



## Botschaft 2015-DSJ-121

30. November 2015

### des Staatsrats an den Grossen Rat zum Entwurf des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über das Notariat (Zahl der Notare und Aufsicht)

Hiermit unterbreiten wir Ihnen den Entwurf des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über das Notariat. In der Einleitung werden der Kontext des Gesetzesentwurfs und sein Entstehungsprozess ausführlich dargelegt, anschliessend folgt ein Kommentar zu den einzelnen Artikeln.

#### 1. Notwendigkeit der Revision

Das Notariatsgesetz (NG) trat am 1. Februar 1968 in Kraft.

In seiner Antwort vom 29. März 2011 auf das Postulat Nr. 2080.10 Nicolas Rime/Hugo Raemy über das System der öffentlichen Beurkundung sprach sich der Staatsrat für eine gründliche Überarbeitung dieses Gesetzes aus, namentlich was die Fragen Numerus Clausus, Aufsicht über die Notare und Disziplinarverfahren betrifft, aber auch was gewisse, überholte Begriffe angeht. Der Staatsrat bekräftigte seinen Willen zur Revision des Gesetzes in seinem Bericht zum genannten Postulat, der dem Grossen Rat am 26. November 2013 überwiesen wurde.

Wahrscheinlich werden jedoch zwei Projekte auf Bundesebene das Notariat, wie wir es heute kennen, besonders in unserem Kanton grundlegend verändern.

- > Im Dezember 2012 gab das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) einen Entwurf zur Revision des Zivilgesetzbuches in Vernehmlassung. Mit einer der vorgesehenen Änderungen werden die Kantone verpflichtet, alle öffentlichen Urkunden anzuerkennen, die von Urkundspersonen mit Sitz in einem anderen Kanton erstellt wurden, also auch jene für Liegenschaften auf ihrem Gebiet. Das Vernehmlassungsverfahren ist abgeschlossen und das Bundesamt für Justiz hat die eingegangenen Stellungnahmen in einem Bericht zusammengefasst. Darin steht kurz gesagt, dass die «Nachführung» der bundesrechtlichen Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung mehrheitlich begrüsst wird, wenngleich nur knapp überwiegend seitens der Kantone. Demgegenüber wird die Freizügigkeit der öffentlichen Urkunden im Bereich der Liegenschaftsgeschäfte mehrheitlich abgelehnt. Eine grosse Anzahl Vernehmlassungsteilnehmer befürwortet schliesslich die vorgeschlagene Erweiterung der elektronischen öffentlichen Beurkundung auf die Urschrift.

Der Staatsrat hatte sich in diesem Vernehmlassungsverfahren radikal gegen die freie Wahl der Urkundsperson ausgesprochen, d. h. gegen die Abschaffung des Rechts der Kantone, in einem anderen Kanton errichtete öffentliche Urkunden nicht anzuerkennen, wenn sie Liegenschaften in ihrem Hoheitsgebiet betreffen.

- > Im März 2013 startete die Wettbewerbskommission (WEKO) eine Umfrage bei den Kantonen zu einem Urteil des Gerichtshof der Europäischen Union, nach dem für Notarinnen und Notare innerhalb der Europäischen Union die Gemeinschaftsfreiheiten und insbesondere die Niederlassungsfreiheit gelten. Die Übertragung dieses Rechtsspruchs 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 das Bundesgericht bis jetzt ablehnt<sup>1</sup>. Die Frage der Freizügigkeit der Notarinnen und Notare wurde also offen gestellt.

Der Staatsrat stellte sich in dieser Befragung entschlossen gegen die Interpretation der WEKO. Die WEKO war zum Schluss gekommen, dass die Notariatstätigkeit nicht zu den Tätigkeiten gehört, die mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet sind. Doch die öffentliche Beurkundung ist laut Bundesgericht<sup>2</sup> eine den hoheitlichen Befugnissen zuzurechnende, amtliche Tätigkeit. Demzufolge bedeutet die Interpretation der WEKO – namentlich die Anwendbarkeit des BGBM auf Notarinnen und Notare –, dass der freie Wettbewerb der Rechtssicherheit und dem Schutz der Öffentlichkeit vorgezogen wird.

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

<sup>2</sup> BGE 128 I 280

Nach ihrer Umfrage gab die WEKO am 11. Oktober 2013 zwei Empfehlungen ab: 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>1</sup>.

