

## XII. Anwalts- und Notariatsrecht

### 44 Notariatstarif; Normenkontrolle

**Die Regelung von § 69 Abs. 1 BeurG und § 1 Abs. 1 Notariatstarif, wonach für Notariatsdienstleistungen kein minimaler Stundenansatz vorgeschrieben ist und vom Gebührentarif nach unten abgewichen werden kann, verstösst nicht gegen höherrangiges Recht.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 19. Februar 2014 in Sachen A., B. und Aargauische Notariatsgesellschaft gegen Kanton Aargau (WNO.2012.3).

### *Aus den Erwägungen*

5.

5.1.

Der materielle Begriff der öffentlichen Beurkundung gehört dem Bundesrecht an; die Kompetenz zu deren gesetzlichen Regelung liegt jedoch grundsätzlich bei den Kantonen. Diesen wird durch Art. 55 SchlT ZGB die Aufgabe übertragen zu bestimmen, wer auf dem Kantonsgebiet zur Errichtung öffentlicher Urkunden befugt und wie dabei vorzugehen ist. Neben Zuständigkeit und Form des Verfahrens sind insbesondere die Voraussetzungen für die Tätigkeit als Urkundsperson, die Aufgaben und Berufspflichten der Urkundsperson sowie das Gebühren- und Aufsichtswesen zu regeln. Diese Normierungsfreiheit der Kantone wird immerhin in zweierlei Hinsicht beschränkt, einerseits durch die bundesrechtlichen Minimalanforderungen, die sich aus dem materiell-rechtlichen Zweck des Instituts ergeben, und andererseits durch die punktuellen Regelungen, welche die Beurkundungsgeschäfte im Gesetzesrecht des Bundes erfahren (BGE 133 I 259, Erw. 2 mit Hinweisen).

## 5.2.

Obwohl im Kanton Aargau die Beurkundungstätigkeit freiberuflich, d.h. nicht durch ein Amtsnotariat ausgeübt wird, handelt es sich beim Entgelt für die Notariatsdienstleistung um eine Gebühr (§§ 69 und 70 BeurG). Die Entschädigung für eine amtliche Tätigkeit einer Privatperson untersteht grundsätzlich den gleichen Regeln wie das Entgelt, das für Leistungen des Gemeinwesens zu entrichten ist (BGE 103 Ia 85, Erw. 5 mit Hinweisen). Für die Bemessung der Entschädigung sind daher neben den kantonalen Bestimmungen die einschlägigen Grundsätze des Bundesrechts anzuwenden.

Die Verpflichtung zu einer öffentlichen Geldleistung erfordert eine formell gesetzliche Grundlage und bei der Bemessung einer Verwaltungsgebühr sind namentlich das Kostendeckungs- sowie das Äquivalenzprinzip zu beachten. (...)

## 5.3.

Die Anwendung der dargelegten Verfassungsgrundsätze über die quantitative Festlegung einer Gebühr stösst auf praktische Schwierigkeiten, wenn das Notariat freiberuflich organisiert ist (vgl. dazu ausführlich BGE 103 Ia 85, Erw. 5c). Das Bundesgericht gelangte daher zum Schluss, dass sich die verfassungsrechtliche Überprüfung kantonalen 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. Ein offensichtliches Missverhältnis müsste als übermässige Erschwerung der Benützung des privatrechtlichen Instituts der öffentlichen Beurkundung betrachtet werden, was gegen Sinn und Geist des Bundeszivilrechts verstossen würde. 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 103 Ia 85, Erw. 5c).

## 6.

## 6.1.

Für die amtliche Tätigkeit erhebt die Urkundsperson eine Gebühr und fordert Ersatz der entstandenen Auslagen (§ 69 Abs. 1

Satz 1 BeurG). Unter der Marginale "Gegenstand und Höhe der Gebühr; Auslagen" bestimmt § 70 BeurG Folgendes:

<sup>1</sup>Die Gebühr für die Beurkundung von Verträgen zur Übertragung von Grundstücken, zur Begründung von selbstständigen und dauernden Baurechten sowie auf Errichtung und Erhöhung von Grundpfandrechten bemisst sich nach Promilletarif.

<sup>2</sup>Die Gebühr für Beglaubigungen bemisst sich nach festen Ansätzen.

<sup>3</sup>Die Gebühr für alle übrigen Verrichtungen bemisst sich nach dem Zeitaufwand der Urkundsperson.

<sup>4</sup>Die Höhe der Promillesätze und der dazugehörigen Maximal- und Minimalbeträge, der festen Ansätze, des Stundenansatzes sowie den Auslagersatz regelt der Grosse Rat durch Dekret."

