

Münstergasse 2  
3011 Bern  
Telefon 031 633 76 76  
Telefax 031 633 76 25

Unser Zeichen: 25.60 - 14.63 SIT/KNA Bern, 25. August 2014  
Ihr Zeichen:

## DIE JUSTIZ-, GEMEINDE- UND KIRCHENDIREKTION DES KANTONS BERN



■■■■■ hat in der Sache

D., geb. .... 1922, ledig, wohnhaft ....., mit derzeitigem Aufenthalt im  
.....

vertreten durch

Fürsprecher und Notar R., .....

- Gesuchsteller

betreffend

Gesuch um unentgeltliche Beurkundung einer letztwilligen Verfügung und um unentgeltliche Rechtspflege vom 28. Mai 2014

**in Erwägung:**

**1.**

**1.1** Mit Gesuch vom 28. Mai 2014 stellte Fürsprecher und Notar R. namens und im Auftrag seines Klienten D. folgendes Gesuch an die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion (JGK) als Aufsichtsbehörde über das Notariat:

"1. Dem Gesuchsteller sei für das Verfahren auf notarielle Beurkundung seiner letztwilligen Verfügung das Recht auf unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihm der Unterzeichnende als beurkundender Notar beizuordnen.

2. Dem Gesuchsteller sei für das vorliegende Gesuchsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihm der Unterzeichnende als amtlicher Anwalt beizuordnen.

3. Verfahrensantrag: Da der Gesuchsteller unter einem rasch fortschreitenden physischen Abbau leidet, wird die Verfahrensleitung gebeten, das vorliegende Gesuch rasch zu entscheiden.

- unter Kosten und Entschädigungsfolge -

**1.2** Als Begründung führte der Notar aus, sein 92-jähriger Klient sei aufgrund seines Alters körperlich eingeschränkt. Zudem sei der Gesuchsteller rechtsunkundig und als Bürger der Vereinigten Staaten von Amerika der deutschen Sprache nicht ausreichend mächtig. Darum sei er nicht in der Lage, selbst eine letztwillige Verfügung zu verfassen und somit auf eine öffentliche Beurkundung derselben angewiesen. Auch sei ihm vor diesem Hintergrund ein amtlicher Anwalt für das Verfahren auf unentgeltliche Rechtspflege beizuordnen. Die Anträge des Gesuchstellers seien somit nicht von vorne herein aussichtslos.

Weiter führte der Notar an, der Gesuchsteller habe monatlich lediglich einen Betrag von CHF 367.00 für den persönlichen Gebrauch zur Verfügung und verfüge weder über ein Einkommen noch über Vermögen. Es sei dem Gesuchsteller offensichtlich nicht möglich, für die Kosten einer öffentlichen Beurkundung sowie für das Verfahren auf unentgeltliche Rechtspflege selber zu tragen. Die Prozessarmut sei damit nachgewiesen.

**1.3** Mit Schreiben vom 5. Juni 2014 wurde Notar R. aufgefordert, der JGK zu erläutern, inwiefern der Gesuchsteller an der Beurkundung einer letztwilligen Verfügung ein hinreichendes Interesse habe, zumal er weder Vermögen noch Einkommen habe. Ausserdem stellte die JGK aufgrund der eingereichten Unterlagen die Urteils- und Handlungsfähigkeit des Testators in Frage, weshalb der Notar aufgefordert wurde, ein ärztliches Zeugnis einzureichen, wonach der Gesuchsteller in Bezug auf das vorzunehmende Rechtsgeschäft handlungsfähig sei.

Schliesslich wurde der Notar ersucht, einerseits für den Nachweis der Prozessbedürftigkeit seines Mandanten Belege einzureichen, welche über die Einkommens- und Vermögenslage umfassend Auskunft geben, und andererseits seine Kostennote vorzulegen.

**1.4** Mit Eingabe vom 6. Juni 2014 reichte Notar R. ein Arzteugnis ein, wonach der Gesuchsteller für die Errichtung einer letztwilligen Verfügung handlungsfähig sei. Zur Frage des hinreichenden Interesses an einer öffentlichen Beurkundung äusserte sich der Notar dahingehend, dass der Gesuchsteller allein schon aufgrund der Tatsache, dass er keine Nachkommen habe und die Eltern vorverstorben seien ein hinreichendes Interesse an der Beurkundung eines Testamentes habe, da er keinen Kontakt zu seinen Geschwistern in den Vereinigten Staaten mehr habe. Zudem sei er ein Leben lang in der Forschung tätig gewesen und verfüge deshalb über immaterielle Rechte, welche er auf seinen besten Freund übertragen wolle. Schliesslich verfüge er über Mobilien und Inventar, welches zwar vermögensrechtlich wertlos sei, aber für ihn von ideellem Wert sei.

