischen Notariats hat sich bewährt, nicht nur in Bern, sondern in weiten Teilen der Schweiz. Das zeigt sich auch daran, dass seit Inkrafttreten des schweizerischen ZGB im Jahre 1912 in keinem Kanton ein Wechsel von einem

freien in ein staatliches Notariat stattgefunden hat, wohingegen in verschiedenen Kantonen ein Übergang von einem staatlichen in ein freies oder jedenfalls gemischtes System erfolgt ist.

Dass die Vernehmlassungsvorlage des Regierungsrates am bewährten freien Berufsnotariat festhält, ist deshalb uneingeschränkt zu begrüßen. Bei den dabei anstehenden Gesetzgebungsarbeiten gilt es aus Sicht des Unterzeichnenden besonders zu beachten, dass *rechtssichere, praktisch handhabbare und die Qualität des Notariats verbessernde Rechtsgrundlagen* erlassen werden. Die vorliegende, kurze Vernehmlassung orientiert sich im Wesentlichen an dieser Optik.

III. Einzelbemerkungen

1. Organisationsmöglichkeiten für das freiberufliche Notariat

Der vorgelegte Entwurf lässt neu die Organisation des Notariatsbüros in der Gestalt einer AG oder GmbH zu, was *zu begrüßen* ist. Das öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnis des Klienten wird dabei weiterhin zur Notarin als natürlicher Person begründet und nicht direkt zur juristischen Person.

Es fragt sich, ob nicht auch eine weitergehende Zulassung der juristischen Person im Sinne der Entstehung des Rechtsverhältnisses der Kundin direkt zur Notariats-AG oder -GmbH ermöglicht werden sollte. Solches wäre jedenfalls nicht grundsätzlich ausgeschlossen (vgl. WOLF, Zivilrechtliche Organisationsmöglichkeiten für das freiberufliche Notariat, in: Ruf/Pfäffli (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Verband bernischer Notare, Langenthal 2003, S. 303 ff., 315 f.). Mit Blick auf die in den vergangenen Jahren erfolgte Entwicklung in der Organisation der Anwaltskanzleien und der rechtlichen Ausgestaltung des Anwaltsmandates wäre die Frage einer solchen weiteren Öffnung unseres Erachtens nunmehr doch vertiefter zu prüfen. Die Organisationsstruktur müsste dabei aber selbstverständlich auf jeden Fall Gewähr bieten für die unabhängige, freie Berufsausübung und die Einhaltung aller im Interesse der Qualitätssicherung unabdingbaren Berufspflichten.

2. Liegenschaftsvermittlung

Nach dem Entwurf soll Liegenschaftsvermittlung im marktüblichen Rahmen neu mit dem Notariatsberuf vereinbar sein. Allerdings werden für den konkreten Fall zugleich strenge Ausstandsvorschriften statuiert.

Der Vortrag weist diesbezüglich darauf hin, dass die Liegenschaftsvermittlung nicht von Bundesrechts wegen mit dem Notariatsberuf unvereinbar sei (Vortrag, S. 6). Derart gene-

rell dürfte die Aussage allerdings zweifelhaft sein und wohl nicht wirklich vollumfänglich zutreffen. Im Schrifttum wird vielmehr aus der Unabhängigkeit des Notars namentlich ein Verzicht auf «jede direkte oder indirekte Betätigung im Grundstückhandel» abgeleitet (BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, N. 3482). Jede entsprechende Betätigung sei geeignet, die Neutralität der Urkundsperson in Frage zu stellen. Als Grund für die Unvereinbarkeit erwähnt wird dabei «das Risiko, dass die Urkundsperson Marktinformationen für eigene Zwecke missbraucht, welche ihr in ihrer beruflichen Eigenschaft von der Klientschaft anvertraut» werden (BRÜCKNER, a.a.O.). Ein Blick in die Notariatsrechte der Kantone bestätigt, dass verbreitet Verbote der Liegenschaftsvermittlung bestehen (vgl. CARLEN, Notariatsrecht der Schweiz, Zürich 1976, S. 64; MOOSER, Le droit notarial en Suisse, 2e édition, Berne 2014, N. 104). Die über die heutige lex lata hinausgehende Zulassung der Liegenschaftsvermittlung erweist sich generell als mit der Unabhängigkeit des Notars im Grunde kaum wirklich vereinbar und ist auf jeden Fall geeignet, diesbezüglich Zweifel beim Publikum zu wecken.

Der vorliegende Entwurf zeigt denn die diesbezügliche Gefahr der Tangierung der Unabhängigkeit durch die Liegenschaftsvermittlung auch mit aller Deutlichkeit auf, wird doch in diesem Zusammenhang zugleich als Korrektiv eine überaus strenge Ausstandspflicht mit Nichtigkeitsfolge vorgeschlagen. Im Vergleich mit den sonstigen Ausstandsgründen erweist sich die in Art. 33a E. NG vorgesehene Ausstandspflicht als weitgehend, soweit ersichtlich offenbar auch mehrere ausstandsrechtliche Teilaspekte kombinierend – dies entgegen dem heute geltenden Grundsatz, wonach Ausstandsgründe nicht miteinander kombiniert werden dürfen – und letztlich wohl wenig praktikabel, weil im Einzelfall für die betroffene Notarin kaum anwendbar und im Ergebnis auch kaum überprüfbar. Als überschüssig erweist sich sodann die Gleichstellung der Liegenschaftsvermittlung mit der Selbstbeteiligung des Notars hinsichtlich der Nichtigkeitsfolge der öffentlichen Urkunde (Art. 24 Abs. 1 lit. c E NG). Die normative Gewichtung stimmt in der Optik des Unterzeichnenden hier nicht mehr.