Der Schweizerische Notarenverband (SNV) meinte zu diesen Einschätzungen, dass sie der aktuellen Vielfältigkeit des Notariatswesens in der Schweiz nicht Rechnung trügen. Seiner Meinung nach wäre vielmehr «eine umfassende Regelung des schweizerischen Notariats zu wagen, darin inbegriffen ein einheitliches Anforderungsprofil an die Qualität der Notariatsausbildung. Bis zu einer solchen Angleichung besteht mit Rücksicht auf die erheblichen kantonalen Unterschiede kein Anlass, die volle Freizügigkeit der Urkunde einzuführen. Diesbezüglich sei der Vergleich mit der Ausübung des Anwaltsberufs erlaubt. Für die Ausübung des Anwaltsberufs wurde vom Bundesgesetzgeber erkannt, dass die Einführung der Freizügigkeit eine einheitliche bundesrechtliche Regelung erfordert. Mit dem Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) wurde nicht nur der Grundsatz der Freizügigkeit geregelt, sondern gleichzeitig wurden die Grundsätze der anwaltlichen Berufsausübung einheitlich geregelt. Was für die Anwälte als richtig erkannt wurde, muss auch für die Notare gelten. Ohne einheitliche Notariatsprozessordnung, ohne einheitliche fachliche Voraussetzungen (vgl. Art. 7 BGFA), ohne einheitliche Grundbuchpraxis in der ganzen Schweiz und ohne einheitlichen elektronischen Zugang zum Grundbuch in der ganzen Schweiz lehnt der SNV die volle Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde ab. Der SNV fordert dementsprechend, allfällige Reformprozesse koordiniert, auf der Grundlage einer gesamtheitlichen Betrachtungsweise und unter Einbezug des Notariats anzugehen.»<sup>2</sup>

Angesichts dieser Überlegungen auf Bundesebene hat der Staatsrat beschlossen, nur eine Teiländerung des NG vorzunehmen, welche die wichtigsten anzupassenden Punkte betrifft, namentlich den Numerus Clausus, das Aufsichtssystem und die Anpassung von überholten Bestimmungen. In der Tat scheint es wenig sinnvoll, in diesem Bereich rasch

eine Gesamtrevision vorzunehmen, wenn das Rechtssystem aufgrund der Entwicklung des Bundesrechts über kurz oder lang erneut komplett überarbeitet werden muss. Eine Gesamtrevision des Gesetzes wäre wahrscheinlich eine beachtliche Arbeit, bei der die grosse Gefahr bestünde, dass sie im Widerspruch zu den auf Bundesebene laufenden Änderungen steht. So könnte es geschehen, dass das Gesetz aufgrund der Entwicklung des Bundesrechts über kurz oder lang erneut komplett überarbeitet werden müsste. Allerdings ist ebenfalls ausgeschlossen, auf die bundesrechtlichen Änderungen zu warten und nichts zu unternehmen, besonders mit Blick auf den Numerus Clausus.

Da nämlich die Höchstzahl der Notare erreicht ist, können keine neuen Notare ihre Arbeit aufnehmen. Die seit 1986 auf 42 festgesetzte Zahl ist jedoch nicht mehr zeitgemäss, da die Bevölkerung und damit auch die Zahl der Beurkundungen seither deutlich gewachsen ist.

Die aktuelle Revision kann wenn nötig nach Abschluss der Arbeiten auf Bundesebene vervollständigt werden.

## 2. Grundzüge des Entwurfs

### 2.1. Änderung des Numerus Clausus

Der Numerus Clausus ist eine Einschränkung, die Anfang des 19. Jahrhunderts eingeführt wurde. 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 Annahme des Gesetzes vom 20. September 1967 über das Notariat wurde die Kantonierung abgeschafft, der Numerus Clausus jedoch 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.

Das Postulat 2080.10 Nicolas Rime/Hugo Raemy über das System der öffentlichen Beurkundung strebte ebenfalls indirekt eine Abschaffung des Numerus Clausus an. Dies trifft auch auf die Motion 2013-GC-77 Girard Raoul/Rey Benoît über die Abschaffung des Numerus Clausus betreffend die Höchstzahl der Notare im Kanton zu.

Wie im Bericht zum Postulat Rime/Raemy<sup>3</sup> erwähnt, wahrt der Numerus Clausus für die Befürworter seiner Beibehaltung drei Interessen:

- > Das Interesse des Staates an einem System, in dem die Rechtssicherheit und die Umsetzung der gesetzlichen Bestimmungen gewährleistet sind. Der Staat delegiert

<sup>1</sup> <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=50564>

<sup>2</sup> Wettbewerb um jeden Preis? – Warum die Empfehlung der Weko vom 23.09.2013 der falsche Weg ist, [http://www.schweizernotare.ch/de/Home-de/?oid=1854&lang=de&news\\_eintragId=1](http://www.schweizernotare.ch/de/Home-de/?oid=1854&lang=de&news_eintragId=1)

<sup>3</sup> [http://www.fr.ch/publ/files/pdf59/2013-DSJ-68\\_rapport\\_de.pdf](http://www.fr.ch/publ/files/pdf59/2013-DSJ-68_rapport_de.pdf)

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:

- > 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 müssen, 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.
- > Die Abschaffung des Numerus Clausus scheint zudem die logische Konsequenz der WEKO-Empfehlungen und der auf Bundesebene offenbar geplanten Änderungen zu sein. Tatsächlich ergibt es keinen Sinn mehr, die Zahl der Notare in unserem Kanton zu beschränken, wenn Notare anderer Kantone und sogar ausländische Notare Urkunden ausstellen können, die unser Kantonsgebiet betreffen.