Zusammen mit diversen Belegen reichte der Notar eine Aufstellung ein, wonach den Einnahmen des Gesuchstellers von monatlich CHF 3'111.00 (AHV-Rente von CHF 1'010.00 und Ergänzungsleistungen von CHF 2'101.00) ein prozessualer Grundbedarf von CHF 3'352.45 gegenüber stehe, welcher sich wie folgt berechne:

Grundbetrag	CHF	1'200.00
Prozessualer Zuschlag	CHF	360.00
Wohnungsmiete	CHF	1'199.00
Heiz- und Nebenkosten	CHF	110.00
Krankenkasse KVG	<u>CHF</u>	<u>483.45</u>
Total	<u>CHF</u>	<u>3'352.45</u>

In diesem prozessualen Grundbedarf noch nicht berücksichtigt seien die aufgrund des Heimwechsels anfallenden Krankheits- beziehungsweise Pflegekosten.

Bezüglich der anfallenden Gebühren respektive anwaltlichen Honorare machte der Notar die Minimalgebühr von CHF 500.00, erhöht durch den Zeitaufwand für den Hin- und Rückweg zum Domizil des Gesuchstellers, eine Gebühr für die Ausfertigung von CHF 30.00, sowie die entsprechenden Auslagen, nebst 8 % Mehrwertsteuer geltend. Ausserdem würden Übersetzungskosten von pauschal CHF 270.00 und das Zeugen-geld von CHF 40.00 anfallen. Für die anwaltliche Arbeit sei von einem Zeitaufwand von ca. vier Stunden, nebst Auslagen und Mehrwertsteuer zu rechnen.

**1.5** Anlässlich eines Telefonats vom 12. Juni 2014 bestätigte der Notar, der Gesuchsteller sei Mitglied in einer Forschungsgruppe gewesen, welche auch Patente angemeldet habe und dass der Gesuchsteller mehrere Bücher verfasst habe; es lägen also immaterielle Rechte vor. Schliesslich informierte der Notar die JGK, er habe mit der Verurkundung der letztwilligen Verfügung nicht mehr zuwarten können und habe diese deshalb bereits vorgenommen.

## **2.**

**2.1** Das vorliegende zu beurteilende Gesuch wirft die grundsätzliche Frage nach einem Anspruch auf Gewährung von unentgeltlichen Notariatsdienstleistungen auf Staatskosten auf. In der Notariatsgesetzgebung des Kantons Bern besteht keine gesetzliche Grundlage für die Gewährung unentgeltlicher Notariatsdienstleistungen. Es existieren daher auch keine entsprechenden Verfahrensbestimmungen in der bernischen Notariatsgesetzgebung. In den Materialien finden sich ebenfalls keine Anhaltspunkte für die vorliegend zu entscheidende Fragestellung. Art. 39 Notariatsgesetz vom 22. November 2005 (NG)<sup>1</sup> verweist für das notariatsrechtliche Aufsichtsverfahren auf die Regeln des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Mai 1989 (VRPG)<sup>2</sup>. Es handelt sich bei dieser Bestimmung um einen verfahrensrechtlichen Verweis. Zwar enthält das VRPG in Art. 111 ff. Bestimmungen zur unentgeltlichen Prozessführung. Der Verweis wirkt sich aber nur auf die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung im notariatsrechtlichen Aufsichtsverfahren aus. Eine materiellrechtliche Grundlage für die Gewährung von unentgeltlichen Notariatsdienstleistungen an sich kann darin nicht erblickt werden. So gilt das VRPG grundsätzlich nur für Verfahren, die nach den Vorschriften des VRPG abgewickelt werden (vgl. Art. 1 Bst. a VRPG). Die Dienstleistungen eines freiberuflichen Notars (auch diejenigen im hauptberuflichen Bereich) sind aber gerade nicht nach den Regeln des VRPG abzuwickeln.

**2.2** Auch wenn somit eine ausdrückliche kantonalesgesetzliche Grundlage für unentgeltliche Rechtspflege fehlt, kann sich ein entsprechender Anspruch unter Umständen direkt aus Art. 29 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV)<sup>3</sup> ergeben. Diese Verfassungsbestimmung gibt jeder Person, der die erforderlichen finanziellen Mittel fehlen und deren Rechtsbegehren nicht von vorne herein als aussichtslos erscheinen, einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege. Der Anspruch nach Art. 29 Abs. 3 BV gilt für jegliches staatliche Verfahren, in das der Betroffene einbezogen ist; auf die Rechtsnatur des in Frage stehenden Verfahrens kommt es nicht an (GEROLD STEINMANN, N. 36 zu Art. 29 BV, in: BERNHARD

---

<sup>1</sup> BSG 169.11

<sup>2</sup> BSG 155.21

<sup>3</sup> SR 101

EHRENZELLER, PHILIPPE MASTRONARDI, RAINER J. SCHWEIZER, KLAUS A. VALLENDER (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung - Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2008).

