



CH-3003 Bern, GS-EVD

## **Einschreiben**

Schweizerischer Notarenverband  
Thunstrasse 164  
3074 Muri b. Bern

Referenz/Aktenzeichen. COO.2101.103.4 313344  
Bern, 4. Juni 2008

### **Aufsichtsbeschwerde vom 29. Februar 2008 in Sachen Schweizerischer Notarenverband gegen den Preisüberwacher betreffend Vergleich kantonalen Notariatstarife vom Juli 2007**

Sehr geehrter Herr Bosset, sehr geehrter Herr Becher

Wir kommen zurück auf Ihre eingangs vermerkte Aufsichtsbeschwerde in dieser Angelegenheit. Dem Preisüberwacher werfen Sie im Wesentlichen vor:

- a) dass er seine Kompetenzen überschritten habe, indem kantonale Gebühren der Preisüberwachung nicht zugänglich seien,
- b) die Preisüberwachung das für einen fundierten Vergleich notwendige Material im Wesentlichen gar nicht erhoben habe, was zu durchwegs verfälschten Resultaten geführt habe,
- c) dass die Preisüberwachung Teile der erhobenen Resultate willkürlich manipuliert habe, um das von ihr gewünschte Ergebnis möglichst drastisch darstellen zu können,
- d) dass es der Preisüberwachung offenkundig nicht darum gehe, den betroffenen kantonalen Behörden sinnvolle Anhaltspunkte für eine Überprüfung der Tarife zu liefern, sondern darum, das lateinische Notariat per se in Misskredit zu bringen.

Nachdem wir dem Preisüberwacher Ihre Beschwerde zu einer Stellungnahme vorgelegt haben, können wir hierzu Folgendes festhalten:

1. Nach Artikel 71 Absatz 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) kann jedermann jederzeit der Aufsichtsbehörde Tatsachen anzeigen, die im öffentlichen Interesse ein Einschreiten gegen eine Behörde von Amtes wegen erfordern. Nach konstanter Praxis treten die Bundesbehörden auf eine Aufsichtsbeschwerde – auch Anzeige genannt – nur ein, wenn zum Einen eine wiederholte oder wiederholbare Verletzung von klarem materiellem Recht oder von Verfahrensrecht behauptet wird und zum Andern sich die geltend gemachte Rechtsverletzung mit keinem ordentlichen oder ausserordentlichen Rechtsmittel rügen lässt (sog. Subsidiarität der Aufsichtsbeschwerde; vgl. VPB 68.101, 62.24, 60.20, 59.22, 56.37).

Die Aufsichtsbeschwerde kann sich gegen jede Handlung der Verwaltung richten, sowohl gegen Verfügungen und Entscheide als auch gegen nicht förmliches Verwaltungshandeln, beispielsweise gegen (unterlassene) Rechtsgeschäfte oder organisatorische Massnahmen (Kölz/Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zürich 1998, Rz. 456; BGE 120 Ia 326; VPB 60.20). Die Anzeige ist kein formelles Rechtsmittel, sondern blosser Rechtsbehelf und vermittelt keinen Erledigungsanspruch (BGE 126 II 304, 125 I 396, 121 I 45, 121 I 90). Sie löst kein eigentliches Beschwerdeverfahren aus (Häfelin/Müller/Uhlmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Zürich 2006, Rz. 1836; F. Gygi, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, Bern 1983, S. 221). Der Anzeiger hat daher nicht die Rechte einer Partei wie zum Beispiel das Recht auf Begründung des Entscheids, das Recht auf Akteneinsicht oder auf vorgängige Anhörung (vgl. Art. 71 Abs. 2 VwVG).