In der Diskussion zum Bericht des Staatsrats zum Postulat Rime/Raemy im Dezember 2013 konnte man erneut vernehmen, dass die Frage des Numerus Clausus eines von mehreren Elementen sei, die wahrscheinlich diskutiert werden müssten, da die auf 42 beschränkte Höchstzahl 1986 festgelegt wurde und der Kanton Freiburg seither ein enormes Bevölkerungswachstum erfahren hat<sup>1</sup>.

Schliesslich ist es eine politische Frage, ob der Numerus clausus beibehalten wird. Unter diesem Gesichtspunkt ist der Staatsrat der Meinung, dass die Argumente für die Abschaffung des Numerus clausus stärker wiegen als diejenigen für den Beibehalt dieses Systems, das es nur im Kanton Freiburg

gibt. Er sieht insbesondere keinen Grund dafür, eine Ausnahme von der freien Marktwirtschaft zu machen und diesen Beruf gegen die Konkurrenz zu schützen. Ausserdem teilen sich heute einige grosse Büros den Grossteil des Marktes, und deshalb ist es für die anderen schwierig, anständig von ihrem Beruf zu leben, ohne dass sie ihre Tätigkeit diversifizieren.

Wenn aber der Numerus clausus beibehalten werden soll, muss die Höchstzahl unbedingt geändert werden.

## 2.2. Änderung des Systems der Aufsicht über die Notare

Das System der Aufsicht durch die drei Instanzen Staatsrat, Sicherheits- und Justizdirektion und Notariatskammer ist nicht zufriedenstellend. Der Entwurf schlägt die Schaffung einer Aufsichtsbehörde nach dem Vorbild jener für den Anwaltsberuf, d. h. einer Notariatskommission vor. So ist die einzige zuständige Behörde in jedem Fall die genannte Kommission, wodurch die Frage der Zuständigkeit ein für alle Mal geklärt wird.

Ein weiterer Vorteil der Notariatskommission besteht darin, dass sie aus Personen zusammengesetzt ist, die als Experten bezeichnet werden können, wie z. B. Notare, Universitätsprofessoren oder Vertreter der richterlichen Gewalt.

Derzeit nimmt die Notariatskammer in schweren Fällen eine Aufsichtsrolle wahr. Mit der Schaffung der Notariatskommission verliert sie diese Funktion. Allerdings verliert sie ihre Rolle im Disziplinarverfahren auch in der Revision nicht ganz, denn der Entwurf sieht bei Anzeigen durch Privatpersonen ein systematisches Mediationsverfahren vor. Dieser Mediationsprozess wird von der Notariatskammer durchgeführt.

## 2.3. Revision überholter Bestimmungen

Ohne auf die Vorschläge des Entwurfs weiter einzugehen sei hier erwähnt, dass das NG mehrere überholte Begriffe wie jenen der Rehabilitation (im aktuellen Art. 4) enthält. Die Gelegenheit wird deshalb für eine Bereinigung des Gesetzes genutzt.

## 2.4. Änderung des Gesetzes über die amtliche Vermessung

Die Gelegenheit dieser Gesetzesänderung wird auch dazu genutzt, das Gesetz über die amtliche Vermessung dahingehend zu ändern, dass die amtlichen Geometer, die ebenfalls gewisse öffentliche Urkunden ausfertigen dürfen, elektronische Ausfertigungen dieser Urkunden erstellen können.

## 3. Finanzielle und personelle Auswirkungen

Die Schaffung einer Notariatskommission hat nur geringe finanzielle Auswirkungen, da die entsprechenden Personen für

<sup>1</sup> Amtliches Tagblatt der Sitzungen des Grossen Rates vom 12. Dezember 2013, S. 2373

ihre Arbeit Sitzungsgelder erhalten, wie dies bei der Anwaltskommission der Fall ist. Die Führung des Sekretariats übernimmt das Amt für Justiz, dem das aktuelle Gesetz bereits mehrere Aufträge in diesem Bereich überträgt. In personeller Hinsicht hat der Entwurf demnach keine Auswirkungen.

Ebenso werden durch die neue Kommission weder beim Amt für Justiz noch bei der Sicherheits- und Justizdirektion Mittel frei. Die Arbeit, die durch die Vorbereitung der Kommissionssitzungen, die Führung des Sekretariats und die Verfassung der Entscheide anfällt, wird sehr wahrscheinlich dem heutigen Arbeitsaufwand entsprechen. Die eigentlich einzige Änderung betrifft die Entscheide. Sie werden nicht mehr im Namen des Staatsrats oder vom Sicherheits- und Justizdirektors, sondern im Namen der neuen Kommission gefällt.

Der Entwurf hat keine Auswirkungen auf die Aufgabenverteilung zwischen Staat und Gemeinden oder auf die nachhaltige Entwicklung. Er bereitet keine Probleme in Bezug auf seine Verfassungsmässigkeit, seine Übereinstimmung mit dem Bundesrecht und seine Europaverträglichkeit.