Gemäss bundesgerichtlicher Praxis muss das Gemeinwesen einen Privaten nach Sinn und Zweck der unentgeltlichen Rechtspflege nur dann unterstützen, wenn diesem ansonsten der Verlust eines Rechts oder ein als unzulässig erachteter Eingriff in seine Rechte droht (BGE 135 I 102 S. 104 E. 3.2.1). Auch das Bundesgericht betont, dass der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege für jedes staatliche Verfahren bestehe, das zur Wahrung der Rechte des Gesuchstellers notwendig sei. Auf die Rechtsnatur der Entscheidungsgrundlagen oder jene des in Frage stehenden Verfahrens komme es nicht an (BGE 128 I 225 S. 227 E. 2.3)

Die Lehre zum bernischen Notariatsrecht vertritt ebenfalls die Ansicht, dass grundsätzlich ein Anspruch auf unentgeltliche Notariatsdienstleistungen bestehen muss, da die hauptberufliche Tätigkeit des Notars als Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein staatliches Verfahren sei (vgl. zum Ganzen: KNB<sup>4</sup>-FRANZ MÜLLER/GIAN SANDRO GENNA, N. 38 ff. zu Art. 50 NG).

**2.3** Nach Würdigung von Lehre und Rechtsprechung kommt die JGK zum Schluss, dass grundsätzlich ein Anspruch auf unentgeltliche Notariatsdienstleistungen im Rahmen der hauptberuflichen Tätigkeit des Notars gestützt auf Art. 29 Abs. 3 BV bejaht werden muss. In einem Kanton mit Amtsnotariat ist dieses Ergebnis offensichtlich. Auch in einem Kanton mit freiberuflichem Notariat muss das Resultat das gleiche sein. Im Rahmen seiner hauptberuflichen Tätigkeit ist eine Notarin oder ein Notar nämlich ausschliesslich zuständig (vgl. hierzu Art. 20 ff. NG). Eine rechtssuchende Person muss im Kanton Bern einen Notar oder eine Notarin rogieren, wenn sie für die Wahrung ihrer Rechte auf eine öffentliche Beurkundung angewiesen ist. In diesem Sinne kann das Verfahren bei einem bernischen Notariat durchaus als staatliches Verfahren im Sinne von Art. 29 BV qualifiziert werden (so auch MÜLLER/GENNA, a.a.O, N. 38 zu Art. 50 NG). Der Anspruch auf unentgeltliche Notariatsdienstleistungen steht somit im Interesse der rechtssuchenden Person. Die Urkundspflicht des Notars oder der Notarin gemäss Art. 30 f. NG würde der bedürftigen Person wenig helfen, da ein rogierter Notar die Rogation ablehnen könnte, wenn der verlangte Kostenvorschuss nicht geleistet würde (Art. 31 Abs. 2 NG).

Grundsätzlich müsste das kantonale Recht den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (i.c. unentgeltliche Notariatsdienstleistungen) konkretisieren und umsetzen. Aus Art. 29 BV können nur sogenannte Minimalgarantien abgeleitet werden. Das kantonale Prozessrecht darf über die Minimalgarantien hinausgehen (vgl. hierzu STEINMANN, a.a.O, N 7 zu Art. 29 BV).

---

<sup>4</sup> Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, herausgegeben durch Prof. Dr. Stephan Wolf, Bern 2009

Das heute geltende kantonale Recht regelt weder die Voraussetzungen noch den Umfang des Anspruchs auf unentgeltliche Notariatsdienstleistungen. Weiter fehlt es an direkt anwendbaren Verfahrensbestimmungen. Da der Anspruch aber direkt gestützt auf Art. 29 Abs. 3 BV besteht, muss die zuständige Behörde die notwendigen Konkretisierungen vornehmen.