Die Aufsichtsbehörde entscheidet nach pflichtgemäsem Ermessen, ob sie auf eine Anzeige eintritt, und wenn sie darauf eintritt, welche Folgen sie ihr gibt (VPB 62.24 E. 4). Beschliesst die angegangene Behörde, einer Anzeige keine Folge zu leisten, so kommt diesem Beschluss kein Verfügungscharakter zu, auch wenn er dem Anzeigsteller zur Kenntnis gebracht wird. Gegen einen solchen Entscheid ist deshalb auch kein ordentliches oder ausserordentliches Rechtsmittel und auch keine Wiedererwägung möglich (Rhinow/Koller/Kiss, *Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes*, Basel und Frankfurt a. M. 1996, Rz. 1411; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1836; VPB 57.36).

Mit Ihrer Beschwerde rügen Sie die Verletzung materieller Vorschriften namentlich des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 (PüG, SR, 942.20). Gegen Studien des Preisüberwachers im Rahmen von Artikel 4 Absatz 1 und gegen Empfehlungen im Sinne von Artikel 14 Absatz 1 PüG ist kein ordentliches Rechtsmittel vorgesehen. Auf die vorliegende Aufsichtsbeschwerde ist daher einzutreten.

2. Unter Buchstabe a erheben Sie den Einwand, der Preisüberwacher habe seine Kompetenz überschritten, indem kantonale Gebühren der Preisüberwachung aus verschiedenen Gründen nicht zugänglich seien. Dem ist nicht so. Artikel 14 Absatz 1 PüG schliesst auch Gebühren ein, die von einer kantonalen Legislative oder Exekutive festgelegt werden: Ist die Legislative oder die Exekutive des Bundes, eines Kantons oder einer Gemeinde zuständig für die Festsetzung oder Genehmigung einer Preiserhöhung, die von den Beteiligten an einer Wettbewerbsabrede oder einem marktmächtigen Unternehmen beantragt wird, so hört sie zuvor den Preisüberwacher an. Er kann beantragen, auf die Preiserhöhung ganz oder teilweise zu verzichten oder einen missbräuchlich beibehaltenen Preis zu senken (Art. 14 Abs. 1 PüG). Der Preisüberwacher hat also auch betreffend Gebühren, die in kantonalen Erlassen zu regeln sind, ein Empfehlungsrecht.

Seit der letzten Kartellgesetzrevision 2003 stellen die administrierten Preise von Bund, Kantonen und Gemeinden den wichtigsten Tätigkeitsbereich der Preisüberwachung dar. Im Anschluss an die Motionen der Fraktionen der SVP und der FDP vom Frühling 2004 betreffend den Tätigkeitsbereich des Preisüberwachers (Motion 04.3032 der SVP-Fraktion „Abschaffung des Preisüberwachers“ und Motion 04.3248 der FDP-Fraktion „Preisüberwacher. Informationsauftrag über Schädlichkeit von administrierten Preisen“, [www.parlament.ch/Suche](http://www.parlament.ch/Suche) nach Vorstössen und Geschäften) erliess der damalige Vorsteher des EVD am 3. September 2004 eine Weisung an den Preisüberwacher, die sofort in Kraft trat und u. a. folgenden Wortlaut aufwies:

- „ 3. Der Preisüberwacher richtet seine Tätigkeit im Rahmen des geltenden Rechts insbesondere darauf aus, Anzahl und Anteil der Preise, die sich nicht im freien Markt gebildet haben, zu reduzieren.
4. Der Preisüberwacher berichtet über seine diesbezüglichen Aktivitäten und Resultate namentlich im Rahmen seines jährlichen Tätigkeitsberichts.“

Der Bundesrat hat in seinem Bericht in Erfüllung des Postulats David (05.3816) vom 14. Dezember 2005 „Ansatzpunkte zur Bekämpfung der Preisinsel Schweiz“ jüngst auf den Handlungsbedarf im Bereich der administrierten Preise hingewiesen ([www.seco.admin.ch/themen/Wirtschaftswachstum](http://www.seco.admin.ch/themen/Wirtschaftswachstum)).