## **4. Kommentar zu den einzelnen Artikeln**

### **4.1. Gesetz über das Notariat**

#### *Artikel 2*

Es stellt sich die Frage, ob der Numerus Clausus beibehalten und erhöht oder im Gegenteil abgeschafft werden soll. Der Staatsrat hat dieses Thema insbesondere in Punkt 4.2 des oben zitierten Berichts zum Postulat Rime/Raemy behandelt.

Diese Frage ist höchst politisch. Deshalb schlug der Staatsrat im Vernehmlassungsverfahren zwei zu prüfende Varianten vor, die Erhöhung des Numerus Clausus oder seine Abschaffung.

Beide Varianten erhielten von den Vernehmlassungsteilnehmern etwa gleich viel Zuspruch. Die Notariatskammer sprach sich gegen die Aufhebung des Numerus Clausus aus, aber für die vorgeschlagene Erhöhung der Patentzahl auf 50 oder sogar 55.

Der Staatsrat schlägt dem Grossen Rat hingegen vor, den Numerus Clausus abzuschaffen.

Tatsächlich wird der Notariatsberuf, wie auch der Anwaltsberuf, frei ausgeübt. Es besteht also kein Anlass, die Zahl der in unserem Kanton zugelassenen Notare zu beschränken. Tatsächlich handelt es sich um einen schwerwiegenden Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit, der einem übertriebenem Protektionismus gleichkommt, den kein öffentliches Interesse rechtfertigt. Der Numerus Clausus wird aufgehoben, wodurch der freie Wettbewerb zwischen den Notaren ermöglicht wird.

Die Abschaffung erlaubt allen Personen, die sich für die Ausübung des Notariatsberufs interessieren, das erforderliche

Studium zu absolvieren, ohne befürchten zu müssen, den Beruf wegen einer Begrenzung nicht ausüben zu können, die wie ein anachronistisches Relikt aus dem früheren System erscheint<sup>1</sup>. Der Grundsatz der Chancengleichheit wird damit eingehalten.

Schliesslich kann mit der Abschaffung des Numerus Clausus das Spiel des freien Wettbewerbs dazu beitragen, die Qualität der Notariatsdienste zu verbessern. Zur Qualitätssicherung der Notariatsleistungen ist festzuhalten, dass die Anforderungen der Notariatsausbildung weiterhin hoch bleiben (ein Praktikum von 24 Monaten zusätzlich zum Universitätsstudium) und dass deshalb ein übermässiger Zustrom in diesen Beruf selbst ohne Numerus Clausus schwer vorstellbar ist. Es sei zudem daran erinnert, dass nur Praktika, die in Kanzleien des Kantons absolviert wurden, angerechnet werden können. Diese hängen wiederum von der Zahl der Praktikumsplätze ab, welche weiterhin beschränkt ist.

Wenn Artikel 3 Abs. 2 aufgehoben wird, muss Artikel 10 ergänzt werden. Dort würde dann zum ersten Mal auf «die Direktion», in diesem Fall die Sicherheits- und Justizdirektion, verwiesen.

Dies war auch die Antwort des Staatsrat auf die Motion 2013-GC-77 Girard Raoul/Rey Benoît über die Abschaffung des Numerus Clausus betreffend die Höchstzahl der Notare im Kanton.

#### *Artikel 3*

Wenn der Numerus clausus abgeschafft wird, gilt nur der erste Satz von Artikel 3 Abs. 1 NG. Deshalb muss der Rest dieses Artikels aufgehoben werden.

#### *Artikel 4 Bst. d*

Die Bedingungen für die Erteilung eines Notariatspatentes entsprechen jenen für die Erteilung der Bewilligung zur Ausübung des Anwaltsberufs. Deshalb wird hier die Formulierung des Gesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte übernommen. Wir weisen darauf hin, dass die Rehabilitierung im Strafrecht nicht mehr existiert.

#### *Artikel 6 Abs. 1 Bst. b*

Seit der Professionalisierung der Friedensgerichte 2008 gehört die Funktion der Friedensrichterin und des Friedensrichters zu jenen der richterlichen Gewalt, die bereits in Buchstabe a enthalten sind.

<sup>1</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.

## **Artikel 8**

Mit der Änderung dieses Artikels wird die Möglichkeit, den Eid durch ein feierliches Versprechen zu ersetzen, formell eingeführt.

## **Artikel 9**

Mit dieser Änderung des NG wird das System der Aufsicht über die Notare angepasst, indem – entsprechend dem Anwaltsberuf und seiner Anwaltskommission – eine Notariatskommission eingeführt wird. Es ist deshalb logisch, dass einige Aufgaben, für die bisher entweder die Sicherheits- und Justizdirektion oder das Amt für Justiz zuständig waren, nun dieser neuen Kommission übertragen werden.