### 3.

**3.1** Zunächst stellt sich die Frage, wer zuständig ist, über ein Gesuch eines bedürftigen Klienten bezüglich der Gewährung unentgeltlicher Notariatsdienstleistungen zu befinden. Die Notariatsgesetzgebung regelt auch diese Frage nicht. MÜLLER/GENNA vertreten die Auffassung, der Notar sei selbst befugt, dem Klienten unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (KNB-MÜLLER/GENNA, N. 41 zu Art. 50 NG). Die JGK lehnt diese Auffassung ab. Im bernischen Notariatsrecht kann der Notar mangels Verfügungskompetenz generell keine Gebührenverfügung erlassen (KNB-MÜLLER/GENNA, N. 2 zu Art. 54/55 NG; PETER RUF, Notariatsrecht, Langenthal 1995, Rz. 1220). Weiter wäre es stossend, wenn ein Notar oder eine Notarin selber darüber entscheiden könnte, ob seine Dienstleistungen vom Staat entschädigt werden müssen. Hierfür müsste wohl schon aus finanzhaushaltrechtlichen Gründen eine explizite gesetzliche Grundlage verlangt werden. Anders wäre wohl nur zu entscheiden, wenn ein Notar oder eine Notarin auf ihren Gebührenanspruch verzichten könnten (ohne Ersatzanspruch gegenüber dem Staat). Dies ist im Kanton Bern jedoch nicht möglich. Gestützt auf Art. 52 Abs. 4 NG erlässt der Regierungsrat einen Tarifrahmen. Für einen Notar ist der vom Regierungsrat vorgegebene Tarifrahmen verbindlich (Art. 52 Abs. 5 NG). So sind insbesondere Gebührenvereinbarungen zwischen Notar und Klient unzulässig. Das Unterschreiten des Minimaltarifs kann disziplinarische und strafrechtliche Konsequenzen haben (vgl. KNB-MARTIN BICHSEL, N 8 f. zu Art. 52 NG). *(Anders die gesetzliche Lösung im Kanton Basel-Land, wo der Notar selbst über Gesuche um Gebührenermässigung entscheiden kann, dann aber gegenüber dem Kanton keinen Anspruch auf Entschädigung hat. Bei vollständigem Erlass der Gebühren besteht ein Anspruch gegenüber dem Kanton, das Gesuch ist dann jedoch an den Regierungsrat zu stellen; vgl. § 45 Abs. 4 - 6 Notariatsgesetz des Kantons Basel-Land vom 22. März 2012<sup>5</sup>).*

**3.2** Gemäss Art. 38 Abs. 2 lit. d NG entscheidet die JGK als Aufsichtsbehörde über das Notariat über Gesuche um amtliche Festsetzung von Gebühren und Auslagen. Der JGK steht somit im Bereich der Notariatsgebühren – das heisst, bei der hauptberuflichen Tätigkeit des Notars – eine Entscheidungskompetenz zu. In analoger

---

<sup>5</sup> SGS Nr. 217

Anwendung der erwähnten Bestimmung ist daher die JGK auch zuständig zur Beurteilung von Gesuchen um Gewährung von unentgeltlichen Notariatsdienstleistungen.

Ebenfalls in analoger Anwendung von Art. 39 NG ist das Verfahren nach den Regeln des VRPG durchzuführen.

#### 4.

**4.1** Gemäss bundesgerichtlicher Praxis hat eine bedürftige Partei in einem für sie nicht aussichtslosen Verfahren Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege. Soweit es zur Wahrung ihrer Interessen notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand (vgl. BGE 130 I 180 S. 182 E. 2.2 und BGE 128 I 225 S. 227 E. 2.3). Diese Erwägungen sind primär zugeschnitten auf strittige Verfahren. In der Lehre zum bernischen Notariatsrecht werden als zwingende Voraussetzungen für die Gewährung unentgeltlicher Notariatsdienste verlangt: Prozessarmut, ein hinreichendes Interesse der rogierten Partei an der Beurkundung sowie die Zulässigkeit der verlangten Beurkundung (KNB-MÜLLER/GENNA, N. 39 zu Art. 50 NG). Die Voraussetzung des „hinreichenden Interesses“ und „Zulässigkeit“ ersetzen die Voraussetzung der „Nicht-Aussichtslosigkeit“, welche so für Notariatsdienstleistungen nicht passt.

Die für strittige Verfahren vom Bundesgericht entwickelte Differenzierung zwischen „unentgeltlicher Rechtspflege“ und „unentgeltliche Verbeiständung durch einen Anwalt“ kann für den Anspruch auf unentgeltliche Notariatsdienstleistungen ebenfalls nicht unbesehen übernommen werden. So wird der Anspruch auf unentgeltliche Notariatsdienstleistungen faktisch gerade dadurch gewährt, indem der bedürftigen Person eine Notarin oder ein Notar beigeordnet wird. Die Prüfung, ob ein Anspruch auf unentgeltliche Notariatsdienstleistungen besteht, muss sich deshalb an die Praxis des Bundesgerichts zur „unentgeltlichen Verbeiständung“ anlehnen. So darf der Anspruch auf unentgeltliche Notariatsdienstleistungen nur dann bejaht werden, wenn die Rogation eines Notars notwendig ist für die Wahrung der Interessen der bedürftigen Person. Der Begriff „hinreichendes Interesse“ erscheint daher zu offen.