Die Preisüberwachung beschäftigt sich seit Ende der 80er-Jahre mit den Gebühren für die öffentliche Beurkundung im freien Notariat. Die Zuständigkeit des Preisüberwachers für Empfehlungen an den Staatsrat des Kantons Fribourg betreffend die Festlegung des Gebührentarifs der freiberuflichen Notare wurde 1993 vom Bundesgericht bejaht (BGE 2P.217/1993 und 2P.218/1993, VKKP 1b/1996, S. 72 ff. und 97 ff.). Dieser Entscheid erfolgte noch unter dem alten PüG und dem alten Kartellgesetz vom 20. Dezember 1985 (KG, SR 251).

Das Bundesgericht führte darin aus, dass Preisempfehlungen Kartellen gleichgesetzt seien, wenn sie wettbewerbsbeschränkende Wirkungen zeitigen oder wenn sie eine Preisbindung der zweiten Hand bewirken (Art. 2 Abs. 2 altPüG). Artikel 44 Absatz 2 Buchstabe b aKG, heute Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG, welcher einen Vorbehalt für durch gesetzliche Vorschriften begründete staatliche Markt- oder Preisordnungen statuiert, gelte nicht für das PüG. Im Gegenteil regelten Artikel 14 und 15 PüG ausdrücklich die behördlich fixierten Preise. In Anwendung einer weiten Auslegung des Begriffes „Kartell“ und „kartellähnliche Organisation“ (heute unter neuem PüG und KG „Beteiligte an einer Wettbewerbsabrede“ und „marktmächtiges Unternehmen“) hat das Bundesgericht die freiburgischen Notare als kartellähnliche Organisation bezeichnet, weil bei behördlich festgesetzten Preisen von öffentlichen oder privaten Unternehmen zwangsläufig eine Wettbewerbsbeschränkung resultiere. Der **persönliche Geltungsbereich** des PüG für den freiburgischen Notariatstarif wurde durch das Bundesgericht somit bejaht. Die Frage, ob die hauptberufliche, öffentlich-rechtliche Tätigkeit der öffentlichen Beurkundung durch die freiberuflich tätigen Freiburger Notare eine Dienstleistung im Sinne von Artikel 1 PüG darstellt, hat das Bundesgericht nicht ausdrücklich beantwortet. Mit dem Hinweis, dass die freiberuflichen Notare ihre Tätigkeit unter eigener Verantwortung (responsabilité personnelle) ausübten, gelangte es zum Schluss, das PüG sei auch unter dem Gesichtspunkt des **sachlichen Geltungsbereichs** (Art. 1 PüG) anwendbar. Davon ist auszugehen.

Aus der Tatsache, dass die Notare von der EU-Dienstleistungsrichtlinie ausgenommen sind, lässt sich aufgrund der geringen Beziehung zwischen der Notariatsgebühr und der Freizügigkeit (die EU-Dienstleistungsrichtlinie ist eine Konkretisierung der Artikel 49 ff des EG-Vertrags betreffend den freien Dienstleistungsverkehr) für die Frage, ob die Notariatsgebühr ein Preis für eine Dienstleistung im Sinne von Artikel 1 PüG sei, nichts ableiten.

Das Vorgehen des Preisüberwachers bei der Prüfung der Frage des sachlichen Geltungsbereichs (Art. 1 PüG) ist generell ein kasuistisches. Letztlich gilt es in jedem einzelnen Fall die Eigenart und den Charakter der zur Diskussion stehenden Abgabe und der entgegenstehenden Leistung genau zu prüfen. Dieses Vorgehen drängt sich nicht zuletzt deshalb auf, weil für das Gebührenrecht generell keine einheitlichen und allgemeingültigen Massstäbe verfügbar sind. (Die wettbewerbspolitische Preisüberwachung, Rudolf Lanz, in Schweizerisches Bun-

desverwaltungsrecht Band XI, Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2. Auflage, S. 807, Rz 51).