## **Artikel 11**

Im Vernehmlassungsverfahren war vorgeschlagen worden, den Betrag der verlangten Sicherheiten zu erhöhen. Dieser Vorschlag wurde kritisiert. Es wurde angeführt, dass der Zweck der Massnahme nicht klar sei, umso mehr als gleichzeitig eine Berufshaftpflichtversicherung verlangt werde. Es sei nicht ersichtlich, welche Fälle durch diese Versicherung nicht gedeckt wären. Ausserdem ist diese Form von Sicherheiten nur mit einer Bürgschaft möglich, es sei denn der Notar verfüge über den entsprechenden Barbetrag. Die Versicherungsprämien für diese Bürgschaften sind allerdings sehr hoch (mehrere Tausend Franken pro Jahr), weshalb die Versicherungsgesellschaften und die Banken den grössten Vorteil aus einer solchen Regelung ziehen würden.

Die Pflicht, Sicherheiten zu leisten, wird deshalb abgeschafft zugunsten einer Berufshaftpflichtversicherung über einen höheren Betrag. Dieser wird im Reglement festgelegt.

## **Artikel 13, 13a und 13b**

Der Entwurf unterscheidet klar zwischen den Fällen, in denen ein Patent von Rechts wegen erlischt, und jenen, in denen ein Gestaltungsentscheid der Aufsichtsbehörde nötig ist. Gemäss Artikel 13 erlischt so beispielsweise das Patent eines Notars, wenn gegen ihn der Konkurs eröffnet oder er unter umfassende Vormundschaft gestellt wird.

Wenn hingegen die übrigen Bedingungen für die Erteilung eines Patentbesitzes nicht mehr erfüllt sind (strafrechtliche Verurteilung, Auftreten eines Falles von Unvereinbarkeit, Fehler einer Haftpflichtversicherung usw.), muss die Notariatskommission eine Untersuchung einleiten und dem betreffenden Notar die Möglichkeit zur Stellungnahme geben, bevor sie ihm gegebenenfalls unter Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit das Patent entzieht.

Für die Dauer des Verfahrens kann die Aufsichtsbehörde das Notariatspatent vorläufig einstellen, unabhängig davon, aus welchem Grund ein Entzug droht.

Das Gesetz regelt auch die Bedingungen der Einstellung eines Patentbesitzes.

## **Artikel 14**

Im Entwurf ist ein Patententzug nach zwei disziplinarischen Einstellungen (aktueller Art. 13 Abs. 2) nicht mehr vorgesehen, da diese Massnahme in die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde fällt. Aus diesem Grund wird Artikel 14 Abs. 2 aufgehoben.

Es obliegt nunmehr der Aufsichtsbehörde, gegebenenfalls unter Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit zu entscheiden, ob vor der allfälligen Vergabe eines neuen Patentbesitzes eine Wartefrist verfügt werden muss und wie lange diese dauert (s. Art. 42 Abs. 4 neu).

## **Artikel 17**

Es handelt sich um eine Korrektur des Verweises auf das neue Ausführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch.

## **Artikel 22**

Vgl. Kommentar zu Artikel 9 oben.

## **Artikel 26**

Zwar geht aus der Bundesgesetzgebung (Art. 321 Ziff. 2 des Strafgesetzbuchs, StGB) hervor, dass die Aufsichtsbehörde einen Notar vom Berufsgeheimnis entbinden kann. Dennoch scheint es angebracht, diese Möglichkeit im kantonalen Gesetz ausdrücklich vorzusehen. Siehe dazu auch Artikel 166 Abs. 1 Bst. b der Schweizerischen Zivilprozessordnung, der vorsieht, dass eine dritte Person die Mitwirkung verweigern kann, soweit sie sich wegen Verletzung eines Geheimnisses nach Artikel 321 StGB strafbar machen würde, es sei denn, dass sie von der Geheimhaltungspflicht entbunden worden ist. In diesem Fall ist sie zur Mitwirkung verpflichtet, es sei denn, sie macht glaubhaft, dass das Geheimhaltungsinteresse das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt.

## **Artikel 31<sup>bis</sup>**

Das Kantonsgericht ist dabei, seine Organisation anzupassen. Es ist deshalb angebracht, in diesem Artikel den Verweis auf den Moderationshof zu streichen, damit das Gesetz unabhängig von der internen Organisation, die das Kantonsgericht wählt, weiterhin der Wirklichkeit entspricht.

## **Artikel 35–39**

Das aktuelle System der disziplinarischen Aufsicht über die Notare ist relativ komplex. Die Notariatskammer ist momentan für leichte Fälle zuständig, der Staatsrat für schwere Ver-

fehlungen und die Sicherheits- und Justizdirektion für alle übrigen Fälle (aktueller Art. 39). Diese Aufgabenteilung ist nicht ideal und nicht immer klar.

Es wurde deshalb beschlossen, das System nach dem Vorbild des Anwaltsberufs grundlegend zu verändern und eine Notariatskommission zu schaffen.

### **Artikel 35**

Die Notare werden der Aufsicht der Notariatskommission unterstellt. Diese Kommission übernimmt – wie die Anwaltskommission bei den Anwältinnen und Anwälten – alle Kompetenzen der Notariatsaufsicht. Da die Notare jedoch einen Teil der staatlichen Macht ausüben, bleibt die Kompetenz zur Erteilung von Patenten beim Staatsrat.