Für die Bejahung der „Notwendigkeit“ ist ein strenger Massstab anzuwenden. Dies muss zumindest so lange gelten, wie der Anspruch auf unentgeltliche Notariatsdienstleistungen „nur“ aus der Minimalgarantie von Art. 29 Abs. 3 BV abgeleitet werden kann. Ein weitergehender Anspruch würde nach Auffassung der JGK eine gesetzliche Grundlage im kantonalen Recht bedingen. Somit ist nachfolgend zu prüfen, ob der Gesuchsteller bedürftig (prozessarm) und ob die gewünschte Notariatsdienstleistung zulässig ist. Können diese Voraussetzungen bejaht werden, muss geprüft werden, ob die Rogation eines Notars notwendig ist.

**4.2** Es ist offensichtlich, dass die Beurkundung einer letztwilligen Verfügung zwecks Abänderung der gesetzlichen Erbfolge (Erbeinsetzung) zulässig ist. Gemäss Steuererklärung des Jahres 2013 verfügt der Gesuchsteller über kein liquides Vermögen. Er erhielt einzig eine AHV-Rente von CHF 12'120.00 sowie zusätzlich Ergänzungsleistungen von CHF 25'812.00. Den Akten kann weiter entnommen werden, dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Bern mit Präsidentscheid vom 3. April 2014 im Verfahren zwecks Errichtung einer Beistandschaft die unentgeltliche Prozessführung und die Beiordnung eines Anwalts bejaht hat. Mit Entscheid vom 30. April 2014 wurde denn auch eine Beistandschaft errichtet. Der Beistand geht in einer E-Mail vom 28. Mai 2014 an den Anwalt des Gesuchstellers davon aus, dass dieser monatlich einzig noch einen Betrag von CHF 367.00 für den persönlichen Gebrauch zu Verfügung habe (inkl. Hygieneartikel, Kleidung etc.). Weiter liegt ein Verlustschein vom 22. März 2011 des Betreibungsamts Bern-Mittelland in den Akten, wonach der heute 92-jährige Gesuchsteller schon damals weder über pfändbares Vermögen noch pfändbares Einkommen verfügte. Angesichts des in der Zwischenzeit erfolgten Heimeintritts ist davon auszugehen, dass sich die Vermögensverhältnisse mit Sicherheit nicht verbessert haben. Für die JGK ist somit die Bedürftigkeit gegeben, da der Gesuchsteller wohl schon heute unter oder zumindest nahe dem betreibungsrechtlichen Existenzminimum lebt.

Es kann daher im vorliegenden Fall offen bleiben, ob für die Ermittlung der Bedürftigkeit (Prozessarmut) ohne weiteres auf das gemeinsame Kreisschreiben Nr. 1 des Verwaltungsgerichts und des Obergerichts vom 25. Januar 2011 abgestellt werden muss (so wohl MÜLLER/GENNA, a.a.O, N 39 zu Art. 50 NG, noch zum alten Kreisschreiben Nr. 18 der Zivilabteilung des Obergerichts). Kritisch wird insbesondere der für die Berechnung des zivilprozessualen Grundbedarfs übliche Zuschlag von 30% auf dem monatlichen betreibungsrechtlichen Grundbetrag angesehen (vgl. Ziffer C.1 des Kreisschreibens Nr. 1). Zwar verweist Art. 111 Abs. 1 VRPG in der Tat zur Berechnung der Prozessbedürftigkeit auf die Vorschriften der Zivilprozessordnung. Im (direkten) Anwendungsbereich des VRPG hat der kantonale Gesetzgeber diese Frage verbindlich entschieden. De lege ferenda wäre es allenfalls möglich, diese Berechnungsweise der Prozessarmut auch im Bereich der unentgeltlichen Notariatsdienstleistungen für verbindlich zu erklären. Wie bereits dargelegt (s. o. Ziff. 2.2/2.3), hat der Anspruch auf Gewährung von unentgeltlichen Notariatsdienstleistungen im kantonalen Recht (noch) keine gesetzliche Grundlage. Solange dieser Anspruch „nur“ auf die Minimalgarantie von Art. 29 Abs. 3 BV abgestützt werden kann, behält sich die JGK die Anwendung eines strengen Massstabes vor.

**4.3** Vertiefter Prüfung bedarf, ob im vorliegenden Fall die Rogation eines Notars notwendig ist. Erwiesen ist nach Ansicht der JGK, dass der Gesuchsteller aufgrund seiner körperlichen Einschränkungen, seines fortgeschrittenen Alters und seiner man-



gelhaften Kenntnisse der deutschen Sprache und des schweizerischen Rechts kein eigenhändiges Testament erstellen kann. Will er deshalb seinen Nachlass regeln, ist für ihn die Rogation eines Notars für die Beurkundung einer letztwilligen Verfügung unerlässlich.

