

VISCHER

Gutachten

**betreffend
verschiedene Fragen im Zusammenhang
mit dem Notariatstarif
des Kantons Aargau**

**von
Prof. Dr. iur. Christian Brückner, LL.M, Basel
und
Prof. Dr. iur. Peter Hettich, LL.M, St. Gallen / Zürich
12. November 2010**

INHALT

I. Auftrag und Fragestellung	3
II. Qualifikation und Unabhängigkeit des Gutachters	4
III. Unterlagen	4
IV. Sachverhalt	5
1. Entwicklung der aargauischen Notariatsgesetzgebung	5
2. Grundzüge der geltenden aargauischen Tarifordnung	5
3. Totalrevision des aargauischen Beurkundungsrechts	6
4. Überblick über die verschiedenen Notariatsdienstleistungen	7
a) Einteilung gemäss der Art der Arbeiten	7
b) Beurkundung von Verträgen und von einseitigen Willens- und Wissenserklärungen	7
c) Beurkundung (Protokollierung) von Versammlungen und anderen Vorgängen	9
d) Diverse Sachbeurkundungen (Inventare u.a.)	10
e) Beglaubigung von Unterschriften und Fotokopien	10
f) Weitere notarielle Funktionen	11
g) Administrative Pflichten der Urkundspersonen	11
V. Rechtliche Würdigung	12
1. Rechtsnatur der Vergütung für Leistungen freiberuflicher Urkundspersonen	12
a) Grundsatz: öffentlich-rechtliche Gebühr	12
b) Keine Wirtschaftsfreiheit für Urkundspersonen	13
c) Keine kartellrechtlichen Schranken für die Tarifgestaltung	14
d) Keine Vertragsfreiheit für Urkundspersonen und ihre Klienten	14
2. Rechtliche Anforderungen an das Tarifsysteem	15
a) Allgemeine Grundsätze	15
b) Begrenzung nach oben	17
c) Freigabe nach unten	17
aa) Verletzung der Rechtsgleichheit?	17
bb) Verunmöglichung von Querfinanzierungen?	18
cc) Positive Aspekte einer generellen Erlaubnis von Tarifunterschreitungen	19
3. Varianten sachlich haltbarer Tarifordnungen	20
a) Grundsatz	20
b) Überblick über die gängigen Varianten	20
c) Werttarif als Zwangstarif: Vor- und Nachteile	20
d) Reiner Zeittarif: Vor- und Nachteile	24
aa) Vorteil: Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung	24
bb) Nachteil: Keine Querfinanzierungen	24
cc) Nachteil: Belohnung von Ineffizienz, Benachteiligung von Effizienz	24
dd) Nachteil: Ungleichheiten wegen unterschiedlicher Organisation	25
ee) Nachteil: Ungenaue Zeiterfassung	25
ff) Nachteil: Unüberprüfbare Zeiterfassung	26
gg) Zusammenfassung	26
e) Kombinationen von starrem Werttarif und reinem Zeittarif	26
aa) Werttarif als blosse Richtgrösse	26
bb) Werttarif als gemilderter Zwangstarif	27
cc) Rahmentarif mit weichen Faktoren für die Ausfüllung des Rahmens	28
4. Zusammenfassung	28
VI. Beantwortung der an den Gutachter gestellten Fragen	29

I. Auftrag und Fragestellung

- 1 Mit Schreiben vom 28.09.2010 erteilte das Departement Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aargau (Justizabteilung), vertreten durch Herrn Dominik Aufdenblatten, Chef Justizabteilung, und Herrn Bruno Rusterholz, Grundbuchinspektor, den Unterzeichneten den Auftrag zur Erstellung eines Rechtsgutachtens.
- 2 Ausgangslage und Zielsetzungen wurden im Auftragsschreiben folgendermassen wiedergegeben: "Anlässlich der 1. Lesung des Gesetzesentwurf am 24. August 2010 entschied der Grosse Rat, das vom Notariatstarif gemäss dem Kommissionsantrag nach unten abgewichen werden könne. Ausserdem wurde der Antrag gestellt, im Hinblick auf die 2. Lesung des Gesetzesentwurfs zu prüfen, ob vom Notariatstarif auch nach oben abgewichen werden könne. Um diesen Prüfungsantrag umfassend und unabhängig vollziehen zu können, wird ein Gutachten in Auftrag gegeben."
- 3 Das Gutachten soll folgende Fragen zum Tarif im freien Notariat beantworten:
 1. Handelt es sich bei den Beurkundungskosten im freien Notariat um öffentlich-rechtliche Abgaben?
 2. Ist der Verzicht auf eine staatliche Regelung des Notariatstarifs (d.h. eine völlige Freigabe) möglich?
 3. Welche Grundsätze sind bei der Ausgestaltung des Notariatstarifs zwingend zu beachten?
 4. Sind die Kantone gehalten, durch Maximaltarife sicher zu stellen, dass alle Rechtsgeschäfte, die dem Beurkundungszwang unterliegen, zu angemessenen Kosten beurkundet werden können, oder können sie Abweichungen von den festgelegten Tarifansätzen nach oben vorsehen? Ist die Möglichkeit von Abweichungen nach oben mit dem gesetzlichen Beurkundungszwang vereinbar?
 5. Sind Regelungen im kantonalen Recht zulässig, wonach die festgelegten Tarifansätze als Maximalbeträge gelten, von denen nur nach unten abgewichen werden darf?
 6. Kann das kantonale Recht das Ausmass von Abweichungen nach oben oder unten offen lassen oder sind Eingrenzungen (z.B. mittels prozentualer oder betragsmässiger Festsetzung der Abweichung) erforderlich?
 7. Sofern Abweichungen von den festgelegten Tarifansätzen zulässig sind:
 - a) Ist eine Vorschrift, wonach bei Rechtsgeschäften mit mehreren Parteien für alle Parteien die gleichen Tarifansätze angewendet werden müssen, notwendig bzw. zulässig?
 - b) Ist eine Regelung, wonach bei Rechtsgeschäften mit mehreren Parteien Abweichungen von den festgelegten Tarifansätzen allen Parteien offen zu legen sind, zulässig?

- c) Welche Kompetenz kommt der Aufsichtsbehörde bei der Überprüfung von einzelnen Rechnungen der Urkundsperson zu?
- 8. Welches sind mögliche rechtliche Folgen oder Risiken, wenn der Notariatstarif Grundsätze gemäss Ziffer 3 - 7 nicht beachtet?
- 9. Sofern auf Bundesebene keine Preisbekanntgabepflicht vorgeschrieben wird, kann eine solche im kantonalen Gesetz festgelegt werden?"

II. Qualifikation und Unabhängigkeit des Gutachters

- 4 Prof. Brückner hat das Mandat übernommen in seiner Eigenschaft als Experte für Beurkundungsrecht¹. Prof. Hettich ist Experte für öffentliches Wirtschaftsrecht².
- 5 Ausserhalb der Ausarbeitung des Gutachtens waren und sind die Gutachter mit der Angelegenheit, die Gegenstand des Gutachtens ist, nicht tätig. Das Gleiche gilt für die weiteren Mitglieder der Kanzlei VISCHER AG, Basel und Zürich, der die Gutachter als Rechtsanwälte, Prof. Brückner auch als Basler Notar verbunden sind.

III. Unterlagen

- 6 Den Gutachtern wurden nach der Erteilung des Mandats folgende Unterlagen zur Verfügung gestellt (in chronologischer Ordnung):
 - Bericht des Departements Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aargau vom 26.08.2009 für das Anhörungsverfahren betreffend die Totalrevision des Beurkundungsrechts des Kantons Aargau, mit beiliegender Synopse
 - Synopse zum Beurkundungs- und Beglaubigungsgesetz für die erste Beratung vom 15.06.2010 mit abweichenden Anträgen der Kommission VWA und Stellungnahme des Regierungsrates des Kantons Aargau
 - Kurzprotokoll der Sitzung des Grossen Rates vom 24.08.2010 betreffend Beurkundungs- und Beglaubigungsgesetz, 1. Beratung
 - Entwurf zum Wortprotokoll der Sitzung des Grossen Rates vom 24.08.2010 betreffend Beurkundungs- und Beglaubigungsgesetz.

¹ Der Gutachter ist praktizierender Notar in Basel seit 1977. Er war von 1981-1987 Lehrbeauftragter an der Universität Basel für Notariatsrecht. Seit 1990 ist er Mitglied der baselstädtischen Aufsichtsbehörde über die Notare und ihres Tarifausschusses, seit 1998 der basellandschaftlichen Notariatsprüfungsbehörde und seit 2010 Mitglied von deren Ausschuss, schliesslich seit 2004 Mitglied des Beirats der Stiftung Schweizerisches Notariat. Er ist Verfasser des 1993 erschienenen Werks "Schweizerisches Beurkundungsrecht" und zahlreicher beurkundungsrechtlicher Aufsätze und Gutachten, ferner Mitwirkender an beurkundungsrechtlichen Workshops im In- und Ausland (u.a. Tallinn 2000, Moskau 2001).

² Er ist seit 2007 als Tenure Track Professor für öffentliches Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen und seit 2009 auch als Lehrbeauftragter an der Universität Basel tätig. Er ist Verfasser verschiedener Schriften im Bereich der Wirtschaftsregulierung, auch mit Einbezug von Fragen des Steuer- und Abgaberechts in regulierten Märkten (Forschungsprofil und Publikationen sind abrufbar auf http://www.alexandria.unisg.ch/Personen/Person/H/Peter_Hettich).

IV. Sachverhalt

1. Entwicklung der aargauischen Notariatsgesetzgebung

- 7 Die Notariatsordnung des Kantons Aargau vom 28. Dezember 1911 wurde als Vollziehungserlass zum EG ZGB erlassen. Kraft ihrer Verabschiedung durch den Grossen Rat hat sie Gesetzesrang. In ihrer ursprünglichen Fassung regelte sie die den aargauischen Urkundspersonen zukommenden Vergütungen unter den §§ 46-48, und zwar bei einzelnen Geschäften mit einem Ansatz von 3 Promille des Geschäftswertes, bei anderen Geschäften mit festen Geldbeträgen oder mit der Vorschrift, dass die Entschädigung von der Urkundsperson zwischen einem in festen Beträgen vorgegebenen Mindest- und Höchstbetrag festzusetzen war.
- 8 Die im Jahre 1911 getroffene Ordnung wurde durch ein Dekret vom 16. März 1993 wesentlich geändert. In den neuen §§ 46, 46a-46e, 47, 47a-47o, 48, 48a, 48b wurden die am Geschäftswert anknüpfenden Entschädigungen *degressiv* ausgestaltet, d.h. der Promillesatz wurde bei grösseren Geschäftswerten kleiner. Für die meisten übrigen Geschäfte wurde der Grundsatz eingeführt, dass sich die Entschädigung am Zeitaufwand der Urkundsperson zu orientieren hatte.

2. Grundzüge der geltenden aargauischen Tarifordnung

- 9 Das geltende aargauische Tarifsyst $\ddot{u}$ m kennt seit 1993 drei Bemessungsmethoden:
 - a) Grundbuch- und Handelsregistergeschäfte mit einem deklarierten Geschäftswert (Kaufpreis, Hypothekenvaluta, Gründungs- oder Erhöhungskapital) werden *wertabhängig* entschädigt.
 - b) Beglaubigungen werden zu *festen Frankenbeträgen* entschädigt (Unterschriften CHF 20.--, Kopien CHF 10.--).
 - c) Die übrigen Geschäfte werden *nach Zeitaufwand* entschädigt.
- 10 Es darf davon ausgegangen werden, dass die aargauischen Urkundsperson den überwiegenden Teil ihres Notareinkommens aus Geschäften der hiev $\ddot{o}$ r erwähnten Gruppe (a) erwirtschaften.
- 11 Die wertabhängigen Tarife sind *degressiv* ausgestaltet. Sie beginnen beim Grundbuch- und beim Handelsregisternotariat für kleine Geschäftswerte übereinstimmend bei 4 Promille, sind im Handelsregisterbereich aber steiler *degressiv* ausgestaltet als im Grundbuchbereich. Die Kurven erreichen ihren Boden (0,5 Promille) im Handelsregisterbereich bei Geschäftswerten ab 2 Mio Franken, bei Grundbuchgeschäften ab 15 Mio Franken.
- 12 Ungeachtet des Umstandes, dass Grundbuchgeschäfte oft komplizierter und aufwendiger als Handelsregistergeschäfte sind, beschert der geltende aargauische Tarif den Urkundspersonen im Grundbuchbereich wohl generell die lukrativeren Entschädigungen als im Handelsregisterbereich.

- 13 Die bisherige Ordnung von 1911/1993 verbietet den Urkundspersonen die Überschreitung des geltenden Tarifs nach oben, erlaubt ihnen hingegen eine Abweichung nach unten, wenn eine gemeinnützige Institution zahlungspflichtig ist³.

3. Totalrevision des aargauischen Beurkundungsrechts

- 14 Im Rahmen der im Jahre 2009 in Angriff genommenen Totalrevision des aargauischen Beurkundungsrechts soll die Ordnung auf Gesetzesstufe nur noch mit zwei Rahmenbestimmungen (Entwurf §§ 69 und 70) geregelt werden. Die Regelung der Einzelheiten soll auf Dekretsstufe erfolgen.

- 15 Der vom Departement Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aargau am 26.08.2009 vorgelegte Bericht zur Totalrevision des Beurkundungsrechts des Kantons Aargau enthielt einen ausformulierten Gesetzesentwurf zum neuen Beurkundungsgesetz, der hienach als *BeurG E 2009* zitiert wird. Die im Zentrum des vorliegenden Gutachtens stehende Bestimmung, nämlich § 69 Abs. 1, lautete in der Fassung von 2009:

"Für die amtliche Tätigkeit hat die Notarin oder der Notar Anspruch auf eine Gebühr und auf Ersatz der entstandenen Auslagen."