Die Kommission untersteht weiterhin der Oberaufsicht des Staatsrates. Dies bedeutet insbesondere, dass sie dem Staatsrat jährlich Bericht erstatten muss.

Dieser Artikel legt die Zusammensetzung der Notariatskommission (5 Mitglieder und 3 Stellvertretende) fest und sieht ausdrücklich vor, welche Organe dem Staatsrat Kandidatinnen und Kandidaten vorschlagen können. Die vom Kantonsgericht vorgeschlagenen Personen müssen der richterlichen Gewalt, aber nicht zwingend dem Kantonsgericht angehören. Es versteht sich von selbst, dass bei der Wahl der Kandidaten auf eine ausgewogene Vertretung der beiden Sprachgemeinschaften des Kantons zu achten ist.

Schliesslich sei festgehalten, dass das Mitglied, das ohne Vorschlag von Dritten vom Staatsrat ernannt wird, namentlich ein Vertreter der Notariatsklientel, ein Mitglied der Professorenschaft der Universität oder ein Vertreter der Grundbuchämter oder des Handelsregisters sein kann.

### **Artikel 35a (neu)**

Die Notariatskommission hat als Aufsichtsbehörde weitreichende Aufgaben und Kompetenzen. Sie wird zudem mit einer allgemeinen Kompetenzklausel versehen (Abs. 2 Bst. f).

Ihre Aufgaben sind mit jenen der Anwaltskommission vergleichbar. Im Gegensatz zur Anwaltskommission, die für die Eintragung der Anwälte ins kantonale Register zuständig ist, darf die Notariatskommission jedoch keine Patente erteilen.

Dieser Artikel regelt die Frage der Kosten des Disziplinarverfahrens, wobei der Staatsrat die Zuständigkeit für die Festsetzung der Beträge erhält. Natürlich sollten die Gebühren mit jenen vergleichbar sein, die in Disziplinarverfahren im Zusammenhang mit dem Anwaltsberuf erhoben werden.

### **Artikel 35b (neu)**

Die Kommission kann die Instruktion und die Vorbereitung der Entscheide an eines ihrer Mitglieder oder an das Amt für Justiz delegieren. Zu diesem Zweck kann sie für die Bearbeitung bestimmter Bereiche Unterkommissionen bilden.

Im Übrigen gilt das Reglement über die Organisation und die Arbeitsweise der Kommissionen des Staates (KomR; SGF 122.0.61). Dort finden sich auch die wichtigsten Organisationsbestimmungen.

### **Artikel 36**

Das System der Ernennung von zwei Notariatsinspektoren durch den Staatsrat wird beibehalten. Diese Inspektoren erstatten jedoch neu der Notariatskommission und nicht mehr dem Staatsrat Bericht.

### **Artikel 37**

Die Inspektionen werden von den Inspektoren organisiert. Es wird jedoch vorgesehen, dass die Kommission die Inspektoren damit beauftragen kann, eine oder mehrere spezifische Inspektionen durchzuführen. Diese Inspektionen können ein bestimmtes Problem oder die systematische Überprüfung eines zusätzlichen Bereichs betreffen.

### **Artikel 38**

Vgl. Kommentar zu Artikel 9 oben.

### **Artikel 39**

Disziplinarbehörde ist gemäss dem neuen Artikel 35b Abs. 2 Bst. b die Notariatskommission.

### **Art. 40**

Das Disziplinarverfahren wird ähnlich gestaltet wie das der Anwaltskommission bei der Anwaltsaufsicht. Es gelten insbesondere die Bestimmungen des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG). Dabei handelt es sich namentlich um die Artikel 15 ff. VRG. Es wird darauf hingewiesen, dass hier folglich keine genauen Angaben notwendig sind, wenn das Verfahren – wie beispielsweise die Begründung des Disziplinarsentscheids – demjenigen des VRG entspricht.

Die Disziplinarbehörde kann wie bisher von Amtes wegen oder auf Anzeige handeln.

Für Fälle, in denen die Anzeige von einer Privatperson ausgeht, wird ein Mediationsverfahren eingeführt. Schwerwiegende Fälle bleiben dabei vorbehalten. Dies wird damit begründet, dass eine Lösung ermöglicht werden soll, die insbesondere den Kläger zufriedenstellt. Natürlich bedeutet eine erfolgreiche Mediation, dass auch der Notar mit der

Lösung einverstanden ist. Im Gegensatz dazu hat ein Disziplinarverfahren keine praktischen Konsequenzen für den Kläger, da dieser nicht daran teilnimmt. In einer Mediation ist hingegen eine Lösung des Problems möglich: Oft bringt ein Problem, das Klient und Notar nicht selbst lösen können, den unzufriedenen Klienten dazu, sich zu beschweren.

#### **Art. 40a (neu)**

Der Mediationsversuch ist obligatorisch, wenn die Anzeige von einer Privatperson ausgeht. Sehr oft kann mit einem vorgängigen Mediationsverfahren das Problem entschärft werden, bevor es ein grösseres Ausmass annimmt. Die Erfahrung zeigt, dass eine nicht zu vernachlässigende Zahl von Differenzen durch Missverständnisse entsteht, die durch eine neutrale Drittperson geklärt werden können.