Wie erwähnt, legt die JGK für die Beurteilung der Notwendigkeit einen strengen Massstab an. Die theoretische Notwendigkeit an sich, einen Notar zu rogieren, genügt noch nicht. In Anwendung der bundesgerichtlichen Praxis muss dargelegt werden, dass die vom Gesuchsteller beantragte Beurkundung an sich auch tatsächlich notwendig ist, um den Verlust eines diesem zustehenden Rechts zu verhindern. Weiter muss dargetan werden, dass das angestrebte Ziel der Beurkundung nicht auf anderem Weg erreicht werden kann.

Der Gesuchsteller macht geltend, die Notwendigkeit einer Beurkundung ergebe sich aus der Tatsache, dass er keine Nachkommen hinterlasse und mit den Geschwistern keinen Kontakt mehr pflege. Zudem verfüge der Gesuchsteller über Mobilien, welches immateriellen Wert habe. Wie bereits vorgängig erwähnt, verfügt der Gesuchsteller, abgesehen von seinem Mobilien, über kein Vermögen. Die JGK ist der Auffassung, dass bei einer Person ohne Vermögen kaum je eine praktische Notwendigkeit besteht, eine letztwillige Verfügung zu errichten. Wenn eine Person keine Sachen oder Rechte vererben kann, macht eine letztwillige Verfügung wenig Sinn. Das Gemeinwesen kann nicht verpflichtet werden, die unentgeltliche Rechtspflege (hier: unentgeltliche Notariatsdienstleistungen) zu gewähren, wenn eine letztwillige Verfügung nur noch rein ideellen Wert hat. Es würde nämlich an der Voraussetzung fehlen, dass dem Gesuchsteller ohne unentgeltliche Rechtspflege der Verlust eines Rechts droht. Der Umstand, wonach der Gesuchsteller noch über Mobilien mit ideellem Wert verfügt, kann alleine für sich nicht zu einem anderen Ergebnis führen. Da der Gesuchsteller in ein Alters- und Pflegeheim einziehen musste, ist sein Hausrat ohnehin zu liquidieren. Es ist daher zumutbar, dass er seinen Beistand damit beauftragt, gewisse Gegenstände an Personen seiner Wahl auszuhändigen (Schenkung zu Lebzeiten). In diesem Sinn fehlt es an einem hinreichenden Interesse. Dieser Schluss ist das Ergebnis der Anwendung der Minimalgarantie von Art. 29 Abs. 3 BV, wonach ein strenger Massstab angebracht ist. Eine grosszügigere Praxis müsste vom kantonalen Gesetzgeber abgesegnet werden.

**4.4** Könnte der Gesuchsteller keine weiteren Argumente vorbringen, wäre der Anspruch auf unentgeltliche Notariatsdienstleistungen somit abzulehnen gewesen. Der Gesuchsteller macht jedoch geltend, dass er Urheber diverser wissenschaftlicher Werke sei und zusammen mit seiner ehemaligen Forschergruppe auch Patente angemeldet habe. Offenbar haben diese Rechte zur Zeit keinen liquiden Wert. Es sind auch nicht rein ideelle (subjektive) Vermögenswerte, sondern rechtlich geschützte Immaterialgüterrechte (vgl. Art. 16 Abs. 1 Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte

Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 (Urheberrechtsgesetz, URG)<sup>6</sup>; Art. 33 Abs. 1 Bundesgesetz über die Erfindungspatente vom 25. Juni 1954 (Patentgesetz, PatG)<sup>7</sup>). Diese Immaterialgüterrechte sind vererblich und würden ohne erbrechtliche Anordnungen des Gesuchstellers im Todesfall an seine Geschwister übergehen.

Nach Auffassung der JGK handelt es sich hier um einen Spezialfall. Es ist nachvollziehbar, dass der Gesuchsteller angesichts seiner familiären Situation diese rechtlich geschützten Immaterialgüterrechte an eine Person seiner Wahl vererben möchte. Aus diesem Grund kann im vorliegenden Fall die Notwendigkeit für die Rogation eines Notars ausnahmsweise bejaht werden.

## 5.

**5.1** In einem nächsten Schritt ist nun zu prüfen, in welchem Umfang die Aufwendungen des Notars durch den Kanton Bern abgegolten werden.

Vorweg ist festzuhalten, dass für nebenberufliche Tätigkeiten des Notars, die mit einem (zivilrechtlichen) Honorar abgegolten werden, der Klient in jedem Fall persönlich zur Zahlung verpflichtet bleibt (KNB-MÜLLER/GENNA, N. 44 f. zu Art. 50 NG). Der Anspruch auf unentgeltliche Notariatsdienstleistungen kann sich nur auf die (öffentlich-rechtliche) Gebühr zwecks Abgeltung der hauptberuflichen Tätigkeit des Notars beziehen. Nur dann kann von einem staatlichen Verfahren gesprochen werden.