- 16 Aufgrund des Vernehmlassungsverfahrens legte der Regierungsrat des Kantons Aargau am 17.03.2010 einen überarbeiteten Gesetzesentwurf vor, der im Folgenden *BeurG E RR 2010* zitiert wird. § 69 Abs. 1 lautete hier:

"Für die amtliche Tätigkeit hat die Notarin oder der Notar Anspruch auf eine Gebühr und auf Ersatz der entstandenen Auslagen. Vom Gebührentarif darf nicht abgewichen werden. Ausnahmen regelt der Grosse Rat durch Dekret." (Hervorhebung der Änderungen beigefügt)

- 17 Die Kommission VWA beantragte am 15.06.2010 folgende weitere Änderung:

"Für die amtliche Tätigkeit hat die Notarin oder der Notar Anspruch auf eine Gebühr und auf Ersatz der entstandenen Auslagen. Vom Gebührentarif darf nicht nach unten abgewichen werden. Ausnahmen regelt der Grosse Rat durch Dekret."

- 18 Anlässlich der ersten Lesung des Gesetzesentwurfes vom 24. August 2010 entschied der Grosse Rat, dass in Zukunft vom Notariatstarif generell, d.h. ohne die bisherige Beschränkung auf gemeinnützige Institutionen, nach unten abgewichen werden dürfe.

- 19 In der Sitzung vom 24.08.2010, Nachmittag, beantragte Grossrat Jean-Pierre Gallati, die fragliche Bestimmung sei wie folgt neu zu fassen:

~~"Für die amtliche Tätigkeit hat die Notarin oder der Notar Anspruch auf eine Gebühr und auf Ersatz der entstandenen Auslagen. Vom Gebührentarif darf nach unten abgewichen werden"~~ Die Honorierung der Urkundsperson ist Sache der Parteien (Urkundsperson beziehungsweise Kunden)."

- 20 In der anschliessenden Abstimmung wurde der Antrag der Kommission VWA gutgeheissen. Dies bedeutete die Verwerfung der Anträge des Regierungsrats und des Gross-

³ Vgl. hierzu Urteil OR.2005.00029 des aargauischen Obergerichts vom 9.05.2009.

rats Gallatti. Ferner wurde der Prüfungsantrag von Grossrat Jauslin gutgeheissen, der verlangt hatte, es sei *"zu prüfen, Abweichungen vom Gebührentarif nach unten und nach oben zuzulassen."*

- 21 Die an die Gutachter gestellten Fragen beziehen sich auf diesen Sachverhalt.

4. Überblick über die verschiedenen Notariatsdienstleistungen

a) Einteilung gemäss der Art der Arbeiten

- 22 Die Beurteilung eines Tarifsystems für notarielle Dienstleistungen darf nicht vorbeigehen an der Frage, worin diese Dienstleistungen bestehen. Im vorliegenden Abschnitt sollen diesbezüglich einige Hinweise gegeben werden.
- 23 Wird die notarielle Tätigkeit nach den Kriterien einer Arbeitsplatzbewertung betrachtet, so kann sie unterteilt werden in vier Haupttätigkeiten, die in absteigender Reihenfolge ihrer quantitativen Bedeutung folgendermassen zusammengefasst werden können:
- (a) die Beurkundung von Verträgen und von einseitigen Willens- und Wissenserklärungen;
 - (b) die Protokollierung von Versammlungen und anderen Vorgängen;
 - (c) diverse Sachbeurkundungen (Inventare u.a.);
 - (d) Beglaubigung von Unterschriften und Fotokopien.
- 24 Zu diesen Haupttätigkeiten treten noch diverse andere Funktionen von untergeordneter Bedeutung hinzu.
- 25 Hiezu im Einzelnen:

b) Beurkundung von Verträgen und von einseitigen Willens- und Wissenserklärungen

- 26 In diese Gruppe fallen Verträge über Grundstücke, insbesondere Grundstückskäufe und die Errichtung von Grundpfändern, ferner Ehe- und Erbverträge, gewisse Fusionsverträge, notarielle Testamente, Errichtung von Stiftungen, Bürgschaftserklärungen, eidesstattliche Erklärungen und Affidavits für ausländische Amtsstellen - und anderes.
- 27 Wohl mindestens die Hälfte des notariellen Arbeitsvolumens insgesamt, d.h. mindestens 50%, gehören in den Bereich des Grundstücksgeschäfts.
- 28 Die Vertrags- und Erklärungsbeurkundungen, die nichts mit Grundstücken zu tun haben, fallen innerhalb der notariellen Berufstätigkeit weniger ins Gewicht.
- 29 Ein Teil all dieser Beurkundungen betrifft Routinegeschäfte, die beim Vorliegen klarer Klienteninstruktionen unter Verwendung von bewährten Vertragsmustern ohne nennenswerten intellektuellen Aufwand und mit geringem Zeitaufwand vollzogen werden können. Man denke an Grundstückskäufe, wenn die grundbuchlichen Verhältnisse der

betroffenen Grundstücke übersichtlich sind und die Klienten nichts weiter als einen Kauf Zug um Zug mit den üblichen Gewährleistungsbestimmungen beabsichtigen.

- 30 Einfache Routinegeschäfte sind sodann die meisten Grundpfanderrichtungen, ferner die Bürschaftserklärungen gegenüber Banken.
- 31 Ein anderer Teil betrifft Geschäfte, die ausserhalb der blossen Routine liegen und dementsprechend mehr Arbeit verursachen. Im Grundbuchnotariat trifft die Urkundsperson zuweilen auf komplexe rechtliche Verhältnisse bei den betroffenen Grundstücken. Als Beispiel sei eine kleine *Grenzbereinigung* zwischen zwei Nachbarn erwähnt, die die S-förmige Grenzlinie zwischen ihren Grundstücken gerade ziehen möchten. Die Klienteninstruktion mag banal klingen. Anzahl und Wert der abzutauschenden Quadratmeter mag gering sein. Wenn die eine oder andere der betroffenen Parzellen aber mit privaten und öffentlichrechtlichen Lasten beschwert ist - etwa mit einem Baurecht, das in Stockwerkeigentum aufgeteilt ist, zusätzlich mit anderen Dienstbarkeiten, Grundpfändern und öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen -, dann erheischt das Herauslösen der weggehenden Quadratmeter aus dem rechtlichen Geflecht der bisherigen Belastungen und die Integration der neu dazukommenden Quadratmeter in dieses Geflecht die Mitwirkung von möglicherweise sehr vielen Beteiligten, die ihre Zustimmung erteilen oder andere Erklärungen abgeben müssen. Die Urkundsperson muss aufgrund des Grundbuchauszugs analysieren, welche Parteien betroffen sind und an dem Vorgang mitwirken müssen, und sie muss für alle diese Betroffenen die entsprechenden Erklärungstexte ausformulieren, den Kontakt aufnehmen und die Erklärungen einholen. Sie muss mit dem zuständigen Vermessungsamt in Kontakt treten, um den amtlichen Plan der Grundstücke mit der neuen Grenze zu beschaffen, und sie muss diesen Plan von bestimmten Beteiligten unterschreiben lassen. Es ist Sache der Urkundsperson, zu wissen, wer was unterschreiben muss, damit das Geschäft beim Grundbuch eintragungsfähig wird.
- 32 Während ein Grundstückkauf zu einem Preis in mehrfacher Millionenhöhe ein banales Routinegeschäft sein kann, das in wenigen Arbeitsstunden zu bewältigen ist, kann eine komplizierte Grenzbereinigung, bei der Grundstückswerte von wenigen Tausend Franken bewegt werden, die Arbeitskraft der Urkundsperson während Tagen absorbieren.
- 33 Eine ähnliche Bandbreite des Arbeitsanfalls besteht bei den Ehe- und Erbverträgen und bei den Testamenten. In einfach gelagerten Fällen und bei klaren Absichten der Klienten können solche Beurkundungen zuweilen als blosser Routine gelten. Wissen die Klienten nicht genau, was sie wollen, oder sind ihre Absichten widersprüchlich, unrealistisch oder unvereinbar mit den gesetzlichen Rahmenbedingungen, dann muss die Urkundsperson beratend tätig werden, eventuell alternative Gestaltungsmöglichkeiten aufzeigen, Vor- und Nachteile der einen und andern Variante erläutern, zwischen uneinigen Parteien moderieren etc.
- 34 Die Beurkundung von Testamenten und Erbverträgen kann sich auf die Umsetzung weniger und klarer Instruktionen des Testators beschränken und ist in einem solchen Fall blosser Routine, so z.B. wenn Ehegatten in geordneten Familienverhältnissen und mit einem übersichtlichen Vermögen die Meistbegünstigung des überlebenden Ehegatten zu Lasten gemeinsamer Kinder anstreben, oder wenn eine alleinstehende Person ohne Pflichtteilserben eine Alleinerbin einsetzen will.

- 35 Die Beurkundungstätigkeit kann sich aber auch zu einer umfangreichen Beratungstätigkeit auswachsen, wenn sich die Familienverhältnisse der Klientschaft als "patch-work" darstellen und wenn weitläufige Vermögensverhältnisse mit Aktiven in mehreren Ländern, eventuell eine Unternehmensnachfolge zu regeln sind.
- 36 Wohl jede Urkundsperson kennt sodann den Fall betagter Personen, die aus dem Errichten und Überarbeiten ihres Testaments einen Lebensinhalt machen und die Urkundsperson in wiederkehrende, nicht enden wollende Gespräche verwickeln.
- 37 Auch die Errichtung von Stiftungen begegnet der Urkundsperson in einer Bandbreite zwischen banaler Routine und aufwendiger Beratungs- und Abklärungstätigkeit. Routine ist die Errichtung einer Personalvorsorgestiftung, wenn das Dossier von einer BVG-Beratungsgesellschaft pfannenfertig vorbereitet wurde und die Klientschaft mit klaren Instruktionen an die Urkundsperson herantritt. Aufwendig ist die Arbeit, wenn die Klientschaft eine gemeinnützige Stiftung errichten will und mit unausgegorenen und eventuell unrealistischen Vorstellungen daherkommt. In solchen Fällen kann sich eine notarielle Beratungstätigkeit mit Variantenvergleichen sowie mit Abklärungen bei den Steuerbehörden und bei der Stiftungsaufsicht aufdrängen, bevor die Stiftung beurkundet wird - eventuell mit dem Resultat, dass nichts beurkundet wird.
- 38 Die Beispiele liessen sich beliebig vermehren. Für die Beurteilung eines Tarif-Systems ist festzuhalten, dass zwar ein erheblicher Teil - vielleicht die Mehrheit - der hier besprochenen Beurkundungen als einfache Routinegeschäfte gelten können, dass es aber immer auch Geschäfte gibt, die einen grossen Arbeitsaufwand erheischen. Dabei besteht keine klare Relation zwischen dem Geldwert der bewegten Vermögen und dem notariellen Aufwand.
- 39 In manchen Urkunden ist auch gar kein Geldwert als Geschäftswert ersichtlich, so wenn sich Ehegatten in einem Ehevertrag darauf beschränken, ihren Güterstand und ihr Erbrecht für den Fall des Wegzugs ins Ausland dem schweizerischen Recht zu unterstellen. Verlangen die Klienten in einem solchen Fall Rat von der Urkundsperson, inwiefern sich ihre güter- und erbrechtliche Situation mit und ohne die Unterstellungserklärung gestaltet, wenn die Eheleute beispielsweise nach England oder Kanada auswandern und ihre Ehe dort durch Tod oder Scheidung - mit oder ohne Kinder - auflösen, so wird eine sachkundige Beratung äusserst aufwendig.
- 40 Gewiss handelt es sich bei solchen Klientenwünschen um eher seltene Ausnahmen. Ein gutes Tarifsystem sollte aber allen Fällen, auch den seltenen, gerecht werden.

c) Beurkundung (Protokollierung) von Versammlungen und anderen Vorgängen

- 41 Die Beurkundung von Versammlungen, d.h. das sogenannte Handelsregisternotariat, macht im Durchschnitt vielleicht ein Viertel des notariellen Arbeitsvolumens aus, je nach Tätigkeitsort und beruflicher Ausrichtung der Urkundsperson etwas mehr oder etwas weniger. Auch hier handelt es sich häufig um einfache Routine. Die meisten sogenannten Versammlungen laufen wie Vertragsbeurkundungen in der Kanzlei der Urkundsperson ab, nämlich als Universalversammlung mit wenigen Beteiligten, die ein vorbereitetes Generalversammlungsprotokoll vor der Urkundsperson lesen und unterzeichnen. Auch bedeutende Kapitalerhöhungen können in dieser einfachen Weise zuweilen sehr speditiv beurkundet werden.

- 42 Daneben gibt es immer auch Vorgänge, die wegen ihrer relativen Seltenheit ausserhalb der täglichen Routine liegen, so Kapitalherabsetzungen und die meisten Vorgänge gemäss Fusionsgesetz. In solchen Fällen kann der Arbeitsaufwand für die Urkundsperson bedeutend sein.
- 43 Erst recht wird der Aufwand gross, wenn öffentliche Generalversammlungen börsenkotierter Gesellschaften zu beurkunden sind. Für solche Vorgänge pflegen regelrechte Drehbücher vorbereitet zu werden. Die Urkundsperson ist verantwortlich dafür, dass die Beschlüsse in handelsregisterlicher Eintragungsfähigkeit formuliert und protokolliert werden. Sie muss sich zuweilen zahlreichen Vorbesprechungen und Instruktionssitzungen bei der Klientschaft unterziehen, damit sie am Tag der Versammlung ihre Rolle so wahrzunehmen vermag, wie die Klientschaft dies wünscht.
- 44 Auch bei der Beurkundung von Versammlungen und anderen Vorgängen ist die Bandbreite zwischen einfachen Routinegeschäften und komplexen, aufwendigen Geschäften gross. Auch hier besteht keine klare Relation zwischen Geschäftswert und Arbeitsaufwand der Urkundsperson. Auch hier gibt es schliesslich Geschäfte ohne ersichtlichen Geldwert, so alle Statutenänderungen von Aktiengesellschaften, die nicht deren Kapital betreffen.

d) Diverse Sachbeurkundungen (Inventare u.a.)