Wir verweisen insbesondere auf die Artikel 125 fr. des Justizgesetzes und auf die Verordnung über die Mediation in Zivil-, Straf- und Jugendstrafsachen.

Da die Notariatskammer besondere Kenntnisse über den Notariatsberuf und die Notare des Kantons vorweisen kann, wird die Mediationskompetenz ihr übertragen.

#### **Artikel 40b (neu)**

Es wird ein summarisches Verfahren eingeführt, um eine rasche Bearbeitung von Anzeigen zu ermöglichen, die von vornherein unzulässig oder unbegründet erscheinen.

#### **Artikel 41**

Da nun die Notariatskommission für die Einstellung von Notaren in ihrem Beruf oder den Entzug ihres Patentes zuständig ist, muss die Staatsanwaltschaft die Kommission und nicht mehr den Staatsrat über die Eröffnung einer Strafuntersuchung informieren. In diesem Artikel müssen also zwei terminologische Anpassungen vorgenommen werden.

#### **Artikel 41a (neu)**

Mit dieser Änderung wird das Recht auf rechtliches Gehör im Gesetz verankert, obwohl es aus dem VRG offensichtlich hervorgeht.

#### **Artikel 42**

In diesem Artikel werden die bisherigen Sanktionen übernommen, wobei die «Mahnung» durch den aktuelleren Begriff der «Verwarnung» ersetzt und der Höchstbetrag der möglichen Bussen erhöht wird (gleich wie für Anwältinnen und Anwälte).

Zudem erhält die Kommission die Kompetenz, bei einem Patententzug eine allfällige Wartefrist zu verfügen, die ver-

streichen muss, bevor ein neues Patent beantragt werden kann.

#### **Artikel 43**

Dieser Artikel regelt die Frage der Kosten im Disziplinarverfahren.

#### **Artikel 43a (neu)**

Da Notare einen Teil der staatlichen Macht ausüben und ihr Patent vom Staatsrat erhalten, ist es gerechtfertigt, dass dem Staatsrat Entscheide über die Einstellung oder den Entzug von Patenten mitgeteilt werden.

Während das öffentliche Interesse verlangt, dass jeder definitive Entzug eines Patentes öffentlich bekanntgegeben wird, trifft dies nicht unbedingt zu, wenn ein Patent als provisorische Massnahme für die Dauer eines Verfahrens oder als Disziplinarstrafe vorübergehend eingestellt wird. In diesen Fällen verfügt die Kommission über einen Ermessensspielraum: Sie kann eine Veröffentlichung anordnen, wenn die betreffende Notarin oder der betreffende Notar die Anweisungen der Kommission nicht befolgt oder wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht.

#### **Artikel 44**

Es handelt sich einzig um eine terminologische Änderung.

#### **Artikel 44a**

Absatz 2 kann aufgehoben werden, da in Zukunft weder die Notariatskammer noch die Direktion Disziplinarstrafen aussprechen werden. Die Entscheide der Notariatskommission sind mit Beschwerde gemäss VRG beim Kantonsgericht anfechtbar. Der Form halber sei darauf hingewiesen, dass die im neuen Artikel 40a vorgesehene Mediationsvereinbarung nicht anfechtbar ist, da sie eine Übereinkunft festhält.

#### **Artikel 49**

##### **Absatz 1**

Es wird vorgeschlagen, zur Personenbeschreibung am Anfang der notariellen Urkunde den Zivilstand der Parteien hinzuzufügen, aber nur sofern dieser von rechtlichem Interesse ist (wie beim Verkauf einer Familienwohnung). Dies ist unter den Notaren bereits üblich. Es erlaubt insbesondere der Grundbuchverwalterin oder dem Grundbuchverwalter sicherzustellen, dass die eherechtlichen Zustimmungen notwendig sind bzw. nicht vorgewiesen werden müssen. Es gibt hingegen heute keinen Grund mehr, den Zivilstand von Mann und Frau unterschiedlich anzugeben. So müssen die Notare eine einheitliche, vom Geschlecht der betroffenen

Person unabhängige Formulierung finden: Die aktuelle Praxis mit den Angaben «Herr XY ist verheiratet», aber «Frau XY ist die Ehefrau von Herrn XY» ist demnach aufzugeben.

Ausserdem ist die Angabe von Abstammung und Beruf, die früher nötig war, um die Parteien eindeutig zu identifizieren, heutzutage nicht mehr notwendig. Sie kann den betroffenen Personen in manchen Fällen sogar unangenehm sein. Diese Anforderungen sind deshalb zu streichen.

#### *Absatz 2*

Ein Grundbuchamt und die Aufsichtsbehörde über das Grundbuch haben auf ein Problem bei der Beschreibung von Liegenschaften in notariellen Urkunden und bei der formellen Kontrolle durch die Grundbuchverwalterinnen und -verwalter hingewiesen.