In der Lehre wird vertreten, dass dem Notar – nebst dem vollständigen Auslagenersatz – die Gebühren vom Kanton nach den ordentlichen Tarifen der Verordnung über die Notariatsgebühren vom 26. April 2006 (GebVN)<sup>8</sup> zu entrichten seien. Für eine reduzierte Entschädigung bestehe keine gesetzliche Grundlage. Auch ginge es im Lichte der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht an, in Fällen der unentgeltlichen Rechtspflege generell die GebVN-Minimaltarife anzuwenden (vgl. MÜLLER/GENNA, a.a.O, N 45 zu Art. 50 NG).

Die JGK stimmt dieser Lehrmeinung nicht zu. So hat es das Bundesgericht in ständiger Praxis immer wieder zugelassen, dass Anwälte im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege tiefer als gemäss dem ordentlichen Ansatz entschädigt werden dürfen (vgl. BGE 132 I 201 ff.). Es hat im erwähnten Entscheid einen Stundenansatz zwischen CHF 180.00 und CHF 200.00 als verfassungskonform qualifiziert. Möglicherweise würde es die bundesgerichtliche Praxis sogar zulassen, dass die GebVN-Minimaltarife unterschritten würden. Die JGK ist daher der Auffassung, dass es durchaus mit der Praxis zu Art. 29 Abs. 3 BV vereinbar ist, wenn bei Rahmen- oder Staffeltarifen grundsätzlich auf die Minimalgebühr abgestellt wird.

---

<sup>6</sup> SR 231.1

<sup>7</sup> SR 232.14

<sup>8</sup> BSG 169.81

Etwas anderes könnte nur gelten, wenn ein Notar belegen könnte, dass ein solches Vorgehen angesichts des Zeitaufwands im konkreten Fall geradezu zu einem verfassungswidrigen Ergebnis führen würde. Im vorliegenden Fall darf diese Frage im Endeffekt offen bleiben, weil der Gesuchsteller selber nur eine Gebühr nach dem Minimaltarif beantragt hat. Gemäss Art. 9 GebVN beträgt die Gebühr für die Beurkundung einer letztwilligen Verfügung mindestens CHF 500.00. Der Gesuchsteller macht geltend, dass der Minimaltarif um den Zeitaufwand für den Hin- und Rückweg zum Domizil des Gesuchstellers zu erhöhen sei. Er macht jedoch keine Angaben wie hoch dieser Zeitaufwand war. Den Akten lässt sich entnehmen, dass sich sowohl das Domizil des Gesuchstellers als auch das Büro des Notars in B. befinden. Weiter geht die JGK davon aus, dass die Beurkundung des verhältnismässig einfachen Rechtsgeschäfts mit geringem Zeitaufwand verbunden war. Es scheint daher verfassungsrechtlich haltbar, wenn die nicht näher begründete Erhöhung im vorliegenden Fall abgelehnt wird. Gestützt auf Art. 29 GebVN ist hingegen die Erstellung einer Ausfertigung mit einer Gebühr von CHF 30.00 abzugelten (vgl. auch KNB-BICHSEL zu Art. 29 GebVN). Gemäss Art. 1 GebVN deckt die Gebühr Auslagen und Mehrwertsteuer nicht ab. Der Notar des Gesuchstellers legt keine Belege für seine Auslagen vor (trotz Aufforderung zur Einreichung einer Kostennote). Erfahrungsgemäss belaufen sich die Auslagen für die Errichtung einer letztwilligen Verfügung auf ca. CHF 100.--.

Es ergibt sich sodann folgende Gebührenrechnung:

Gebühr gemäss Art. 9 GebVN	CHF	500.00
Gebühr für Ausfertigung gemäss Art. 29 GebVN	CHF	30.00
Auslagen pauschal	<u>CHF</u>	<u>100.00</u>
Zwischentotal	CHF	630.00
Mehrwertsteuer 8 %	<u>CHF</u>	<u>50.40</u>
Total	<u>CHF</u>	<u>680.40</u>

Die bedürftige Partei ist für den Fall, dass sie später zu hinreichendem Vermögen kommt, zur Nachzahlung an das Gemeinwesen verpflichtet (Art. 113 VRPG i.V.m. Art 123 Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO)<sup>9</sup>).

---

<sup>9</sup> SR 272

**5.2** Nicht geltend machen kann der Notar die Kosten für die Übersetzung der letztwilligen Verfügung und für die Zeugen. Die Leistung von Zeugengeld beruht nicht auf einer gesetzlichen Pflicht, sondern stellt eine freiwillige Leistung des Notars dar. Es ist der JGK bekannt, dass in der heutigen notariellen Praxis Zeugen in der Regel nicht mehr zusätzlich entschädigt werden.