- 45 Die unter dieser Kategorie zusammengefassten Beurkundungsfälle machen je nach örtlichen Gegebenheiten einen kleinen bis sehr kleinen Teil des Arbeitsvolumens aus.
- 46 Notarielle Inventare haben in einzelnen Kantonen Tradition, in anderen nicht. Bei Ehe-Inventaren geht es um die Beurkundung von Parteierklärungen, d.h. um Erklärungsbeurkundungen. Andere Inventare erheischen eine Ermittlungsarbeit der Urkundsperson, in der Regel gestützt auf Akten, die ihr von der Klientschaft zugetragen werden, ausnahmsweise durch selbständige Recherchen, ganz ausnahmsweise unter Einschluss von Besichtigungen vor Ort. Die Bandbreite des Arbeitsaufwands erstreckt sich von klein bis zu gross.

e) Beglaubigung von Unterschriften und Fotokopien

- 47 Die Beglaubigung der Unterschrift einer der Urkundsperson unbekannten Klientin im Anwesenheitsverfahren erheischt vorweg eine Terminvereinbarung mit der Instruktion, was mitzubringen ist, sodann den Empfang der Klientin, die Prüfung ihres Ausweispapiers, die notarielle Anwesenheit während der Beisetzung der Unterschrift, anschliessend die Formulierung des Beglaubigungstextes, dessen Anbringung auf dem von der Klientschaft unterzeichneten Dokument unterhalb ihrer Unterschrift, Unterzeichnung und Stempelung durch die Urkundsperson. Der Vorgang wird abgeschlossen durch die Aushändigung einer Faktura oder zumindest einer Quittung für erhaltene Barzahlung an die Klientschaft und durch die Registrierung des Vorgangs im Beglaubigungsregister der Urkundsperson gemäss den kantonalen Registrierungsvorschriften. Der Vorgang absorbiert die Arbeitskraft der Urkundsperson im Durchschnitt während etwa einer halben Stunde, dazu die Arbeitskraft einer Hilfsperson während einer ähnlichen Zeitspanne, manchmal etwas weniger, manchmal etwas mehr.
- 48 Speditiver lassen sich sogenannte Fernbeglaubigungen abwickeln, wenn die Urkundsperson Unterschriften auf Dokumenten beglaubigt, die ihr mit der Post zugesandt wer-

den. Das Fernbeglaubigungsverfahren ist in manchen Kantonen zulässig, in anderen nicht. Es erheischt, dass die Urkundsperson die Unterzeichnerin und deren Unterschrift entweder kennt oder eine unzweifelhaft echte Vergleichsunterschrift zur Hand hat. Der Zeitaufwand für Fernbeglaubigungen ist höchstens etwa halb so gross wie für Anwesenheitsbeglaubigungen, weil die Fernbeglaubigung nicht die Wahrnehmung eines Besprechungstermins erheischt.

- 49 Werden Unterschriften in Serie beglaubigt, etwa auf einer Vielzahl von Schriftstücken der gleichen Unterzeichnerin, dann reduziert sich der notarielle Aufwand pro Beglaubigung erheblich.

f) Weitere notarielle Funktionen

- 50 Der Wechselprotest ist zu einem äusserst seltenen Notariatsgeschäft geworden. Muss die Urkundsperson ihre Kanzlei verlassen und die zuständige Schuldnerin gegen Widerstände aufzufinden und zu identifizieren versuchen, so kann der Wechselprotest nicht nur zeitaufwendig, sondern auch mit Ärger verbunden sein. Wird der Wechsel kurz vor Verfall eingereicht, so gerät die Urkundsperson zudem unter Zeitdruck und muss unter Umständen ihr Arbeitsprogramm umstellen.
- 51 Ist der Wechsel bei einer Bank domiziliert und lässt das kantonale Recht die telefonische Protesterhebung zu, dann kann sich der Aufwand auf ein Telefonat und die Ausfertigung der Protesturkunde nach bewährten Mustern beschränken. In diesem günstigen Fall mag ein Protest in weniger als einer Stunde erledigt sein.
- 52 Andere notarielle Funktionen fallen mehrheitlich aus jeder Routine heraus und sind entsprechend zeitaufwendig, so die Beurkundung von Losziehungen, von Urabstimmungen, von Auflagenstärken von Zeitungen oder die Beurkundung der Eröffnung eines derelinquierten Banksafes oder des Kunstbesitzes einer Sammlerin, die sich mit der Urkunde den Beweis ihres Altbesitzes unter der Kulturgüterschutz-Gesetzgebung sichert.
- 53 Es ist weder möglich noch sinnvoll, für derartige notarielle Tätigkeiten einen typischen oder einen durchschnittlichen Arbeitsaufwand abzuschätzen.

g) Administrative Pflichten der Urkundspersonen

- 54 Die Tätigkeit der Urkundsperson beschränkt sich nicht auf die Vorbereitung und Durchführung von Beurkundungen und die Ausfertigung von Urkunden. Die Urkundsperson ist eingebunden in eine Vielzahl administrativer Pflichten, die der Klientschaft meist verborgen bleiben. Dazu gehört die Führung von Journalen, Registern und Aktensammlungen gemäss Vorschriften des kantonalen Notariatsrechts, die Einhaltung von Vorschriften über den Umgang mit Klientengeldern und die diesbezügliche Buchführung, die Mitwirkung bei Inspektionen und anderen Massnahmen der Notariatsaufsicht u.a.m.
- 55 Bei der Konzeption eines Tarifsystems muss Vorkehr getroffen werden, dass die Urkundsperson auch für ihre administrativen Tätigkeiten angemessen entschädigt werden bzw. dass diese Tätigkeiten durch die Tarif-Ansätze für die einzelnen Beurkundungsfälle mitabgegolten werden.

V. Rechtliche Würdigung

1. Rechtsnatur der Vergütung für Leistungen freiberuflicher Urkundspersonen

a) Grundsatz: öffentlich-rechtliche Gebühr

- 56 Die freiberuflich tätige Urkundsperson übt eine vom öffentlichen Recht beherrschte Tätigkeit aus.
- 57 Die Urkundsperson ist Trägerin der Beurkundungsbefugnis. Die Beurkundungsbefugnis wird ihr durch den Kanton verliehen und bezieht sich in der Regel ausschliesslich auf Amtshandlungen der Urkundsperson innerhalb des Verleihungskantons.
- 58 Bei der Verleihung der Beurkundungsbefugnis handelt es sich nicht um eine Berufsausübungsbewilligung (Polizeibewilligung) im Sinne des Schutzes des Publikums vor den Gefahren einer fehlerhaften Berufstätigkeit. Es handelt sich auch nicht um die Konzession für die Sondernutzung eines öffentlichen Gutes. Vielmehr wird der Urkundsperson ein Amt übertragen, das hoheitliche Kompetenzen in sich einschliesst, so insbesondere die Kompetenz, Urkunden mit öffentlichem Glauben im Sinne von Art. 9 ZGB auszufertigen⁴, ferner das Recht, den Titel "Notar" oder "Notarin" (oder einen ähnlichen Titel gemäss der jeweiligen kantonalen Terminologie) im Zusammenhang mit einer im Verleihungskanton gelegenen Kanzleiadresse zu führen⁵.
- 59 Die Rechtsbeziehung zwischen der Urkundsperson und ihrer Klientschaft ist demgemäss keine privatrechtliche, insbesondere kein Auftrag im Sinne von Art. 393 ff. OR. Die Klientenbeziehung sieht zwar einen privatrechtlichen Auftrag in mancher Hinsicht ähnlich. Aber aus der unterschiedlichen Rechtsnatur ergeben sich praktische Unterschiede. So kann sich die Urkundsperson nicht auf das Recht zum jederzeitigen Vertragsrücktritt gemäss Art. 404 OR berufen. Hat sie eine Beurkundung einmal an die Hand genommen, dann muss sie diese bis zum Ende durchführen, sofern nicht bestimmte Gründe (Interessenkonflikt, anscheinende Simulation der Klientschaft oder Ähnliches) die Urkundsperson zum Abbruch des Beurkundungsverfahrens verpflichten.
- 60 Auch bezüglich der *Entschädigung*, die kein privatrechtliches Auftragshonorar, sondern eine öffentlich-rechtliche Gebühr ist, und bezüglich der *Haftung* für fehlerhafte Beurkundungstätigkeit gilt öffentliches Recht.
- 61 Zu den Unterschieden des Beurkundungsverhältnisses gegenüber dem privatrechtlichen Auftrag gehört auch die eingeschränkte Weisungskompetenz der Klientschaft gegenüber der Urkundsperson. Die Urkundsperson muss ihre notariellen Berufspflichten, insbe-

⁴ In allen Kantonen, die eine Notariatsprüfung kennen, so auch im Kanton Aargau, wird dem Dualismus der zwei Schritte Rechnung getragen, nämlich dem Absolvieren einer Notariatsprüfung und der anschliessenden Verleihung der Beurkundungsbefugnis. Mit der bestandenen Notariatsprüfung weist sich die kandidierende Person lediglich über ihre berufliche Fähigkeit zur Beurkundungstätigkeit aus. Diese Fähigkeit ist eine notwendige Voraussetzung, aber nicht der Inhalt der Beurkundungsbefugnis. Bezüglich der Beurkundungsbefugnis besteht keine einheitliche Terminologie. Im aargauischen NG 1911/1993 heisst sie "Patent", im BeurG E 2009 "Beurkundungsbefugnis" (vgl. § 1 lit. b, § 4 Abs. 1, § 6 etc.), im Kanton Bern "Notariatspatent", im Kanton Waadt "capacité", in Basel-Stadt "Beurkundungsbefugnis". Die Verleihung der Beurkundungsbefugnis heisst im Kanton Aargau "Erteilung des Patents" (§ 15 NG 1911/1993) bzw. "Erteilung der Beurkundungsbefugnis" (BeurG E 2009 § 6 Abs. 1), in Bern "Registrierung", im Kanton Waadt "nomination".

⁵ Dieses Recht wird in den beurkundungsrechtlichen Erlassen der meisten Kantone einschliesslich des Kantons Aargau nicht ausdrücklich erwähnt, ergibt sich aber aus der beurkundungsrechtlichen Gesetzgebung implizit.

sondere die Wahrheits- und die Unparteilichkeitspflicht, auch dann respektieren, auch wenn die Klienten ihr anderes zumuten wollen.

b) Keine Wirtschaftsfreiheit für Urkundspersonen

- 62 Das Bundesgericht hält mit Verweis auf die herrschende Lehre⁶ in ständiger Rechtsprechung fest, dass die Urkundspersonen aufgrund der ihr verliehenen Beurkundungsbefugnis Träger einer hoheitlichen Funktion sind und sich - weil sie an der Staatsgewalt teilhaben - nicht auf die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV berufen können⁷.
- 63 Aufgrund des hoheitlichen Charakters der notariellen Tätigkeit findet auch das BGBM⁸ keine Anwendung⁹. Das gleiche gilt für das FZA¹⁰. Das Abkommen überlässt den Vertragsstaaten die Befugnis, nicht nur das Recht auf Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung zu verweigern, wenn diese die Ausübung hoheitlicher Befugnisse umfasst (Art. 10 Anhang I), sondern auch die selbständige Erwerbstätigkeit, die dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist (Art. 16 Anhang I)¹¹.
- 64 Die Regelung im FZA entspricht der Normierung im europäischen Recht: Gemäss Art. 45 EGV sind Tätigkeiten, die in einem Mitgliedsstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, vom Geltungsbereich der Niederlassungsfreiheit ausgenommen. Dabei ist massgebend, dass die Tätigkeit für sich genommen eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt mit einschliesst. Das trifft für Urkundspersonen insoweit zu, als sie eine amtliche Funktion der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausüben¹².

⁶ Vgl. PETER RUF, Notariatsrecht (Langenthal 1995), S. 74, Rz. 251; CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht (Zürich 1993), S. 152, Rz. 481 und S. 153, Rz. 485 ff.; HANS MARTI, Notariatsrecht (Bern 1983), N. 5 ad Art. 2; LOUIS CARLEN, Notariatsrecht der Schweiz (Zürich 1976), S. 37. Die neuere Lehre schliesst sich dieser Meinung überwiegend an: MICHEL MOOSER, Le droit notarial en Suisse (Bern 2005), S. 25, Rz. 53.; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung (2006), § 5 N 23. Zurückhaltend: MICHAEL PFEIFER, Die Zukunft des Notariats in Basel, BJM 1999 S. 20 ff., 24 und PIERRE TERCIER, Les notaires et le droit de la concurrence, SJ 1998 S. 505 ff., 513.

⁷ Vgl. BGE 133 I 259, 261; BGE 131 II 639, 645; BGE 128 I 280, 281; Entscheid des BGer vom 30.06.1998 (2P.433/1997 = ZBGR 81/2000 S. 72 ff.); Entscheid des BGer vom 5.02.1999 (2P.436/1997 = ZBGR 81/2000 S. 64 ff.; betr. Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten als Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit); BGE 124 I 297, 298; BGE 73 I 366.

⁸ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (SR 943.02); vgl. Art. 1 Abs. 3 BGBM (in der Fassung vom 1. Juli 2006): Anknüpfungspunkt ist nicht mehr Art. 27 BV sondern neu die "hoheitliche Tätigkeit".

⁹ Kritisch dazu: ROLAND VON BÜREN, Notare und Wettbewerb, in: Festschrift 100 Jahre Verband bernischer Notare, Langenthal 2003, S. 79 ff., 92 f.

¹⁰ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681).

¹¹ Vgl. BGE 128 I 280, 282.

¹² Nicht hingegen für Rechtsanwälte, denn diese sind privatwirtschaftlich tätig. Vgl. dazu das Urteil des EuGH vom 21. Juni 1974 in der Rs. 2/74, REYNERS, Slg. 1974, S. 631 ff. Der EuGH hält in diesem Entscheid fest, dass die Anwendung von Art. 45 EGV auf einen Beruf als Ganzen in Betracht komme, wenn die einzelnen Tätigkeiten der Berufsträger *"derart miteinander verknüpft sind, dass die Liberalisierung für den betreffenden Mitgliedstaat die Verpflichtung mit sich bringen würde, die - wenn auch nur zeitweise - Ausübung öffentlicher Gewalt durch Ausländer zuzulassen"*. Etwas anderes gelte bei Tätigkeiten, die *"einen abtrennbaren Teil der betreffenden Berufstätigkeit insgesamt darstellen"*.