Wie Sie in der Beilage 3 zu Ihrer Aufsichtsbeschwerde einräumen, besteht zum Erfordernis der gesetzlichen Grundlage bei Kausalabgaben eine anerkannte Praxis des Bundesgerichts: Nach der Rechtsprechung bedürfen öffentliche Abgaben der Grundlage in einem formellen Gesetz (Legalitätsprinzip). Darin müssen zumindest der Kreis der Abgabepflichtigen, der Gegenstand und die Bemessungsgrundlagen der Abgabe festgelegt sein. Bei gewissen Arten von Kausalabgaben hat die Rechtsprechung diese Vorgaben für die Abgabebemessung gelockert: Dies gilt namentlich dort, wo das Mass der Abgabe durch überprüfbare verfassungsrechtliche Prinzipien (Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip) begrenzt wird und nicht allein der Gesetzesvorbehalt diese Schutzfunktion erfüllt. Die mögliche Lockerung betrifft in diesen Fällen aber stets nur die formellgesetzlichen Vorgaben zur Bemessung, nicht die Umschreibung des Kreises der Abgabepflichtigen und des Gegenstands der Abgabe (BGE 132 I 121; Adrian Hungerbühler, Grundsätze des Kausalabgaberechts, in: ZBl 104/2003, S. 516). Äquivalenz- und Kostendeckungsprinzip stehen in Relation zum Detaillierungsgrad der gesetzlichen Grundlage: Sind diese Prinzipien eingehalten, braucht die gesetzliche Grundlage bezüglich der Bemessungsgrundlagen weniger detailliert ausgestaltet zu werden.

Dem Gesetzgeber verbleibt also ein grosser Ermessensspielraum. Hier hat der Preisüberwacher mit der Empfehlung gemäss Artikel 14 Absatz 1 PüG eine Einflussmöglichkeit, wobei seine Empfehlung zugegebenermassen in einem Spannungsfeld steht mit dem dem Gesetzgeber aufgrund der oben erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zugestandenem grösseren Gestaltungsfreiraum.

In Ihrer Beilage 7 (avis de droit von Prof. Denis Piotet) wird ferner die Meinung vertreten, dass das PüG nicht anwendbar sei, weil das Kartellgesetz und das Binnenmarktgesetz auf die Notare nicht anwendbar sei. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Kartellgesetz, Binnenmarktgesetz und Preisüberwachungsgesetz sind komplementäre Erlasse. Das PüG kommt vor allem auch dort zur Anwendung, wo das Kartellgesetz wegen des Vorbehalts von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a und b KG nicht anwendbar ist. Das Gleiche gilt im Verhältnis zum Binnenmarktgesetz, dem die Notare ebenfalls nicht unterstehen.

In Kantonen mit amtlichem Notariat legt die zuständige Behörde, in der Regel die kantonale Exekutive, gestützt auf eine formellgesetzliche Grundlage, die Höhe der Gebühr fest. Es gibt, auch in Anwendung einer weiten Auslegung (vgl. den erwähnten BGE betr. die Freiburger Notare) keine Beteiligten an einer Wettbewerbsabrede oder an einem marktmächtigen Unternehmen, die die Preiserhöhung beantragen (Art. 14 Abs. 1 zweiter Halbsatz PüG). Die Frage, ob der Preisüberwacher auch zuständig ist, die Notariatstarife im amtlichen Notariat zu überprüfen, kann indessen hier offen bleiben. Diese Tarife dienen in der Untersuchung nur als Vergleichsgrössen. Bei Untersuchungen mit Preisvergleichen mit dem Ausland zieht der Preisüberwacher als Vergleichsgrössen auch ausländische Preise bei, für die er nicht zuständig ist.