Die Übersetzung der letztwilligen Verfügung ist für deren Gültigkeit nicht notwendig. Da der Gesuchsteller in der Schweiz Wohnsitz hat, wird die Eröffnung des Testaments ebenfalls in der Schweiz stattfinden. Sollte ein eingesetzter Erbe Interesse an einer Übersetzung haben, hat er die Kosten für die Übersetzung zu übernehmen.

## **6.**

**6.1** Im Kosten- und Entschädigungspunkt für das vorliegende Verfahren sind die Regeln des VRPG analog anzuwenden. Gestützt auf Art. 112 Abs. 1 VRPG werden für das vorliegende Verfahren somit keine Verfahrenskosten erhoben.

**6.2** Gemäss derselben Norm wird ein Anwalt bei amtlicher Beiordnung nach den Bestimmungen der Anwaltsgesetzgebung entschädigt. Vorgängig wurde ausführlich begründet, warum im vorliegenden Fall ein Anspruch auf unentgeltliche Notariatsdienstleistungen besteht. Die vorgängigen Erwägungen zeigen auch deutlich die rechtliche Komplexität auf. Aus diesem Grund bejaht die JGK die amtliche Beiordnung von Notar und Rechtsanwalt R. für das vorliegende Verfahren (vgl. Art. 111 Abs. 2 VRPG).

Der Kanton Bern bezahlt den amtlich bestellten Anwälten gemäss Art. 42 Abs. 1 kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2008 (KAG)<sup>10</sup> eine angemessene Entschädigung, die sich nach dem gebotenen Zeitaufwand bemisst und höchstens dem Honorar gemäss der Tarifordnung für den Parteikostenersatz (Art. 41 KAG) entspricht. Bei der Festsetzung des gebotenen Zeitaufwands sind die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses zu berücksichtigen. Auslagen und Mehrwertsteuer werden zusätzlich entschädigt. Nach den gleichen Regeln zu entschädigen sind die Aufwendungen für die Erlangung des Rechts auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 42 Abs. 3 KAG). Der Stundenansatz für die Entschädigung der amtlich bestellten Anwältinnen und Anwälte beträgt CHF 200.00 (Art. 42 Abs. 4 KAG i.V.m. Art. 1 Verordnung über die Entschädigung der amtlichen Anwältinnen und Anwälte vom 20. Oktober 2010 (EAV)<sup>11</sup>).

Notar und Rechtsanwalt R. macht für die anwaltliche Arbeit für die Einreichung des hier behandelten Gesuches einen Zeitaufwand von vier Stunden geltend, sowie Auslagen und die Mehrwertsteuer.

---

<sup>10</sup> BSG 168.11

<sup>11</sup> BSG 168.711

Dieser Zeitaufwand erscheint plausibel und dem Rechtsgeschäft angemessen, zumal der Notar auf Aufforderung der JGK hin zusätzlich zum Gesuch noch eine weitere Eingabe einreichen musste.

Die Parteientschädigung berechnet sich somit wie folgt:

Honorar, 4 Stunden zu CHF 200.000 (Art. 1 EAV)	CHF	800.00
Auslagen pauschal	<u>CHF</u>	<u>100.00</u>
Zwischentotal	CHF	900.00
Mehrwertsteuer 8 %	<u>CHF</u>	<u>72.00</u>
Total	<u>CHF</u>	<u>972.00</u>

**erkannt:**

1. Das Gesuch um unentgeltliche Notariatsdienstleistungen zwecks Errichtung einer letztwilligen Verfügung wird bewilligt. Dem Gesuchsteller wird Notar und Fürsprecher R. als beurkundender Notar beigeordnet.
2. Die aus der Staatskasse zu entschädigende Gebühr wird auf **CHF 680.40** (inkl. Auslagen und MWSt) festgesetzt.
3. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
4. Für das Verfahren auf Gewährung von unentgeltlichen Notariatsdienstleistungen wird dem Gesuchsteller Fürsprecher und Notar R. amtlich beigeordnet. Die Parteientschädigung wird auf **CHF 972.00** (inkl. Auslagen und MWSt) festgesetzt.
5. Die Notariatsgebühren gemäss Ziff. 1 sowie die die Parteientschädigung gemäss Ziff. 4 werden vom Kanton bezahlt, unter Vorbehalt der gesetzlichen Nachzahlungspflicht von D. gemäss Art. 113 VRPG i.V.m. Art 123 ZPO.
6. Diese Verfügung ist wie folgt zu eröffnen:
  - Fürsprecher und Notar R., ..... (mit eingeschriebenem Brief).

Der Justiz-, Gemeinde und Kirchendirektor:

Christoph Neuhaus, Regierungsrat

**Rechtsmittelbelehrung**

Dieser Entscheid kann mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde innert 30 Tagen seit Eröffnung schriftlich beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Die Beschwerde ist mindestens im Doppel einzureichen und muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; greifbare Beweismittel sind beizulegen.