- 65 Die Kommission hat im Jahr 2007 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen 16 Mitgliedstaaten, die alle das lateinische Notariat kennen, eingeleitet¹³. Die Bundesrepublik Deutschland hat in ihren Stellungnahmen zu den Vorwürfen der Kommission insbesondere den hoheitlichen Charakter der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowie die Geltung des völkerrechtlichen Territorialitätsprinzips auch unter dem Regime des EGV hervorgehoben. Sie sieht den Konflikt mehr als grundsätzliche Auseinandersetzung zwischen dem angelsächsisch-skandinavischen und dem kontinental-europäischen Modell versorgender Rechtspflege denn als eine genuin länderspezifische Problematik¹⁴.

c) Keine kartellrechtlichen Schranken für die Tarifgestaltung

- 66 Das Sekretariat der WEKO ist 1997 in einer Vorabklärung betreffend Wettbewerbsverhältnisse auf dem luzernischen Markt für Notariatsdienstleistungen zum Schluss gekommen, dass die notarielle Tätigkeit zwar eine unternehmerische Tätigkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG sei und damit grundsätzlich in den (persönlichen) Anwendungsbereich des KG falle. Der Markt sei aber zufolge der öffentlich-rechtlichen Vorschriften über das Notariatswesen gemäss Art. 3 Abs. 1 KG insofern dem Geltungsbereich des KG entzogen, als Verfügungen der WEKO ausgeschlossen seien. Nur Empfehlungen gestützt auf Art. 45 KG seien zulässig¹⁵.
- 67 Das KG wird gemäss Art. 3 Abs. 1 KG insoweit vom kantonalen öffentlichen Recht zurückgedrängt, als staatliche Markt- oder Preisordnungen mit Bezug auf Unternehmungen, die öffentliche Aufgaben erfüllen, den Wettbewerb nicht zulassen, so insbesondere durch das Festlegen von Beurkundungsgebühren. Ausserhalb dieser staatlich regulierten "wettbewerbsfreien Bereiche", dass heisst bezüglich aller Tätigkeiten von Urkundspersonen, die nicht Beurkundungstätigkeit und damit verbundene Nebenleistungen sind, hat das KG unbeschränkte Geltung.

d) Keine Vertragsfreiheit für Urkundspersonen und ihre Klienten

- 68 Aus dem hoheitlichen Charakter der Beurkundungstätigkeit fliesst die Anhandnahmepflicht der Urkundsperson. Verlangt eine Klientschaft von der Urkundsperson eine Beurkundungsleistung, so ist die Urkundsperson verpflichtet, diesem Verlangen stattzugeben, vorbehältlich sachlicher Ablehnungsgründe. In Kantonen mit freiberuflichem Notariat und mit einer hinlänglichen Zahl verfügbarer Urkundspersonen gehören zu den Ablehnungsgründen auch Überlastung sowie Büroabwesenheit wegen Krankheit oder Ferien. Ferner darf oder muss die Urkundsperson Geschäfte ablehnen, bei denen sie wegen eines Interessenkonfliktes oder anderweitiger Befangenheit im Ausstand ist, ferner Geschäfte, die rechts- oder sittenwidrig sind oder von der Klientschaft zu einem offensichtlich missbräuchlichen Zweck verlangt werden.
- 69 Abgesehen von solchen sachlich begründeten Ablehnungsfällen ist die Urkundsperson von öffentlichen Rechts wegen verpflichtet, das an sie herangetragene Beurkundungsbegehren zu erfüllen.

¹³ Richtlinie 89/48/EWG, seit Oktober 2007 ersetzt durch die Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen 2005/36/EG.

¹⁴ Pressemitteilung vom 12.10.2006, IP/06/1385 (<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/1385&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>, zuletzt besucht am 31.3.2009).

¹⁵ Vgl. RPW 1997, 517 ff.

- 70 Die Klientschaft hat an Orten und für Geschäfte, für die mehrere Urkundspersonen verfügbar sind, die Wahlfreiheit. In zahlreichen Beurkundungsfällen stehen der Klientschaft aber nur wenige, zuweilen nur eine einzige Urkundsperson zur Verfügung. Angesichts des gesetzlichen Beurkundungszwangs ist die Klientschaft in einem solchen Falle gezwungen, sich an diese einzige oder an eine unter wenigen Urkundspersonen zu halten.
- 71 Diese Gegebenheiten sowie die Rechtsnatur der Entschädigung für Beurkundungsleistungen als öffentlich-rechtliche Gebühr schliessen es aus, die Preisbildung einem freien, unregulierten Markt bzw. der freien Parteivereinbarung anheimzustellen.

2. Rechtliche Anforderungen an das Tarifsysteem

a) Allgemeine Grundsätze

- 72 Obgleich die den Urkundspersonen zukommenden Entschädigungen an Privatpersonen, nicht an den Staat bezahlt werden, haben sie den Charakter öffentlich-rechtlicher Gebühren. Die Bemessung der Entschädigungen muss demgemäss den allgemeinen Anforderungen gerecht werden, die für Verwaltungsgebühren gelten.
- 73 Bei der Bemessung einer Gebühr ist, wo die üblichen abgaberechtlichen Anforderungen an eine formell-gesetzliche Grundlage ausnahmsweise gelockert werden sollen, vom Wert der Leistung auszugehen. Als Ausfluss von Art. 9 BV muss diesfalls die Höhe einer Gebühr nach zwei kumulativ anzuwendenden Prinzipien bestimmt werden können, nämlich nach dem Kostendeckungsprinzip und nach dem Äquivalenzprinzip¹⁶.
- 74 Das *Kostendeckungsprinzip* verlangt, dass der Gesamtertrag der Gebühren die gesamten Kosten des betreffenden Verwaltungszweiges nicht übersteigen darf¹⁷.
- 75 Das *Äquivalenzprinzip* verlangt, dass die Gebühr für eine konkrete Leistung im Einzelfall nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zu deren objektivem Wert stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen bewegen muss¹⁸.
- 76 Das Bundesgericht hat bei der Anwendung dieser Prinzipien erkennen lassen, dass es die bundesrechtlichen Schranken für die Ausgestaltung kantonaler Notariatstarife weder präzise noch eng definiert. So hat das Bundesgericht die Frage, ob eine kantonale Tarifordnung den Anforderungen des Kostendeckungsprinzips genügt, aus praktischen Gründen schon gar nicht geprüft mit der Begründung, dass *"eine solche umfassende Prüfung des ganzen Tarifs den Rahmen der konkreten Normenkontrolle bei weitem sprengen"* würde¹⁹.

¹⁶ Vgl. ERWIN GRIESSHAMMER/PETER HETTICH, Steuerharmonisierungsbedarf bei der Übertragung von Grundstücken im Fusionsgesetz, *SteuerRevue* 2003, S. 258 ff., 261.

¹⁷ Vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6.A., Zürich 2010, N 2653 ff.

¹⁸ Vgl. BGE 126 I 180, 191; BGE 103 Ia 85, 88.

¹⁹ Vgl. BGE 103 Ia 80 (1977), 90.

- 77 Das Bundesgericht hat im erwähnten Entscheid die höchstrichterlichen Kriterien, die an kantonale Notariatsstarife angelegt werden können, folgendermassen zusammengefasst²⁰:

"Nach dem Gesagten ergibt sich, dass sich die verfassungsrechtliche Überprüfung kantonaler Notariatsgebühren bei freiberuflicher Organisation aus praktischen Gründen auf die folgenden Gesichtspunkte beschränken muss:

Die im konkreten Fall erhobene Gebühr muss in einem vernünftigen Verhältnis zur erbrachten Leistung stehen (BGE 97 I 205).

Ein offensichtliches Missverhältnis müsste als übermässige Erschwerung der Benützung des privatrechtlichen Institutes der öffentlichen Beurkundung betrachtet werden (BGE 83 I 89 f. E. 6), was gegen Sinn und Geist des Bundeszivilrechts verstossen würde (BGE 96 I 716 E. 3; HUBER, Berner Kommentar, Art. 6 ZGB, N. 213 f., DESCHENAUX, Schweiz. Privatrecht II, Einleitungstitel, S. 26 f., 29 f.).

Im übrigen muss der Tarif nach sachlich haltbaren Gesichtspunkten ausgestaltet sein und darf keine Unterscheidungen treffen, für die ein vernünftiger Grund nicht ersichtlich ist (BGE 97 I 205)."

- 78 In dem damals beurteilten Fall ging es um eine bernische Notariatsgebühr von CHF 2'865.-- für die Beurkundung eines Kaufrechtsvertrags mit einem vorgesehenen Grundstückspreis von CHF 430'000.-- und einer wenige Wochen später beurkundeten Kaufrechts-Ausübung. Das Bundesgericht stellte fest, dass der bernische Tarif bezüglich dieser Beurkundungen im interkantonalen Vergleich am teuersten war, verwarf aber die Meinung des Beschwerdeführers, er habe Anspruch auf eine Gebühr von höchstens CHF 500.--. Den Vorwurf, die vom Notar verlangte Gebühr verletzte das Äquivalenzprinzip, wies das Bundesgericht mit folgender Begründung zurück²¹:

"Alles in allem ergibt sich, dass das aufgrund von Art. 9 Abs. 1 des Dekretes über die Notariatsgebühren errechnete Honorar - auch im Verhältnis zu andern Kantonen mit der gleichen Organisationsform des Notariats - als ungewöhnlich hoch erscheint. Das Interesse des Ansprechers an der Amtshandlung in Abhängigkeit vom Vertragswert des Grundstücks, das bei der Bemessung der Notariatsgebühr an sich berücksichtigt werden darf, erhält im vorliegenden Fall ein Gewicht gegenüber anderen Bemessungsfaktoren (insbesondere dem Arbeitsaufwand), das unter dem Gesichtspunkt des Äquivalenzprinzips als nicht ganz unbedenklich erscheint.

Allein unter dem Gesichtswinkel des Willkürverbotes (Art. 4 BV) lässt sich nicht sagen, die erhobene Gebühr stehe in einem offensichtlichen Missverhältnis zur erbrachten Leistung. Diesen Schluss lässt auch der interkantonale Vergleich der Kosten für das in Frage stehende Rechtsgeschäft nicht zu. Es kann schliesslich gar keine Rede davon sein, dass die Benützung des zivilrechtlichen Institutes der öffentlichen Beurkundung übermässig erschwert oder gar verunmöglicht würde. Niemand lässt sich von der Veräusserung eines Grundstücks bzw. vom Kauf desselben deshalb abhalten, weil er statt 3 oder 4%o 6 bis 7%o des Vertragswertes für Beurkundungsgebühren aufwenden muss. Die Beschwerde ist daher abzuweisen."

²⁰ BGE 103 Ia 90 f.

²¹ BGE 103 Ia 94 f.

b) Begrenzung nach oben

- 79 Angesichts der dargestellten Auffassung des Bundesgerichts darf die Beurkundungsgebühr für ein einzelnes Geschäft den Arbeitsaufwand der Urkundsperson übersteigen, und zwar offenbar erheblich. Eine klare Aussage, wo die Grenzen nach oben von Bundesrechts wegen liegen, lässt sich der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht entnehmen.
- 80 Andererseits ist festzuhalten, dass das Äquivalenzprinzip dem Grundsatz nach unbestritten gilt und im Einzelfall nicht verletzt werden darf.
- 81 Daraus ergibt sich, dass die Freigabe der aargauischen Beurkundungsgebühren nach oben nicht in Frage kommt, wobei unter Freigabe hier die Ermächtigung der Urkundspersonen verstanden wird, ihre Gebühren *nach freiem Ermessen* über den offiziellen Tarif hinaus zu erhöhen.
- 82 Da das Bundesgericht nie postuliert hat, Urkundspersonen müssten bestimmte Leistungen aus sozialen oder aus anderen Gründen zu defizitären Preisen erbringen, muss eine im kantonalen Recht verankerte Ermächtigung an die Urkundspersonen als zulässig gelten, ihre Gebühren über den offiziellen Tarif hinaus *insoweit zu erhöhen, als der Tarif den ergangenen Arbeitsaufwand nicht deckt*.

c) Freigabe nach unten

- 83 Das Bundesgericht hat sich nie zur Frage geäußert, ob die Kantone ihren Urkundspersonen die Abweichung Notariatstarif nach unten verbieten müssen oder erlauben dürfen. Die Frage ist demgemäss aufgrund allgemeiner Erwägungen zu beantworten.

aa) Verletzung der Rechtsgleichheit?

- 84 Zu fragen ist, ob der Grundsatz der *Rechtsgleichheit* die Abweichung vom Tarif nach unten verbietet oder - wenn schon - nur dann zulässt, wenn für die Abweichung ein sachlicher Grund wie etwa Bedürftigkeit²² oder Gemeinnützigkeit²³ des Gebührenschuldners vorliegt.
- 85 Die Frage ist mangels einschlägiger Präjudizien differenziert zu beantworten.
- 86 Die Gebührenforderung der freiberuflichen Urkundsperson gehört ihrer Entstehung nach dem öffentlichen Recht an, ist gleichzeitig aber von Anfang an ein Teil des Privatvermögens der Gläubigerin. Der öffentlichrechtliche Entstehungsgrund spricht *gegen* die Befugnis zu freier, d.h. willkürlicher, Reduktion. Die Zugehörigkeit der Gebührenforderung zum Privatvermögen spricht *für* das freie Verfügungsrecht der Gläubigerin.
- 87 Angesichts dieser beiden Aspekte empfiehlt der Gutachter, dass der aargauische Gesetzgeber den Urkundsperson die Unterschreitung des Tarifs nicht voraussetzungslos,

²² Vgl. etwa § 8 Abs. 3 des baselstädtischen Notariatstarifs vom 1.07.2001: "Ist eine Partei bedürftig, verfolgt sie einen gemeinnützigen Zweck oder ist das Wertinteresse gering, so darf die Notarin oder der Notar die Taxe von sich aus ermässigen oder erlassen."

²³ Vgl. diese Ermässigungsmöglichkeit in § 46 Abs. 2 NO.

d.h. nach freiem Ermessen, gestattet, sondern nur bei Vorliegen eines sachlichen Grunds.