3. Unter Buchstabe b erheben Sie den Einwand, der Preisüberwacher habe das für einen fundierten Vergleich notwendige Material im Wesentlichen gar nicht erhoben, was zu durchwegs verfälschten Resultaten geführt habe. Dem Preisüberwacher stehen bei der Prüfung, ob eine missbräuchliche Erhöhung oder Beibehaltung eines Preises vorliegt, die in Artikel 13 Absatz 1 PüG genannten Elemente zur Verfügung: die Preisentwicklung auf Vergleichsmärkten

(Bst. a), die Notwendigkeit der Erzielung angemessener Gewinne (Bst b), die Kostenentwicklung (Bst. c) und besondere Unternehmerleistungen (Bst d). Die Aufzählung ist nicht abschliessend. Der Preisüberwacher verfügt über einen erheblichen Ermessensspielraum. Die genannten Elemente finden auch bei den administrierten Preisen Anwendung. Das Vorgehen des Preisüberwachers ist ein kasuistisches. Die gewählte Methode ist dabei von den konkreten Marktverhältnissen abhängig (Rudolf Lanz, a.a.O., S. 809, Rz 58 und S. 826, Rz 125). Bei der Überprüfung der Notariatstarife in früheren Jahren wandte der Preisüberwacher die Vergleichsmarktmethode an. Er arbeitete mit zeitlichen Vergleichen. Die angefochtene Untersuchung vom Juli 2007 basiert hingegen auf räumlichen Vergleichen. Weder in der Aufsichtsbeschwerde noch in den Beilagen präzisieren Sie, welches der Beurteilungselemente gemäss Artikel 13 PüG der Preisüberwacher verletzt hat. Sie beschränken sich auf allgemeine Vorwürfe (Seite 11 Mitte) und nennen weder die Methode, die hätte gewählt werden müssen, noch die Daten, die hätten erhoben werden müssen, um zu einem nach Ihrer Auffassung sachlichen und fundierten Vergleich zu kommen, noch belegen Sie zahlenmässig die angeblich durchwegs verfälschten Resultate. Damit erweist sich Ihre Rüge als zu wenig substantiiert, weshalb Ihrer Anzeige in diesem Punkt keine Folge zu leisten ist.

4. Unter Buchstabe c erheben Sie den Einwand, dass die Preisüberwachung Teile der erhobenen Resultate willkürlich manipuliert habe, um das von ihr gewünschte Ergebnis möglichst drastisch darstellen zu können. In der Begründung der Aufsichtsbeschwerde wird jedoch nirgends dargestellt, welche erhobenen Resultate in welchem Masse abgeändert worden sein sollen. Der Vorwurf, die Transaktionswerte bzw. die Tarifbänder so ausgewählt zu haben, dass das Amtsnotariat überall als das kostengünstigste erscheinen musste, geht fehl. Die Auswahl der für den Vergleich ausschlaggebenden Vertragswerte von Fr. 300'000.--, Fr. 500'000.-- und Fr. 700'000.-- erfolgte wegen deren Häufigkeit. Waren Tarifbänder anzuwenden, wandte die Preisüberwachung ein bestimmtes, immer gleiches Vorgehen an, um den Tarif zu bestimmen.

Das Ziel der Untersuchung lag nicht darin, ein bestimmtes Notariatssystem gegen das andere auszuspielen. Dies wäre angesichts der Tatsache, dass 12 von 26 Kantonen ein gemischtes Notariat führen, nicht angebracht.

Auch in diesem Kontext liegt somit kein aufsichtsrechtlich relevantes Verhalten des Preisüberwachers vor.

5. Unter Buchstabe d erheben Sie den Einwand, dass es der Preisüberwachung nicht darum gehe, den betroffenen kantonalen Behörden sinnvolle Anhaltspunkte für eine Überprüfung der Tarife zu liefern, sondern darum, das lateinische Notariat per se in Misskredit zu bringen.

Bei der Beurteilung der vorgenommenen Vergleiche kommt der Preisüberwacher zum Schluss, dass die bezahlten Notariatsgebühren für einen analogen Rechtsakt von Kanton zu Kanton erheblich variieren und die Form des Notariatssystems eine entscheidende Rolle spielt, jedoch auch innerhalb eines Systems bedeutende Gebührenunterschiede auftreten. In diesem Zusammenhang richtet er zwei allgemeine Empfehlungen zur Überprüfung bzw. Revision ihrer Notariatstarife an die Kantone. Dazu ist er gemäss Artikel 14 Absatz 1 PüG grundsätzlich ermächtigt (vgl. Ziff. 2 oben). Die Behörde führt die Stellungnahme in ihrem Entscheid an. Folgt sie ihr nicht, so begründet sie dies (Art. 14 Abs. 2 PüG).