§§ 1 ff. des Dekrets über den Notariatstarif vom 30. August 2011 (Notariatstarif; SAR 295.250) legen für den Aufwand- und Promilletarif die konkreten Bemessungsgrundlagen, nach denen die Höhe der Gebühr festzulegen ist, sowie die Ansätze beim Fixtarif fest.

Aufwandtarif: Der Stundenansatz der Urkundsperson beträgt höchstens Fr. 300.00 (§ 1 Abs. 1 Notariatstarif). Liegt keine Vereinbarung über die Höhe des Stundenansatzes vor und können sich die Parteien diesbezüglich nicht einigen, so erfolgt die konkrete Festlegung je nach Bedeutung und Schwierigkeit des betroffenen Geschäfts (§ 1 Abs. 2 Notariatstarif).

Promilletarif: Für Verträge auf Eigentumsübertragung von Grundstücken und Begründung von selbstständigen und dauernden Baurechten (§ 2 Notariatstarif) richtet sich die Höhe der Gebühr nach vorgegeben Promillen des Vertragswerts und beträgt im Minimum Fr. 300.00 (§ 2 Abs. 1 Ziff. 1 Notariatstarif) und im Maximum Fr. 20'000.00 (Ziff. 3).

Für Verträge auf Errichtung und Erhöhung von Grundpfandrechten (§ 3 Notariatstarif) beträgt die Höhe der Gebühr 2/3 der Ansätze von § 2 für die Pfandsomme, höchstens aber Fr. 7'500.00.

Fixtarif: Für Beglaubigungen sieht § 6 Notariatstarif feste Ansätze vor.

Festzuhalten ist, dass der Notariatstarif nur bei der Festlegung des Stundenansatzes auf einen Minimalansatz verzichtet.

## 6.2.

## 6.2.1.

§ 1 Abs. 1 Notariatstarif sieht – entgegen dem regierungsrätlichen Antrag (Botschaft des Regierungsrats des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom 16. Februar 2011, 11.36, Bericht und Entwurf zur 2. Beratung [im Folgenden: Botschaft 2], S. 11) – keine explizite Untergrenze für den Stundenansatz vor. Offenbar wurde eine derartige Limite als überflüssig angesehen, da gemäss § 69 Abs. 1 Satz 2 BeurG die Gebühr ohnehin reduziert werden kann (vgl. Protokoll des Grossen Rats [Prot. GR] vom 30. August 2011, Art. 1416, S. 3186, Votum Grossrätin Ruth Jo. Scheier; S. 3187, Votum Landammann Dr. Urs Hofmann).

Die erwähnte Auffassung lässt sich schwer nachvollziehen. § 70 Abs. 4 BeurG sieht einen Minimalbetrag auch beim Stundenansatz vor. Die in § 69 Abs. 1 Satz 2 BeurG vorgesehene Reduktionsmöglichkeit erfolgt systematisch in einem zweiten Schritt. Für die Festlegung der "Grundgebühr", von der allenfalls nach unten abgewichen wird, hätte die Festlegung einer expliziten Minimalgrenze ihre Berechtigung gehabt (vgl. dazu DENIS PIOTET, *Liberté tarifaire ou égalité devant la contribution de droit public?*, in: Festschrift 100 Jahre Verband bernischer Notare, Langenthal 2003, S. 221 f.). Die Kritik der Gesuchsteller ist insoweit teilweise berechtigt. Im vorliegenden Verfahren zu beurteilen ist allerdings nur, ob die Festsetzung eines Mindeststundenansatzes im Aufwandtarif aufgrund der von den Gesuchstellern gerügten rechtlichen Mängel notwendig ist.

## 6.2.2.

Der Notariatstarif sieht in § 1 Abs. 2 vor, dass bei Uneinigkeit der (Vertrags-) Parteien über die Gebühr und bei fehlender Vereinbarung über den Stundenansatz die Gebühr in einem Schlichtungs- und Klageverfahren (§§ 73 und 74 BeurG) nach der Bedeutung und Schwierigkeit des betroffenen Geschäfts festgesetzt wird. Beim Stundenansatz bereitet dies auch ohne Minimalansatz keine Probleme. Die kostendeckenden Stundenansätze für Notare dürften derzeit im Bereich der vom Regierungsrat vorgeschlagenen expliziten Untergrenze (Fr. 180.00; vgl. Botschaft 2, S. 11) liegen. Sie können auch in Zukunft nach dem Kostendeckungsprinzip, nötigenfalls auch im