- 88 Wird als sachlicher Grund für die Gebührenreduktion auch die *Unangemessenheit der tarifkonformen Gebühr im Verhältnis zum Zeitaufwand* anerkannt, so ist das vom Gesetzgeber angestrebte Regelungsziel, nämlich die Vermeidung übersetzter Notariatsgebühren, erreicht, ohne dass dadurch eine Ermächtigung der Urkundsperson zu willkürlichem Verhalten zugelassen würde. Die Reduktion einer unverhältnismässig hohen Gebühr im Einzelfall kann als (zumindest analoge) Anwendung des Äquivalenzprinzips betrachtet werden, d.h. als Konkretisierung des im Abgaberecht generell geltenden Verhältnismässigkeitsgebots, das zu einer angemessenen Reduktion der im Einzelfall zu hohen Gebühr führen muss²⁴.
- 89 Die Bezugnahme auf den sachlichen Grund gibt nötigenfalls auch eine Handhabe, gegen einen mit Dumpingpreisen geführten Verdrängungswettbewerb einzuschreiten (wobei offen bleiben kann, ob der Markt für Notariatsdienstleistungen für einen "ruinösen Konkurrenzkampf" überhaupt anfällig ist).

bb) Verunmöglichung von Querfinanzierungen?

- 90 Die Unterschreitung eines staatlich in Kraft gesetzten Werttarifs kann die Querfinanzierung defizitärer Geschäfte durch lukrative Geschäfte behindern oder verunmöglichen. In dem bereits zitierten Bundesgerichtsentscheid 103 Ia 85 äusserte sich das Gericht zur Querfinanzierung folgendermassen:

"Unter dem Gesichtspunkt des Äquivalenzprinzips fällt ins Gewicht, dass die Höhe der Gebühr für eine bestimmte notarielle Verrichtung nicht notwendigerweise ihrem objektiven Wert entsprechen muss; mit den Gebühren für bedeutende Geschäfte darf der Ausfall aus Verrichtungen ausgeglichen werden, für die wegen des mangelnden Interesses keine kostendeckende Entschädigung verlangt werden kann (BGE 97 I 204 E. 6)."

- 91 Auf der Homepage des Oesterreichischen Notariats²⁵ ist in ähnlichem Sinne der Satz nachzulesen:

"Die Entlohnung ist wesentlich vom Wert des Geschäftes abhängig, um auch bei geringen Werten die Inanspruchnahme einer qualifizierten Dienstleistung zu ermöglichen."

- 92 Aus dem zitierten Urteil ergibt sich, dass das Bundesgericht den Kantonen freistellt, Notariatstarife zu erlassen, die solche Querfinanzierungen möglich machen.
- 93 Andererseits ist kein Rechtssatz ersichtlich, der die Kantone dazu *zwingen* würde, ihre Tarife so zu strukturieren, dass kleine Geschäfte durch grosse querfinanziert werden. Ein Beurkundungstarif, der die Entschädigung so festsetzt, dass der tatsächliche Aufwand in jedem Einzelfall gedeckt ist, kann nicht bundesrechtswidrig sein.

²⁴ Vgl. in diesem Sinne die beiden Entscheide des *Verwaltungsgerichts Zürich*, bei denen eine bescheidene Inanspruchnahme öffentlichen Grundes zu absurd hohen Gebühren geführt hatten, welche dann reduziert wurden (Treppenstufen in VB.2004.154, Sonnenstorenkasten in VB.2004.3). Beide Entscheide sind auf <http://www.vgrzh.ch> online abrufbar.

²⁵ www.notar.at

- 94 Eine einzige Ausnahme ist zu machen für die *Beglaubigungen*. Sie sind als Massengeschäft zu betrachten und sollten für die Bevölkerung kostengünstig erhältlich sein, wenn möglich in örtlicher Nähe zum Wohn- oder Arbeitsort der Klientschaft. Bei einer Vollkostenrechnung nach Zeitaufwand würden notarielle Beglaubigungen im Anwesenheitsverfahren 100 und mehr Franken kosten müssen. Bei Beglaubigungen wäre die Zeitaufwanderfassung seitens der Urkundsperson eine unverhältnismässige Belastung. Hier drängt sich mithin ein Einheitstarif mit einem festen Frankenbetrag (eventuell mit verschiedenen Sätzen für unterschiedliche Kategorien von Beglaubigungen) auf, ohne dass den Urkundsperson gestattet sein kann, bei grösserem Zeitaufwand den Tarif zu überschreiten. - Insofern sollte jeder Notariatstarif die Querfinanzierung des Beglaubigungsnotariats durch die übrigen Beurkundungsgeschäfte ermöglichen.
- 95 In quantitativer Hinsicht ist der Querfinanzierungsbedarf des Beglaubigungsgeschäfts aber vernachlässigbar. Die Beglaubigungstätigkeit macht für die meisten Urkundsperson nur einen verschwindend kleinen Prozentsatz ihrer Beurkundungstätigkeit aus. Der diesbezügliche Querfinanzierungsbedarf erheischt nicht, dass auf die Zulassung von Tarifunterschreitungen bei den übrigen Beurkundungsleistungen verzichtet wird.

cc) Positive Aspekte einer generellen Erlaubnis von Tarifunterschreitungen

- 96 Die Annahme wäre falsch, mit einem rigiden Rabattverbot könnten Rabatte tatsächlich konsequent unterbunden und eine tarifkonforme Querfinanzierung gewährleistet werden. Wo nämlich ein Zwangstarif zu übersetzten Entschädigungen führt, bleibt das Verbot der Tarifunterschreitung meist eine *lex imperfecta*, d.h. ein unvollkommenes Gesetz. Die konsequente Rechtsdurchsetzung ist kaum möglich. Es sind die gesetzestreuen, korrekten Urkundspersonen, die von der gesetzlichen Regelung benachteiligt werden, die unbekümmerten Urkundspersonen, die davon einen Nutzen ziehen.
- 97 Gerade im Immobiliargeschäft haben die Urkundspersonen immer wieder mit institutionellen Marktteilnehmern zu tun, die aus ihrer beruflichen Tätigkeit im Liegenschafts- und Bauwesen mit dem Einfordern von Rabatten vertraut sind und davon auch nicht Abstand nehmen, wenn Sie mit Urkundspersonen über die Vergabe von lukrativen Mandaten verhandeln. Gewiss nicht überall, aber doch dann und wann gibt es Urkundspersonen, die für ein finanzielles Entgegenkommen offen sind und die dann als besonders günstige Dienstleisterinnen eine branchenweite, wenn auch diskrete Bekanntheit erlangen.
- 98 Es wäre weltfremd, den Wettbewerbsvorteil zu verkennen, den Urkundspersonen aus einer Verletzung des Tarifszwangs ziehen können, solange ihre Aufsichtsbehörde die Einhaltung des Tarifs nicht von Amtes wegen konsequent durchsetzt und Verletzungen ahndet.
- 99 Eine solche Rechtsdurchsetzung ist in den meisten Kantonen, die einen zwingenden anzuwendenden Werttarif kennen, nicht vorhanden. Die konsequente und vollständige Überprüfung der Buchhaltungen der Urkundspersonen mit dem Ziel, allfällige unzulässige Rabatte aufzuspüren, wäre mit einem Vollzugsaufwand verbunden, der durch den allenfalls entstehenden Nutzen kaum aufgewogen würde. Eine bloss stichprobenweise Überprüfung hat nur eine geringe präventive Wirkung. Rabatte können im Übrigen auch verdeckt gewährt werden, d.h. in einer Weise, die in der Buchhaltung keine Spuren hinterlässt, so etwa wenn eine Urkundsperson zwar die Beurkundungsleistungen tarifkon-

form abrechnet, im Sinne eines Rabattes aber Anwaltsdienstleistungen zu reduzierten Preis erbringt.

- 100 Will man im Beurkundungswesen Waffengleichheit zwischen gesetzestreuen und anderen Marktteilnehmern herstellen, dann ist die generelle Erlaubnis von *Rabatten aus sachlichem Grund* eine taugliche geeignete Massnahme.

3. Varianten sachlich haltbarer Tarifordnungen

a) Grundsatz

- 101 Der Notariatstarif muss gemäss bundesgerichtlicher Meinung "*nach sachlich haltbaren Gesichtspunkten ausgestaltet sein und darf keine Unterscheidungen treffen, für die ein vernünftiger Grund nicht ersichtlich ist (BGE 97 I 205)*"²⁶.

b) Überblick über die gängigen Varianten

- 102 Sowohl ein an den deklarierten Geschäftswerten anknüpfender *Werttarif als Zwangstarif* als auch ein *am Zeitaufwand anknüpfender Tarif* sind zulässige Regelungen und verletzen kein höherrangiges Recht, sofern die Tarifkurve beim Werttarif und der Stundenansatz beim Zeitaufwandtarif sachgerecht festgelegt werden.
- 103 Wegen gewisser Nachteile, die jedes dieser beiden Systeme haben, wenn sie mit strikter Konsequenz ausgestaltet werden, haben die meisten kantonalen Gesetzgeber sich bemüht, die beiden Tarifierungsmethoden miteinander zu kombinieren, sei es dadurch, dass vom Werttarif unter gewissen Voraussetzungen abgewichen werden darf oder dass beim Zeitaufwandtarif nicht immer und nicht ausschliesslich der blosse Zeitaufwand massgebend zu sein braucht.
- 104 Auf die Vor- und Nachteile der verschiedenen Methoden und die Möglichkeiten ihrer Kombination soll im Folgenden eingegangen werden.

c) Werttarif als Zwangstarif: Vor- und Nachteile

- 105 Der Vorteil eines zwingenden Werttarifs, bei dem die Urkundsperson nicht ermächtigt ist, vom Tarif nach oben oder nach unten abzuweichen, ist die *relative Rechtssicherheit*. Urkundsperson und Klientschaft wissen in den meisten Fällen im Voraus, welche Entschädigung für ein bevorstehendes Geschäft zu bezahlen ist.
- 106 Diese Rechtssicherheit und das fehlende Bemessungs-Ermessen der Urkundsperson sind einer öffentlichrechtlichen Gebühr in besonderem Masse angemessen.
- 107 Wird der Urkundsperson hingegen vom Tarif her Ermessensfreiheit eingeräumt, ihre eigene Entschädigung abweichend von einem starren Tarif einzelfallweise festzusetzen, so weckt dies beim Publikum Misstrauen. Denn die Urkundsperson befindet sich bei der Festsetzung ihres eigenen Einkommens naturgemäss in einem Interessenkonflikt. Das Eigeninteresse an der Maximierung des Einkommens und das öffentliche Interesse an der Festsetzung einer adäquaten Gebühr stehen im Konflikt. - Bei einem starren Zwangstarif ist dieser Interessenkonflikt ausgeschaltet.

²⁶ Vgl. vorn, Ziff. 0.

- 108 Starre Zwangstarife haben indessen zwei wesentliche *Nachteile*. Der eine besteht darin, dass die tarifkonforme Gebühr in manchen Einzelfällen stark von dem abweicht, was als angemessene Gegenleistung für die notarielle Verrichtung empfunden wird.
- 109 Der andere Nachteil besteht darin, dass der Tarif regelungstechnisch die klare Definition der vom Tarif erfassten (Beurkundungs-)Leistungen und deren Abgrenzungen gegenüber anderen, vom Tarif nicht erfassten Leistungen (Nicht-Beurkundungsleistungen) erheischt.
- 110 Der Tarifgeber kann mit dem erstgenannten Nachteil, d.h. mit der zeitweiligen Diskrepanz von Leistung und Gegenleistung - in verschiedener Weise umgehen, entweder so, dass er die Abweichungen bewusst in Kauf nimmt und den starren Zwangstarif auch in solchen Fällen damit rechtfertigt, dass die für die Urkundsperson besonders lukrativen und damit im Einzelfall überbezahlten Geschäfte eine Kompensation bilden und zur Querfinanzierung dienen sollen für die unterbezahlten Geschäfte.
- 111 Der Tarifgeber kann mit den besagten Einzelfällen aber auch in anderer Weise umgehen, beispielsweise so, dass er die Urkundsperson in besonders krassen Einzelfällen ermächtigt oder verpflichtet, vom Tarif abzuweichen. Wo solche Möglichkeiten der Abweichung vorgesehen sind, sprechen wir hienach von einem "*gemilderten Zwangstarif*" (im Gegensatz zum "starren Zwangstarif", bei dem keine Abweichung zugelassen wird).
- 112 Der *zweite Nachteil*, nämlich die *Schwierigkeiten bei der rechtlichen Definition der einzelnen Tarifpositionen*, entfällt dann, wenn der Notariatstarif ausschliesslich an den Zeitaufwand anknüpft. Wird die Urkundsperson nach Zeitaufwand entschädigt, dann spielt es für sie und für die Klientschaft keine Rolle, welche Elemente ihrer Leistung als Beurkundungsleistung, welche Elemente als andere, z.B. anwaltliche Leistung zu qualifizieren sind. Belanglos ist auch, unter welche Tarifposition eine Leistung fällt, sofern alle in Frage kommenden Tarifpositionen einheitlich an den Zeitaufwand anknüpfen. Ist die Urkundsperson also etwa bei der Konzeption einer Gesamtüberbauung oder bei der Nachlassplanung einer Klientschaft mit verwickelten Familien- und Vermögensverhältnissen befasst, dann spielt es bei einem reinen Zeitaufwand-Tarif keine Rolle, wo die über das normale Mass hinausgehende Vorbereitungsarbeit aufhört und die vom Tarif erfasste Beurkundungstätigkeit beginnt.
- 113 Demgegenüber müssen Zwangstarife in solchen Fällen abgrenzen, welche Leistungen vom Tarif erfasst sind, welche nicht.
- 114 Die generellen Möglichkeiten dieser bei jedem Zwangstarif unumgänglichen Abgrenzung können beispielhaft illustriert werden an den geltenden Regelungen der Kantone Aargau, Bern und Basel-Stadt.
- 115 Die Notariatsordnung des Kantons *Aargau* von 1911/1993 umschreibt die vom Zwangstarif erfassten Leistungen in § 46b Abs. 1. Zu beachten ist in dem hier diskutierten Zusammenhang die Formulierung, dass der Zwangstarif die "*allgemeinen Vorbereitungsarbeiten*" umfasst. Die Bestimmung wird ergänzt durch § 46b Abs. 2, wo es heisst, vom Tarif nicht erfasst seien die "*zusätzlichen Vorbereitungsarbeiten*". Auch diese zusätzlichen Vorbereitungsarbeiten werden in einer kasuistischen Aufzählung genannt, immerhin nicht abschliessend, indem die Aufzählung mit den drei Buchstaben "*usw.*" abgeschlossen und damit ausdrücklich als nicht-abschliessend gekennzeichnet wird. Damit wird der aargauischen Urkundsperson regelungstechnisch die Möglichkeit eingeräumt,

einen über das normale Mass hinausgehenden Vorbereitungsaufwand unter dem Titel "zusätzliche Vorbereitungsarbeit" separat in Rechnung zu stellen, soweit die tarifkonforme Entschädigung diesen Aufwand nicht deckt.