Die Beschränkung der Kompetenzen des Preisüberwachers auf ein blosses Empfehlungsrecht bei den politisch festgesetzten oder genehmigten Preisen erfolgte insbesondere aus staatspolitischen Gründen. Der Preisüberwacher sollte nicht über die obersten politischen Entscheidungsträger unseres Staatswesens gestellt werden. Bei den Stellungnahmen des Preisüberwachers handelt es sich nicht um bindende Anordnungen. Die materielle Entscheidungskompetenz liegt weiterhin bei den zuständigen Behörden, ebenso die Verfahrensleitung (Rudolf Lanz, a.a.O., S. 822, Rz 111 und 113). Auf letzteres wird zurückzukommen sein.

Den Behörden steht es frei, eine von den Empfehlungen des Preisüberwachers abweichende Lösung zu treffen. Sie müssen dies aber in ihrer Entscheidung begründen (Art. 14 Abs. 2 PüG). So ist es durchaus denkbar, dass eine Behörde in ihrer politischen Entscheidungsfindung zu einer von den Empfehlungen des Preisüberwachers abweichenden Lösung findet, weil sie Interessen anders gewichtet. Die Untersuchung des Preisüberwachers über die Notariatstarife orientiert sich ausschliesslich an der Höhe der Gebühr, die eine Konsumentin oder ein Konsument für die öffentliche Beurkundung zu bezahlen hat. Im Rahmen der politischen Entscheidungsfindung können auch andere Kriterien Einlass finden.

Der Preisüberwacher favorisiert weder in seiner Untersuchung noch in seinen Empfehlungen an die Kantone ein bestimmtes Notariatssystem. Die öffentliche Beurkundung ist Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die Wahl des Systems ist Sache der Kantone (Art. 122 Abs. 2 BV, Art. 55 Schlusstitel ZGB). Es war nicht die Absicht des Preisüberwachers mit seiner Untersuchung das freie Notariat (oder gar im Speziellen das freie Notariat in den Kantonen der französischsprachigen Schweiz) in Misskredit zu bringen; es war auch nicht seine Absicht, den Kantonen mit freiem Notariat den Wechsel zum Amtsnotariat nahe zu legen. Eine solche Empfehlung stünde im Widerspruch zur wettbewerbpolitischen Ausrichtung der Preisüberwachung.

Wie oben erwähnt, kommt den zuständigen Behörden die Verfahrensleitung zu. Daraus folgt, dass die kantonalen Behörden, allenfalls aufgrund parlamentarischer Vorstösse, den Zeitpunkt für eine Revision der Gebührentarife bestimmen. Sie sind daher nicht verpflichtet, unabhängig von einem politischen Verfahren in ihrem Kanton, zu den allgemeinen Empfehlungen des Preisüberwachers am Ende der Untersuchung Stellung zu nehmen. Sie werden ihn zu gegebener Zeit, d.h. bei einem hängigen Verfahren zur Änderung eines Gebührentarifs, zu konsultieren haben und sich mit seinen Empfehlungen zum konkreten Entwurf auseinander setzen müssen.

6. Im Ergebnis ist somit zu verdeutlichen, dass die Empfehlungen des Preisüberwachers im Anschluss an die Studie über die kantonalen Notariatsgebühren so zu verstehen sind, dass die Kantone nicht zu unmittelbarem Handeln verpflichtet sind. Abschliessend ist festzustellen, dass kein aufsichtsrechtlich relevantes Recht verletzt worden ist.

Referenz/Aktenzeichen: COO.2101.103.4.313344

Freundliche Grüsse

Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement EVD

i.A. Der Generalsekretär

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'h. Thurnherr', with a long horizontal flourish extending to the right.

Walter Thurnherr