Es wäre in der Tat keine gute Gesetzgebung, mit der Liegenschaftsvermittlung zwar dem Scheine nach ein neues Tätigkeitsgebiet für Urkundspersonen als zulässig zu eröffnen, dieses alsdann aber sogleich wiederum mit einer erst noch praktisch kaum handhabbaren Ausstandsvorschrift zu schliessen.

Der Entwurf dürfte in dieser Hinsicht unnötigerweise ein Ansehensrisiko für Urkundspersonen schaffen, er führt als Korrektiv eine nicht praktikable Ausstandspflicht ein und bewirkt im Ergebnis erhebliche Rechtsunsicherheit. Dies wirkt sich aus zulasten der Notarinnen und Notare sowie letztlich ebenfalls zulasten ihrer Klientschaft, die von einer Nichtigkeitsfolge bei bejahem Verstoß gegen den Ausstandsgrund natürlich immer auch mitbetroffen wäre.

Gerade im Bereiche der Unvereinbarkeiten und der Ausstandsgründe ist eine klare, eindeutige Gesetzgebung zwingend, geht es dabei doch um fundamentale Berufspflichten und

zentrale Grundpfeiler des Vertrauens in die Urkundspersonen und damit der Qualität des Notariates. In diesem Lichte betrachtet schafft der Entwurf im Grunde unzumutbare Rechtsunsicherheit.

Es ist deshalb *auf die Zulassung der Liegenschaftsvermittlung zu verzichten*, womit auch die Einführung des eher zweifelhaft statuierten Ausstandsgrundes gegenstandslos wird. Stattdessen ist *an der heutigen, die verschiedenen Interessen durchaus angemessen ausgleichenden Rechtslage* (wie sie namentlich im Kreisschreiben der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion vom 20. Dezember 2012 an die im Notariatsregister des Kantons Bern eingetragenen Notarinnen und Notare über den Liegenschaftenhandel, die Liegenschaftsvermittlung und die Liegenschaftsverwaltung umschrieben ist) *festzuhalten*.

3. Notariatsgebühren

Hinsichtlich der Notariatsgebühren wird vom Regierungsrat «ein radikaler Wechsel» vorgeschlagen (Vortrag, S. 5). Generell bleiben *Zweifel, ob radikale Wechsel wirklich geeignete Ratgeber hin zu guter Gesetzgebung bilden*. Das wäre allenfalls und höchstens dann der Fall, wenn die bisherige Normierung als eindeutig mangelhaft oder geradezu unzulässig erschiene, so dass sie ins Gegenteil gewendet werden müsste. Das lässt sich freilich vom heutigen Gebührensystem im bernischen Notariat keinesfalls sagen.

Auf den ersten Blick mag eine Tarifierung rein nach Zeitaufwand eine gewisse Plausibilität auf ihrer Seite haben. Bei näherer Betrachtung ergeben sich dabei Zweifel. Im interkantonalen Rechtsvergleich sind rein nach Zeitaufwand bestimmte Notariatsgebühren die seltene Ausnahme. Der vorgeschlagene reine Stundentarif erweist sich nach hierseits vorgenommener Einschätzung als den Eigenheiten der im Hauptberuf öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Notars wohl nur bedingt gerecht werdend, als wenig praktikabel, als nicht eigentlich transparent und deshalb auch als streitanfällig. Diese *Unzulänglichkeiten eines reinen Zeitaufwandtarifs* sind denn von Experten sowie auch in der Politik und namentlich vom Regierungsrat des Kantons Bern selber bereits vor nicht allzu langer Zeit erkannt worden (Bericht des Regierungsrates an den Grossen Rat, Evaluation der Totalrevision der Notariatsgebühren, vom 16. März 2010 S. 5, mit folgender Kernaussage: «Bewusst verzichtet wurde auf eine Aufwandgebühr. Der Regierungsrat und der Grosse Rat schlossen sich damit der überwiegenden Mehrheit der Expertenkommission an, welche befunden hatte, dass die Abrechnung nach Arbeitsaufwand nicht transparent sei und wenig speditive Arbeitsweisen belohne.») In diesem Lichte betrachtet erweist sich der nunmehr vorgeschlagene «radikale» Systemwechsel als im Grunde nicht nachvollziehbar.

Statt des reinen Abstellens auf einen Zeittarif bestehen unseres Erachtens *adäquatere Systeme der Tarifierung der Notariatsgebühren*. Hierseits wird dem Gesetzgeber deshalb eine diesbezüglich weitere, vertiefte Suche nach einer die Eigenheiten des Notariats als einem

bedeutenden Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit angemessener berücksichtigenden, praktikableren Lösung empfohlen.

4. Formulierungen und gegebenenfalls Systematisierung

Verschiedene Formulierungen erscheinen als sprachlich nicht wirklich geglückt. An dieser Stelle sei etwa hingewiesen auf Art. 3 Abs. 3 E NG («Der Sitz einer Notariats-AG oder einer Notariats-GmbH muss im Kanton Bern sein.»). Es darf davon ausgegangen werden, dass Formulierung und gegebenenfalls Systematisierung noch verbessert werden.

IV. Schluss

Wir bitten Sie, die vorgebrachten Überlegungen im weiteren Gesetzgebungsprozess in die Berücksichtigung einzubeziehen, und danken Ihnen bestens dafür. Für allfällige Fragen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Institut für Notariatsrecht und
Notarielle Praxis der Universität Bern



Prof. Dr. Stephan Wolf,
Fürsprecher und Notar,
Ordinarius für Privatrecht sowie
Notariatsrecht an der Universität Bern