- 116 Der Kanton Bern löst das gleiche Problem dadurch, dass er die dem Zwangstarif unterliegenden Leistungselemente in Art. 51 NG (2006) kasuistisch aufzählt, und zwar (scheinbar) abschliessend²⁷.
- 117 Die in Art. 51 NG BE zusammengefassten Leistungselemente werden im bernischen Notariatsrecht als die "*hauptberuflichen Leistungen*" des Notars qualifiziert²⁸. Die im bernischen Notariatsrecht geltende Abgrenzung zwischen hauptberuflicher Notariatstätigkeit, zu deren Erbringung der rogierte Notar *verpflichtet* ist und die demgemäss dem öffentlichen Recht untersteht, und nebenberuflicher Tätigkeit, bei deren Übernahme der Notar Vertragsfreiheit geniesst und die dem Privatrecht untersteht, mit der entsprechend klaren Eingrenzung des Zwangstarifs auf die hauptberufliche Tätigkeit, hat zwar den Vorzug logischer Stringenz, krankt andererseits aber am Nachteil, dass eine von der Sache her einheitliche von den Beteiligten auch als einheitlich empfundene Berufstätigkeit des Notars unter Umständen aufgespaltet werden muss in zwei unterschiedliche Kategorien, nämlich in die privatrechtlich geregelte und mit einem Auftrags-Honorar entschädigte Vorbereitungstätigkeit und die öffentlichrechtlich geregelte und mit einer Gebühr entschädigte Beurkundungstätigkeit. Bei Geschäften, die - wie z.B. eine komplizierte Grundstückstransaktion oder eine aufwendige Nachlassregelung - mit ausgedehnten Abklärungen, Recherchen und mehrfachen Klientengesprächen verbunden sind, entsteht im bernischen System eine realitätsfremde und künstlich wirkende Spaltung der Notar-Klienten-Beziehung in privat- und öffentlichrechtliche Bereiche. Das bernische Notariatsrecht muss diese Spaltung akzeptieren und damit bei komplizierten Geschäften insbesondere die vorbereitende Beratung der privatrechtlich geregelten und privatrechtlich honorierten Tätigkeit zuordnen. WOLF/PFAMMATTER beschreiben die in diesem Zusammenhang entstehenden Abgrenzungsschwierigkeiten folgendermassen²⁹:

"Im Einzelfall kann es allerdings sehr schwierig sein, eine scharfe Grenze zwischen - hauptberuflichen - Akzidentalien und nebenberuflicher Tätigkeit zu ziehen. Insbesondere im Bereich der Rechtsberatung stellen sich heikle Abgrenzungsfragen. Als grobe Faustregel kann hier gelten, dass die im Rahmen der - zwingend zu erteilenden - Rechtsbelehrung (Art. 35 NG) gemachten Orientierungen zum hauptberuflichen, die darüber hinausgehende Rechtsberatung dagegen zum nebenberuflichen Bereich zu rechnen sind (freilich ist schon die Abgrenzung der Begriffe "Rechtsbelehrung" und "Rechtsberatung" heikel). Nebenberuflich ist die Tätigkeit sicherlich dann, wenn die

²⁷ Vgl. Art. 51 NG BE (2006):

1 Die Notariatsgebühr umfasst:

- a) Die Entgegennahme der Rogation,
- b) die Prüfung der Voraussetzungen für das Erstellen der öffentlichen Urkunde,
- c) die Vorbereitung der Urkunde,
- d) die Durchführung des Beurkundungsverfahrens,
- e) die Registrierung und Aufbewahrung der Urschrift,
- f) das Erstellen und die Herausgabe einer Ausfertigung für das Grundbuch- oder das Handelsregisteramt.

2 Für das Ausstellen weiterer Ausfertigungen und die Erfüllung weiterer gesetzlicher Verpflichtungen wird eine zusätzliche Gebühr erhoben.

²⁸ Vgl. KNB-Franz Müller/Gian Sandro Genna, N1 ff. zu Art. 51 NG.

²⁹ Vgl. KNB-Stephan Wolf/Aron Pfammatter, N6 zu Art. 29 NG BE (2006)

Auskunft des Notars nicht mehr direkt den Beurkundungsgegenstand betrifft oder wenn umfangreiche Abklärungen zur Beantwortung von Fragen notwendig sind ..."

- 118 Als drittes Beispiel des normativen Umgangs mit dem besagten Abgrenzungsproblem sei der baselstädtische Notariatstarif erwähnt³⁰, dessen § 2 die *"tarifierten Leistungen"* ohne Verwendung einer abschliessenden Kasuistik, sondern generell-abstrakt wie folgt umschreibt:

"In den Taxen des Tarifs sind, soweit nichts anderes bestimmt ist, alle Verrichtungen inbegriffen, die der Notarin oder dem Notar normalerweise bei Herstellung einer Urkunde obliegen; inbegriffen sind auch die Anmeldung der eintragungsbedürftigen und die Einholung der Genehmigungen für genehmigungsbedürftige Geschäfte, sofern diese keinen besonderen Aufwand erfordern und sofern nichts anderes bestimmt ist."

- 119 Die zitierte Bestimmung wird ergänzt durch den anschliessenden § 3:

"Nicht-tariferte Leistungen: Für Bemühungen, die über das in § 2 bestimmte Mass hinausgehen, darf die Notarin oder der Notar ausser der Taxe ein Honorar nach der aufgewendeten Zeit und der Bedeutung des Geschäftes berechnen."

- 120 Die baselstädtische Regelung steht in methodischer Hinsicht der bisherigen aargauischen Regelung nahe. Während Aargau die *"allgemeine Vorbereitung"* dem Tarif unterstellt und der Urkundsperson erlaubt, für *"zusätzliche"* Vorbereitungsarbeiten eine zusätzliche Entschädigung zu fordern, leistet der baselstädtische Begriff das Gleiche mit den Begriffen *"normalerweise"* und *"über das in § 2 bestimmte Mass hinausgehend"*.
- 121 Im Gegensatz zu Bern qualifizieren die Kantone Aargau und Basel-Stadt die *"zusätzlichen Vorbereitungsarbeiten"* bzw. die *"über das normale Mass hinausgehenden"* Bemühungen der Urkundsperson nicht als privatrechtliche Tätigkeit. Vielmehr tragen diese beiden Kantone der Tatsache Rechnung, dass sich die notariellen Leistungen eben nicht durchwegs in die schematische Begrifflichkeit einer abschliessenden Kasuistik haupt- und nebenberuflicher Leistungen hineinzwängen lassen.
- 122 Entsprechend dieser Offenheit verlangt beispielsweise § 31 des baselstädtischen Notariatsgesetzes, dass die Urkundsperson auch bei umfangreichen Vorbereitungsarbeiten, die über das normale Tarifmass hinausgehen, in notarieller Funktion und damit unter der Pflicht der Unparteilichkeit tätig ist, wenn sie dies auf Begehren aller Parteien macht.
- 123 Die offeneren Regelungen der Kantone Aargau und Basel-Stadt tragen auch der Tatsache besser Rechnung, dass freiberufliche Urkundspersonen regelmässig bestrebt sind, ihre Leistungen auszudehnen und der Klientschaft nicht bloss das absolute Minimum dessen anzubieten, wozu die Urkundsperson von öffentlichen Rechts wegen verpflichtet ist. Gerade durch diese freiwillige Ausdehnung des Angebots liegt der oft gelobte Unterschied des freiberuflichen Notariats und des staatlichen Amtsnotariat, dessen Exponenten zuweilen mit der Vorhaltung konfrontiert werden, sie seien die blossen Vorleser von Texten, die die Klienten zuvor bei Rechtsanwälten zu hohen Anwaltstarifen vorbe-reiten lassen müssten.

³⁰ Verordnung des Regierungsrats Basel-Stadt über den Notariatstarif, SG 292.400, in Kraft seit 1.01.2007.

- 124 Die vom bernischen Recht geforderte strikte Unterscheidung zwischen haupt- und nebenberuflichen Leistungen ist der notariellen Praxis, wie gesagt, zuweilen nicht angemessen. Die Urkundsperson, die im Hinblick auf die Beurkundung eines Ehe- und Erbvertrags mit den Klienten komplizierte familiäre und vermögensrechtliche Zusammenhänge erörtert, Abklärungen trifft, Erkundigungen einholt und der Klientschaft Variantenvergleiche unterbreitet, ist bei richtiger Betrachtungsweise ab Beginn dieser Tätigkeit bis zur Ausfertigung der öffentlichen Urkunde in einer einheitlich zu qualifizierenden beruflichen und rechtlichen Eigenschaft tätig. Sowohl die über das normale Mass hinausgehenden Vorbereitungsarbeiten als auch die eigentliche Beurkundungstätigkeit am Schluss sollten richtigerweise dem öffentlichen Recht unterstehen und vom Notariatstarif in angemessener Weise erfasst sein.

d) Reiner Zeittarif: Vor- und Nachteile

- 125 Soweit ein Notariatstarif bei einzelnen Positionen ausschliesslich an den Zeitaufwand der Urkundsperson anknüpft, liegt ein *reiner Zeittarif* vor. Der aargauische Gesetzgeber hat diesen Weg für die Geschäfte ohne deklarierten Geschäftswert bereits 1993 eingeschlagen und könnte auf diesem Weg auch bezüglich der wertmässig bestimmbaren Geschäfte grundsätzlich weitergehen, ohne dadurch höherrangiges Recht zu verletzen.

aa) Vorteil: Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung

- 126 Der reine Zeittarif hat den wesentlichen - aber auch einzigen - Vorteil, dass er mindestens annäherungsweise ein "richtiges" Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung sicherstellt.
- 127 Das Verhältnis ist allerdings wegen der hienach in Ziff. 131 ff. genannten Gründe oft nur annäherungsweise "richtig", und auch das zuweilen nur scheinbar, nicht wirklich.

bb) Nachteil: Keine Querfinanzierungen

- 128 Mit dem Zeittarif geht - gewissermassen systemimmanent - der Umstand einher, dass es keine Querfinanzierungen gibt. Aufwendige kleine Geschäfte können demzufolge für die Klientschaft zuweilen sehr teuer, geradezu unerschwinglich sein. Das mag als Nachteil qualifiziert werden und steht in einem gewissen Widerspruch zur öffentlichen Beurkundung als einem öffentlichen Dienst, der für die ganze Bevölkerung erschwinglich sein sollte.
- 129 Dieser Nachteil wiegt allerdings nicht schwer. Denn in aller Regel werden die aufwendigen Beurkundungsgeschäfte für Klienten erbracht, die sich den Aufwand leisten können.
- 130 Ein reiner Zeittarif ist mit den folgenden weiteren Nachteilen behaftet:

cc) Nachteil: Belohnung von Ineffizienz, Benachteiligung von Effizienz

- 131 Der Zeittarif belohnt jene Berufsleute, die für ein Geschäft viel Zeit aufwenden. Er belohnt damit die Unerfahrenen, Umständlichen und Ineffizienten. Er benachteiligt jene, die kraft rascher Auffassung, Erfahrung und entschlossenem Anpacken ihre Aufgaben in kurzer Zeit erledigen.

dd) Nachteil: Ungleichheiten wegen unterschiedlicher Organisation

- 132 Der Zeittarif kann zu sehr unterschiedlichen Kosten für das gleiche Arbeitsresultat führen, je nachdem wie die Leistungserbringer organisiert sind. Einfache juristische Arbeit wird am kostengünstigsten erbracht, wenn sie von einer *einzigsten*, für die betreffende Arbeit befähigten Person bewältigt wird. Komplexe juristische Aufgaben, die Spezialkenntnisse in verschiedenen Fachbereichen erheischen, werden am kostengünstigsten erbracht, wenn die Arbeit *arbeitsteilig* auf einen Mandatsleiter und beigezogene Spezialisten aufgeteilt wird.
- 133 In der Praxis wird oft nicht genügend darauf geachtet, die Arbeiten so zuzuordnen, wie dies unter Kostenaspekten optimal ist. In manchen Kanzleien gilt Arbeitsteilung als starres Prinzip, auch wo sie nicht nötig wäre; in solchen Fällen wird unnötiger Zeitaufwand generiert, indem nicht nur eine einzige Berufsperson den Fall erledigt, sondern mehrere Personen sich in den Fall einlesen, miteinander zu diskutieren, Memoranden auszutauschen beginnen und ihre Arbeit aufeinander abstimmen. Der Koordinationsaufwand kann erheblich sein, das Resultat unter Umständen nicht besser oder sogar schlechter, als was ein Einzelner zuwege bringt, der die Sache alleinverantwortlich erledigt.
- 134 Auch das Umgekehrte kommt vor, indem sich ein Allrounder in aufwändige Recherchen zu Spezialthemen verliert und einen erheblichen Zeitaufwand generiert, wo ein erfahrener Spezialist nur wenig Zeit gebraucht hätte.
- 135 Aehnliche Diskrepanzen können sich aus unterschiedlicher Aufteilung der Arbeiten zwischen Juristen und Nicht-Juristen ergeben. In manchen Notariatskanzleien bereiten erfahrene Nicht-Juristen und Nicht-Juristinnen die Routinegeschäfte weitgehend selbstständig vor, sodass die juristisch ausgebildete Urkundsperson für sich selber nur einen ganz geringen Zeitaufwand notieren muss - kaum mehr, als die Zeit, die zur Durchführung des Beurkundungsvorgangs nötig ist.
- 136 Andere Urkundspersonen machen alles selber, einschliesslich der Siegelung und des Versands der Urkunden.
- 137 Je nach dem, ob und wie die Arbeitszeit der Nicht-Juristen erfasst wird, ergeben sich für das gleiche Geschäft in verschiedenen Kanzleien unterschiedliche Zeitaufwände.

ee) Nachteil: Ungenaue Zeiterfassung

- 138 Der Zeitaufwand kann nie exakt erfasst werden. Zwar gibt es Informatik-Systeme, die der am Bildschirm arbeitenden Person erlauben, das Mandat einzugeben, auf dem jeweils gearbeitet wird. Solche System können die auf jedem Mandat ergangene Zeit exakt registrieren. Aber nicht immer arbeitet die Urkundsperson an ihrem Bildschirm und nicht immer, wenn sie es tut, kann sie sicherstellen, dass die Zeitzahlung zulasten jenes Mandates erfolgt, für das gerade gearbeitet wird. Häufig wird die Urkundsperson von einer Arbeit weggerufen, weil Mitarbeitende Hilfe brauchen oder weil ein Telefonat dazwischen kommt. In solchen Situationen ist es oft nicht möglich und wird von vielen Berufsleuten auch nicht konsequent angestrebt, den Zähler während der Unterbrechung abzustellen. Weitet sich eine kurze Unterbrechung zu einer längeren Absenz aus, so können die Fehler der Zeiterfassung erheblich werden. Nicht alle Berufsleute nehmen sich die Mühe, solche Fehler nachträglich im System zu korrigieren.