Die Artikel 45 ff. NG regeln die Modalitäten der öffentlichen Beurkundung entsprechend der Kompetenzübertragung von Artikel 55 Abs. 1 Schlusstitel des Zivilgesetzbuches. Aus diesen Artikeln geht hervor, dass Beurkundungen über Liegenschaften gemäss Grundbuchauszug zu beschreiben sind. Wird diese Bestimmung verletzt, so hat die notarielle Urkunde gemäss Artikel 53 Bst. b NG nicht die Form einer öffentlichen Urkunde. Doch obwohl die Beschreibung der Liegenschaft nicht gesetzeskonform ist, hat die notarielle Urkunde dennoch die Form einer öffentlichen Urkunde, solange die Beschreibung ausreicht, um jeden Zweifel über die Liegenschaft auszuräumen.

In der Praxis ist dies problematisch, wenn die notarielle Urkunde nicht in allen Punkten dem Grundbuchauszug entspricht. Die Grundbuchverwalterin oder der Grundbuchverwalter stellt dann fest, dass die Urkunde Artikel 49 Abs. 2 NG widerspricht. In der Folge wird die Urkunde nicht als öffentliche Urkunde im Sinne des kantonalen Gesetzes (Art. 53 Bst. b NG) angesehen und von der Grundbuchverwalterin oder dem Grundbuchverwalter zurückgewiesen. Die Urkunde wird demnach nicht eingetragen, obwohl sie nach den Bestimmungen der Bundesgesetzgebung trotz allem als öffentliche Urkunde gelten könnte, da die Beschreibung der Liegenschaft ausreicht, um jeden Zweifel über diese auszuräumen.

Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts geht hervor, dass es angesichts der zivilen Gültigkeit der Urkunde ausreicht, wenn die fragliche Liegenschaft klar bestimmt ist. Eine vollständige Wiedergabe der Daten des Grundbuchs in der öffentlichen Urkunde ist demnach keine Bedingung für deren Gültigkeit. Die Vorschriften des kantonalen Rechts zur Form der öffentlichen Urkunde, deren Verletzung die Gültigkeit der Urkunde nicht beeinflusst, sind Ordnungsvorschriften.

Der Kanton Freiburg ist einer der wenigen Kantone (oder sogar der einzige), die anstelle einer Ordnungsvorschrift eine

Gültigkeitsvorschrift vorsehen, was in der Praxis beträchtliche Schwierigkeiten mit sich bringt.

Aufgrund dieser Ausführungen wird vorgeschlagen, Absatz 2 von Art. 49 NG zu ändern und die Regelung zu lockern, indem die Formulierung, wonach die Beschreibung der Liegenschaft genau dem Grundbuchauszug entsprechen muss, ersetzt wird durch die Anforderung, dass die Beschreibung der Liegenschaft die Grundstücksnummer, den Namen der Gemeinde, in der die sich befindet, sowie gegebenenfalls deren Sektor enthalten muss.

#### *Absatz 3*

Da die Anforderungen an die Beschreibung von Liegenschaften allgemein stark gesenkt wurden, ist diese Bestimmung überflüssig geworden. Es wird jedoch festgehalten, dass eine weitergehende Vereinfachung der Beschreibung nicht möglich ist.

#### *Artikel 50*

Diese Änderung betrifft den verbotenen Einsatz von Korrekturflüssigkeit («Tipp-Ex») in den Urschriften.

#### *Artikel 52*

Vgl. Kommentar zu Art. 9 oben.

## **4.2. Gesetz über die amtliche Vermessung**

### *Artikel 34 Abs. 3*

Gemäss Bundesgesetzgebung (Art. 55a Schlusstitel des Schweizerisches Zivilgesetzbuchs) können die Kantone «*die Urkundspersonen ermächtigen, elektronische Ausfertigungen der von ihnen errichteten öffentlichen Urkunden zu erstellen*». Die Ausfertigung besteht in der wörtlichen Wiedergabe der von den Parteien unterzeichneten Urschrift.

Im Kanton Freiburg werden öffentliche Urkunden grundsätzlich bei Notaren errichtet. In Anwendung von Artikel 55a Schlusstitel ZGB, sieht Artikel 73 Abs. 2 NG die Möglichkeit vor, dass diese Urkundspersonen elektronische Ausfertigungen der Urkunden erstellen.

Das Gesetz vom 7. November 2003 über die amtliche Vermessung (AVG; SGF 214.6.1) ermächtigt jedoch in gewissen, weniger wichtigen Fällen auch die amtlichen Geometer zur Ausfertigung von öffentlichen Urkunden (s. Art. 32 ff. AVG). Das AVG enthält hingegen keine Bestimmung entsprechend Artikel 73 Abs. 2 NG. Es ist angebracht, diese Revision des NG zu nutzen, um diesen Mangel zu beheben und auch den amtlichen Geometern die Möglichkeit zu geben, von den Erleichterungen Gebrauch zu machen, die Artikel 55a des zitierten Schlusstitels einräumt.