- 139 Manche Urkundsperson verfügen aber über keine solchen Zeiterfassungs-Systeme. Sie sind dann auf nachträgliche Schätzungen der für jedes Mandat aufgewendeten Zeit angewiesen.
- 140 Hinzu kommen unterschiedliche Praktiken bei der Zeiterfassung für die geistige Beschäftigung mit Mandaten ausserhalb der Bürozeiten. Manche Juristinnen und Juristen gedanklich und emotionell auch nachts oder an Wochenenden den Mandaten nach, fühlen sich davon absorbiert oder entwickeln gerade dann die besten Lösungen. Da stellt sich die Frage: Darf die ausserhalb der Bürozeit von einem Mandat absorbierte Zeit erfasst und fakturiert werden? - Es gibt für diese Frage wohl keine einzig richtige Antwort und sicherlich keine einheitliche Praxis.

ff) Nachteil: Unüberprüfbare Zeiterfassung

- 141 Wegen der hievor aufgeführten Unsicherheiten der Zeiterfassung ist es für die Klientenschaft faktisch unmöglich, den von einer Urkundsperson geltend gemachten Zeitaufwand auf seine Richtigkeit zu überprüfen. Das einzige, was möglich ist, ist der Quervergleich mit den Zeitaufwänden anderer Urkundspersonen für ein Geschäft des gleichen Typs, und aufgrund dieses Vergleichs eine Plausibilitätsprüfung. Bei der Klientenschaft kann aber namentlich bei hohen, am Zeitaufwand anknüpfenden Notariatsrechnungen zuweilen Skepsis und das Gefühl entstehen, der Rechnungsstellerin mehr oder weniger wehrlos ausgeliefert zu sein.

gg) Zusammenfassung

- 142 Die Unterschiedlichkeit der Rechnungsbeträge für Geschäfte des gleichen Typs, die sich von Urkundsperson zu Urkundsperson ergeben, sobald der Zeitaufwand das einzige Bemessungskriterium ist, und die Skepsis der Klientenschaft, ob der Zeitaufwand jeweils richtig ermittelt wurde und sich ausschliesslich auf eine effiziente Berufsarbeit bezieht, führen zur Schlussfolgerung, dass der reine Zeitaufwand als Bemessungskriterium für eine öffentlichrechtliche Gebühr zwar valabel sein kann, aber kaum als Ideallösung bezeichnet werden darf. Allenfalls mag man einen reinen Zeittarif als die *am wenigsten schlechte* unter verschiedenen Varianten bezeichnen.

e) Kombinationen von starrem Werttarif und reinem Zeittarif

- 143 Um die Nachteile des starren Werttarifs und des reinen Zeittarifs zu vermeiden und die Vorteile beider Tarifierungsmethoden zu kumulieren, werden in den Kantonen unterschiedliche Versuche gemacht, eine Kombination beider Methoden zu erreichen. Folgende Methoden sind erwähnenswert:

aa) Werttarif als blosser Richtgrösse

- 144 Diese Methode wurde angesprochen im aargauischen Grossen Rat während der ersten Lesung des totalrevidierten Notariatsgesetzes vom 26.08.2010, indem der vom Regierungsrat vorgeschlagene starre Werttarif dadurch aufgeweicht werden sollte, dass den Urkundspersonen freizustellen sei, sowohl nach unten wie nach oben vom Tarif abzuweichen, und zwar durch eine generelle Ermächtigung, ohne dass im Gesetz Einschränkungen oder Bedingungen für solche Abweichungen verankert werden sollten.

- 145 Durch eine solche Freigabe der Abweichung vom Werttarif nach oben und unten erhält der Werttarif den Charakter einer *unverbindlichen Richtgrösse*. Das wäre nicht notwendigerweise völlig sinnlos. Richtpreise können, wie Richtgeschwindigkeiten und andere Richtwerte, als Orientierungshilfen nützlich sein.
- 146 Gegen ein solches Tarifsysteem erheben sich aber Bedenken konkreter Natur. Auch wenn die Befugnis zu Abweichungen vom Tarif an die Voraussetzung geknüpft wird, dass ein sachlicher Grund - insbesondere die Unangemessenheit im Verhältnis zum Zeitaufwand - vorliegen muss, so wirkt sich die Kombination von Tarif und Abweichungsfreiheit voraussichtlich nicht symmetrisch nach oben und nach unten aus. Vielmehr ist zu erwarten, dass die Urkundspersonen bei lukrativen Geschäften versuchen werden, den Werttarif auszuschöpfen, sofern sie nicht durch die Konkurrenzsituation oder durch Druck seitens der Klientschaft daran gehindert werden. Umgekehrt werden sie bei kleinen arbeitsaufwendigen Geschäften dann praktisch ausnahmslos die Vollkosten fakturieren. Die Querfinanzierung defizitärer Geschäfte durch lukrative Geschäfte wäre bei einer solchen Regelung nicht möglich.
- 147 Wird aber auf diese Querfinanzierung verzichtet, dann ist nicht ersichtlich, weshalb die Konsumenten mit einem Notariatstarif belastet werden, der ihnen die Bezahlung von Gebühren dem Grundsatz nach zumutet, die bei einfachen Geschäften mit hohem Geschäftswert wesentlich teurer sind, als was vom Arbeitsaufwand der Leistungserbringerin her gerechtfertigt ist.
- 148 Der Gutachter kommt zum Ergebnis, dass ein Notariatstarif, der das System der wertabhängigen Entschädigung mit der Freiheit kombiniert, nach unten und nach oben abzuweichen, nicht vernünftig ist, und zwar auch dann nicht, wenn jede Abweichung begründungsbedürftig wäre, etwa durch die Unangemessenheit der Entschädigung im Verhältnis zum Arbeitsaufwand. Denn eine solche Kombination zweier Systeme würde den Konsumenten tendenziell meist die teurere der beiden Varianten bescheren, bei hohen Geschäftswerten den Werttarif, bei niedrigen Geschäftswerten den Aufwandstarif.
- 149 Diese Tendenz wird nicht dadurch beseitigt, dass geschäftskluge Konsumenten bei grossen Geschäftswerten Rabatte aushandeln können. Nicht alle Konsumenten sind geschäftsklug. Der Notariatstarif muss gerade diese Personengruppe besonders schützen. Der Notariatstarif muss also für alle Konsumenten gleichermassen gerecht sein, unabhängig von ihrer Geschäftsklugheit und ihrem Verhandlungsgeschick.
- 150 Ob ein solcherart kombinierter Tarif derart schief wäre, dass er gegen das vom Bundesgericht statuierte Gebot der sachlichen Haltbarkeit verstösst, mag dahin gestellt bleiben.

bb) Werttarif als gemilderter Zwangstarif

- 151 Eine andere Methode, den Zwangstarif zu mildern, besteht darin, die Voraussetzungen, unter denen die Urkundsperson vom Werttarif abweichen darf oder muss, normativ anders als durch die blosser Bezugnahme auf den Zeitaufwand zu erfassen. Am nächsten liegt diesbezüglich der Rückgriff auf ein Konzept, das für jedes Geschäft, das unter einer Tarifposition erfasst ist, eine Art von *Normalaufwand* abschätzt und durch den Tarif als abgegolten erklärt, wobei die Urkundsperson ermächtigt oder verpflichtet wird, *nur unter bestimmten Voraussetzungen*, nämlich wenn die Leistung *über das normale Mass klarerweise hinausgeht* oder *darunter zurückbleibt*, vom Tarif abzuweichen.

- 152 Der aargauische Tarif hat in § 46b Abs. 2 bisher diese Milderung des Zwangstarifs im Hinblick auf Tarifüberschreitungen *nach oben* mit dem Begriff der "*zusätzlichen Vorbereitungsarbeiten*" und dem nicht abschliessenden Katalog mitsamt dem Schlusswort "*usw.*" geleistet.
- 153 Mit dieser Methode wird zugleich das Ziel angestrebt und in manchen Fällen wohl auch erreicht, die Urkundsperson anzuspornen, bei der Bewältigung des normalen Arbeitsanfalls für die ihr gestellte Aufgabe effizient zu sein. Denn ob die Urkundsperson über den Werttarif hinaus Entschädigung beanspruchen kann, hängt nicht einfach von dem Zeitaufwand ab, den sie generiert hat, sondern davon, ob die der Urkundsperson gestellte *Aufgabe* bei einer *objektiven Betrachtungsweise* über den allgemeinen bzw. normalen Rahmen der betreffenden Tarifposition *klar hinausging*.
- 154 Eine solche legislatorische Methodik bietet der Urkundsperson bei ausserordentlichem Zeitaufwand die Möglichkeit, die über das normale Mass hinausgehenden Leistungen zu fakturieren, leistet andererseits aber auch Gegensteuer gegen das Risiko, dass langsam und umständlich arbeitende Berufspersonen für ihre Ineffizienz durch eine höhere Zeitaufwandsentschädigung besonders honoriert werden.

cc) Rahmentarif mit weichen Faktoren für die Ausfüllung des Rahmens

- 155 Die aargauische Regelung von 1993 steht im interkantonalen Vergleich m.E. einzigartig da, indem sie für die meisten Beurkundungsgeschäfte ohne deklarierten Geschäftswert *ausschliesslich* an den Zeitaufwand anknüpft.
- 156 Die meisten andern Kantone verfolgen für diese Geschäfte eine andere Tarifierungsmethode. Sie legen einen Tarifrahmen in Schweizerfranken fest, gemäss welchem für das betreffende Geschäft mindestens X Franken und höchstens Y Franken in Rechnung zu stellen sind. Für die Ausfüllung des Rahmens zwischen den beiden Eckwerten geben die betreffenden Notariatstarife eine Mehrzahl von Kriterien an, unter denen der Zeitaufwand nicht das einzige und oft nicht das an erster Stelle genannte ist. Als solche Kriterien gelten die vermögensrechtliche Bedeutung des Geschäfts, die Verantwortung, der Zeitaufwand, die Kompliziertheit, das Erfordernis von Spezialkenntnissen und Fremdsprachenkenntnissen, die zeitliche Dringlichkeit und anderes.
- 157 Diese Tarifierungsmethodik erlaubt es den effizienten Urkundspersonen, bei relativ einfachen Geschäften innerhalb des gesetzlichen Tarifrahmens eine Entschädigung zu verdienen, die über den blossen Zeitaufwand hinausgehen kann, vorausgesetzt, diese Bemessung der Gebühr lasse sich gemäss anderen Kriterien sachlich begründen.
- 158 Unerfahrene oder ineffiziente Urkundspersonen können bei diesem System von ihren beruflichen Defiziten nicht profitieren, sondern sind selber die Leidtragenden, wenn der Zeitaufwand in dem vorgegebenen Tarifrahmen nicht Platz findet.

4. Zusammenfassung

- 159 Das Gesagte lässt sich wie folgt zusammenfassen:
- 160 Ein starrer Werttarif für Geschäfte mit deklariertem Geschäftswert ist zulässig und verletzt die für öffentlich-rechtliche Gebühren geltenden Prinzipien, nämlich das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip dann nicht, wenn die Tarifkurve den durch-

schnittlichen Wert der notariellen Leistungen realitätsgerecht abbildet. Der starre Werttarif hat die vorn, Ziff. 108 ff., dargestellten Nachteile.

- 161 Ein reiner Zeittarif ist zulässig. Er hat die vorn, Ziff. 128 ff., dargestellten Nachteile.
- 162 Ein gemilderter Werttarif für Geschäfte mit deklariertem Geschäftswert ist zulässig und zweckmässig, wenn der Tarifgeber die Voraussetzungen und das Mass der Abweichungen klar und sachgerecht regelt. Eine generelle Ermächtigung der Urkundsperson, vom Werttarif nach freiem Ermessen abzuweichen, wäre aus den vorn, Ziff. 146 ff., genannten Gründen nicht vernünftig.
- 163 Ein Rahmentarif, der für typische Geschäfte einen Mindest- und einen Höchstbetrag (in Franken) angibt, innerhalb dessen die Urkundsperson die Gebühr festzulegen hat, ist zulässig, wenn der Rahmen den durchschnittlichen, nach objektiven Kriterien abgeschätzten Wert der notariellen Leistung zutreffend eingrenzt.
- 164 Beim gemilderten Werttarif ist wünschbar, die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung in erster Linie durch eine so niedrig gelegte Tarifkurve sicherzustellen, dass für Rabatte nach unten auch bei Geschäften mit hohem Wert in der Regel kein Anlass besteht. Für Tarifüberschreitungen nach oben braucht es eine Vorschrift, die verlangt, dass der Aufwand der Urkundsperson über das für den betreffenden Geschäftstyp normale Mass deutlich hinausgeht, wobei die Abweichung nach objektiven Grundsätzen zu beurteilen ist und nicht gewährt wird, wenn sie in der Ineffizienz der Urkundsperson begründet ist.
- 165 Auch bei einem Rahmentarif ist eine Milderung wünschbar, die es der Urkundsperson erlaubt, ihren Aufwand voll in Rechnung zu stellen, wenn er über das normale Mass deutlich hinausgeht und wenn dieser Mehraufwand in der besonderen Komplexität des Geschäfts oder im Verhalten der Klientschaft seine Ursache hatte.
- 166 Unzweckmässig erscheint die Kombination eines Werttarifs mit einem umhüllenden Rahmentarif in dem Sinne, dass die Urkundsperson generell ermächtigt wird, vom Werttarif innerhalb eines frankenmässig oder prozentual festgelegten Rahmens nach oben oder unten abzuweichen. Wird der Werttarif gemildert, dann müssen Abweichungen durch objektive Elemente begründbar sein. Objektive Elemente, nicht umhüllende Linien von Grenzwerten, müssen das Mass der zulässigen Abweichung geben.

VI. Beantwortung der an den Gutachter gestellten Fragen

Frage 1: Handelt es sich bei den Beurkundungskosten im freien Notariat um öffentlich-rechtliche Abgaben?

- 167 Antwort: Ja. - Vgl. vorn, Ziff. 56 ff.
- 168 Im Gegensatz zum bernischen Notariatsrecht kennt das aargauische Recht nicht die strikte Unterscheidung zwischen haupt- und nebenberuflichen Notariatstätigkeiten. Demzufolge sind nach aargauischem Recht in der Regel *alle* im Hinblick auf eine Beurkundung erbrachten Leistungen der Urkundsperson als öffentlich-rechtlich geregelte

und durch eine Gebühr zu entschädigende Leistungen zu qualifizieren, auch wenn sie über das für einen Geschäftstyp normale Mass deutlich hinausgehen.

Frage 2: Ist der Verzicht auf eine staatliche Regelung des Notariatstarifs (d.h. eine völlige Freigabe) möglich?

- 169 Antwort: Nein. - Vgl. vorn, Ziff. 56 ff. und Ziff. 77.

Frage 3: Welche Grundsätze sind bei der Ausgestaltung des Notariatstarifs zwingend zu beachten?

- 170 In dem vom Bundesgericht gesteckten, weiten Rahmen müssen das Kostendeckungsprinzip und das Äquivalenzprinzip eingehalten werden. Im Übrigen muss der Tarif nach sachlich haltbaren Gesichtspunkten ausgestaltet sein und darf keine Unterscheidungen treffen, für die ein vernünftiger Grund nicht ersichtlich ist. - Vgl. vorn, Ziff. 77.

Frage 4: Sind die Kantone gehalten, durch Maximaltarife sicherzustellen, dass alle Rechtsgeschäfte, die dem Beurkundungszwang unterliegen, zu angemessenen Kosten beurkundet werden können, oder können sie Abweichungen von den festgelegten Tarifsätzen nach oben vorsehen? Ist die Möglichkeit von Abweichungen nach oben mit dem gesetzlichen Beurkundungszwang vereinbar?

- 171 Antwort: Eine generelle Anknüpfung der Entschädigung für die dem Beurkundungszwang unterliegenden Beurkundungen an den Zeitaufwand ist zulässig.
- 172 Beim Massengeschäft der Beglaubigungen sind Einheitstarife vorzuziehen, dies im Interesse der Rechtssicherheit und der Erschwinglichkeit.
- 173 Unzulässig ist es, die Festsetzung der Gebühr ins freie Ermessen der Urkundspersonen zu legen.
- 174 Sofern ein kantonaler Notariatstarif die Entschädigung für bestimmte Kategorien von Geschäften in Abhängigkeit vom deklarierten Geschäftswert festlegt, ist die generelle Zulassung von Abweichungen nach oben möglich; solche Abweichungen können jedoch nicht ins freie Ermessen der Urkundungsperson gelegt werden, sondern müssen sachlich begründbar sein, in erster Linie dadurch, dass der Werttarif den nachgewiesenen und objektiv begründbaren Arbeitsaufwand im konkreten Einzelfall nicht deckt.

Frage 5: Sind Regelungen im kantonalen Recht zulässig, wonach die festgelegten Tarifsätze als Maximalbeträge gelten, von denen nur nach unten abgewichen werden darf?

- 175 Antwort: Ja. - Die Vor- und Nachteile einer solchen Regelung sind vorn, Ziff. 83 - 100 ff., dargestellt.

Frage 6: Kann das kantonale Recht das Ausmass von Abweichungen nach oben oder unten offen lassen oder sind Eingrenzungen (z.B. mittels prozentualer oder betragsmässiger Festsetzung der Abweichung) erforderlich?

- 176 Antwort: Die Umhüllung eines Werttarifs durch Linien zulässiger Abweichungslimiten nach oben und/oder unten ist nicht sinnvoll. Vgl. vorn, Ziff. 166 f.

Frage 7: Sofern Abweichungen von den festgelegten Tarifansätzen zulässig sind:

7a) Ist eine Vorschrift, wonach bei Rechtsgeschäften mit mehreren Parteien für alle Parteien die gleichen Tarifansätze angewendet werden müssen, notwendig bzw. zulässig?

- 177 Antwort: Der aargauische Gesetzgeber steht in keiner verfassungsrechtlichen Pflicht, den Urkundspersonen, denen er die Rabattgewährung erlaubt, ausdrücklich vorzuschreiben, wenn schon, an alle Vertragsparteien die gleichen Rabatte zu gewähren. Wird die Unterschreitung des Werttarifs an die Voraussetzung eines sachlichen Grundes geknüpft, dann genügt dies, um diskriminierenden Ungleichbehandlungen verschiedener Parteien des gleichen Geschäfts vorzubeugen. Eine Ungleichbehandlung verschiedener Parteien wäre sachlich in der Regel nicht begründbar.
- 178 Da das Gebot der Rechtsgleichheit auch beinhaltet, dass Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt werden muss, dürfte das strikte Gleichbehandlungsgebot innerhalb des Notariatstarifs über das Ziel hinausschiessen. Es sind Situationen denkbar, in denen die Urkundsperson einer Partei wegen Gemeinnützigkeit oder Bedürftigkeit entgegenkommt, während in Bezug auf andere Parteien kein solcher Reduktionsgrund vorliegt.
- 179 Denkbar ist allerdings, dass die Urkundsperson jene Partei, die ihr das Geschäft zugewiesen hat, durch eine einseitige Rabattgewährung belohnen oder zur Zuweisung künftiger Geschäfte motivieren möchte. Ist die einseitige Rabattgewährung an nur eine Partei in dieser Weise motiviert, dann entstehen Zweifel an der Unparteilichkeit der Urkundsperson. Eine durch Parteilichkeit motivierte einseitige Rabattgewährung muss als unzulässig betrachtet werden. Wird die Abweichung vom Werttarif im Gesetz oder im Notariatstarif generell vom Vorhandensein eines sachlichen Grundes abhängig gemacht (wozu der hier besprochene Fall nicht gehören könnte), dann dürfte sich erübrigen, diese sehr spezielle Konstellation, die zudem auf den Notarenstand ein zweifelhaftes Licht werfen müsste, im Gesetz ausdrücklich zu erwähnen.

7b) Ist eine Regelung, wonach bei Rechtsgeschäften mit mehreren Parteien Abweichungen von den festgelegten Tarifansätzen allen Parteien offen zu legen sind, zulässig?

- 180 Antwort: Ja. Die Urkundsperson kann sich gegen eine solche Norm weder unter Berufung auf die Wirtschaftsfreiheit noch auf eine Verletzung ihrer Persönlichkeit zur Wehr setzen. Denn auf die Wirtschaftsfreiheit kann sie sich wegen der öffentlichrechtlichen Natur ihres Amtes nicht berufen (vgl. vorn, Ziff. 62 ff.). Eine Verletzung von Art. 28 ZGB ist nicht ersichtlich.
- 181 Eine solche Regelung ist nicht nur zulässig, sondern sinnvoll. Sie ermöglicht es allen Beteiligten, die sachliche Begründetheit der Abweichungen vom Tarif nachzuvollziehen und gegebenenfalls Einspruch zu erheben.
- 182 Bei der gesetzlichen Verankerung einer solchen Offenlegungspflicht ist allerdings der Begriff des Geschäftes, an dem die verschiedenen Parteien beteiligt sind, eng zu fassen. Hat bei einem Grundstückkauf der Veräusserer seine bisherigen Hypotheken zu löschen, wogegen der Erwerber den Kaufpreis durch neue Schuldbriefe finanziert, dann sind die Parteien nur am Kaufvertrag gemeinsam beteiligt. Nur diesbezüglich haben

beide Parteien Anspruch auf Einsichtnahme in die Honorarstellung der Urkundsperson gegenüber beiden Parteien. Hingegen ist die Löschung der bisherigen Hypotheken die ausschliessliche Sache des Veräusserers, die Errichtung neuer Schuldbriefe die ausschliessliche Sache des Verpfänders. Wie die Urkundsperson ihre Leistungen in Bezug auf diese Belange fakturiert, geht die jeweils andere Partei nichts an.

7c) Welche Kompetenz kommt der Aufsichtsbehörde bei der Überprüfung von einzelnen Rechnungen der Urkundsperson zu?

- 183 Antwort: Das kantonale Recht kann die Kompetenzen der kantonalen Aufsicht über das Beurkundungswesen mit einer gewissen Gestaltungsfreiheit regeln.
- 184 Die Tarifkonformität beanstandeter Gebührenrechnungen kann der Aufsichtsbehörde oder einem besonderen Tarifausschuss zur Überprüfung zugewiesen werden. Zu überprüfen ist namentlich, ob der Tarif richtig angewendet wurde und ob allfällige Abweichungen von Wert- und Rahmentarifen sachlich begründet sind.
- 185 Die Überprüfung erfolgt aufgrund der Beanstandung von Notariatsklienten.
- 186 Von der Überprüfung noch nicht gestellter Rechnungen für bereits vollzogene Beurkundungen auf den einseitigen Antrag der Urkundsperson sollte Abstand genommen werden. Die Aufsichtsbehörde darf sich nicht von der Urkundsperson für eine bestimmte Art der Rechnungsstellung vereinnahmen lassen, bevor die Klientschaft von der Rechnung Kenntnis hat und ohne dass der Klientschaft das rechtliche Gehör gewährt wurde.
- 187 Problemlos möglich ist hingegen die Erteilung von *Tarif-Rulings*, wenn eine Urkundsperson vor der Anhandnahme eines Geschäftes eine Ausnahmegewilligung vom Zwangstarif erhalten möchte, etwa dann, wenn eine Klientschaft die Reduktion zur Bedingung macht und die Platzierung des Geschäfts in einem anderen Kanton androht.
- 188 Eine systematische Überprüfung von unbeanstandet gebliebenen Rechnungen anlässlich periodischer Inspektionen wäre möglicherweise eine unverhältnismässige Aufsichts-massnahme. Gegen eine stichprobenweise Überprüfung solcher Rechnungen ist jedoch nichts einzuwenden.

Frage 8: Welches sind mögliche rechtliche Folgen oder Risiken, wenn der Notariatsstarif Grundsätze gemäss Ziff. 3-7 nicht beachtet?

- 189 Antwort: Sofern ein kantonaler Notariatsstarif das Kostendeckungs- oder das Äquivalenzprinzip verletzt, ist die Anfechtung des Tarifs beim Bundesgericht auf dem Weg der abstrakten Normenkontrolle möglich, nach Ablauf der diesbezüglichen Beschwerdefrist weiterhin die Anfechtung jeder Notariatsrechnung, die die besagten Prinzipien verletzt. Auf Basis der bisher ergangenen Rechtsprechung ist jedoch zu vermuten, dass das Bundesgericht einen Tarif nur bei krassen Verletzungen aufheben würde.
- 190 Ist der kantonale Tarif nicht nach sachlich haltbaren Gesichtspunkten ausgestaltet oder trifft er Unterscheidungen, für die kein vernünftiger Grund ersichtlich ist, so ist ebenfalls die Anfechtung auf dem Weg der abstrakten Normenkontrolle oder die Anfechtung von Notariatsrechnungen zu gewärtigen, die mit dem legislatorischen Defizit zusammenhängen und für den Beschwerdeführer nachteilig sind. - Vgl. Ziff. 77.

Frage 9: Sofern auf Bundesebene keine Preisbekanntgabepflicht vorgeschrieben wird, kann eine solche im kantonalen Gesetz festgelegt werden?

- 191 Antwort: Die Festlegung einer Preisbekanntgabepflicht in einem kantonalen Gesetz mit Wirkung für Urkundspersonen des betreffenden Kantons, d.h. für kantonale Hoheitsträger, verletzt kein Bundesrecht. Der Bund hat diesbezüglich keine Gesetzgebungskompetenz.
- 192 Wenn der Kanton für die Beurkundungsdienstleistungen einen festen Zwangstarif vorschreibt, ist eine Preisbekanntgabepflicht der Dienstleister allerdings unnötig und insofern eventuell unverhältnismässig. Die Urkundspersonen könnten in einem solchen Fall einfach auf den geltenden Tarif verweisen.
- 193 Soweit der Kanton seinen Urkundspersonen eine Rechnungsstellung nach Zeitaufwand zur Pflicht macht, kann keine Bekanntgabe fester Preise für die einzelnen Geschäfte verlangt werden. Das wäre eine widersprüchliche Normierung. Hingegen kann in einem solchen Fall verlangt werden, dass die Urkundspersonen ihre Stundenansätze (soweit der Notariatstarif diesbezügliche Spielräume offen lässt) bekannt geben. In diesem Sinne sind beispielsweise die Rechtsanwälte gemäss Art. 18 der Standesregeln verpflichtet, ihre Klienten über die Grundsätze der Honorierung aufzuklären.

Basel, den

Prof. Dr. Christian Brückner

Zürich, den

Prof. Dr. Peter Hettich