Quervergleich mit den Ansätzen anderer Dienstleistungen mit vergleichbaren Kostenstrukturen wie Anwalts- und Treuhänderbüros (vgl. dazu Anwaltstarif; BGE 132 I 201, Erw. 8.7; <http://www.treuhandvergleich.ch/treuhand-kanton-AG.htm>), festgelegt werden. Nach der Konzeption des Gesetz- und Dekretsgebers ergibt sich, dass sich anhand von §§ 1 ff. Notariatstarif für jede notarielle Dienstleistung das Entgelt unter Beachtung des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips bestimmen lässt. Das nach diesen Grundsätzen bemessene Entgelt bildet die grundsätzlich geschuldete Gebühr.

### 6.3.

§ 69 Abs. 1 Satz 2 BeurG erlaubt den Notaren, vom bestimmbaren Entgelt nach Tarif nach unten abzuweichen und eine tiefere Gebühr mit den Parteien zu vereinbaren. Ein Überschreiten des Tarifs ist ausgeschlossen. Eine Pflicht zur Unterschreitung besteht indessen nicht. Diese Wertung der Gebührenordnung entspricht den Intentionen des Gesetzgebers: Der Regierungsrat schlug dem Grossen Rat einen Notariatstarif vor, der offenbar im interkantonalen Vergleich zu den tiefsten Tarifen im freien Notariat gehörte. Gegenüber dem früheren (Zwangs-)Tarif nach der Notariatsordnung vom 28. Dezember 1911 (SAR 295.110) erfolgte eine erhebliche Herabsetzung unter anderem durch die Einführung einer Maximalgrenze bei Liegenschaftsgeschäften und durch die Überführung diverser Geschäfte aus dem Promille- in den Stundentarif (vgl. Botschaft des Regierungsrats des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom 17. März 2010, 10.92, Bericht und Entwurf zur 1. Beratung [im Folgenden: Botschaft 1], S. 88 f.; Prot. GR, S. 3188, Votum Landammann Dr. Urs Hofmann). Nach den Intentionen des Regierungsrates sollte mit einer unteren Begrenzung auch beim Stundentarif u.a. die Quersubventionierung zwischen Routinegeschäften und Einzelgeschäften und die Qualität der Arbeit gewährleistet werden. Der Regierungsrat vertrat zudem die Ansicht, dass die Festlegung von öffentlich-rechtlichen Gebühren nicht dem Belieben der Notare anheimgestellt werden soll, weshalb der Dekretsentwurf Bestimmungen zur Unterschreitung des Tarifs aus bestimmten Gründen vorsah (Botschaft 2, S. 14 f.; Prot. GR, S. 3184, Votum Dr. Urs Hofmann).

## 6.4.

Die Gebührenforderung der freiberuflichen Urkundsperson gehört ihrer Entstehung nach dem öffentlichen Recht an; gleichzeitig ist sie aber auch von Anfang an Teil des Privatvermögens. Ersteres spricht grundsätzlich gegen ein freies Verfügungsrecht der Urkundsperson und damit auch gegen einen (nach unten) offenen Tarif, letzteres lässt aufgrund der Vertragsfreiheit auf das Gegenteil schliessen (vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER/PETER HETTICH, Gutachten betreffend verschiedene Fragen im Zusammenhang mit dem Notariatstarif des Kantons Aargau vom 12. November 2010). Zu Recht verzichten die Gesuchsteller auf die Behauptung, es dürfe einzig auf die Entstehung und die Rechtsnatur abgestellt werden und jede Offenheit des Tarifs nach unten sei daher a priori als unzulässig zu erachten.

## 7.

## 7.1.

Die Gesuchsteller machen zunächst geltend, die beanstandeten Normen würden gegen die Grundsätze der öffentlichen Beurkundung gemäss Zivilgesetzbuch verstossen. Die Unabhängigkeit der Urkundsperson werde gefährdet, da sie von Grosskunden abhängig werden könne. Es vertrage sich nicht mit dem Vertrauen in den Notariatsstand als Ganzem, wenn durch Tiefpreisangebote Kundenabwerbung betrieben würde. Hoheitliche Tätigkeit und Markt würden sich nicht vertragen. Der nach unten offene Notariatstarif gefährde den Grundgedanken der öffentlichen Beurkundung und schaffe Rechtsunsicherheit, obwohl gerade das Privatrecht auf die Stabilisierung von Vertrauen angewiesen sei. Die Qualität der Notariatsarbeit werde unter dem Wettbewerbsdruck leiden. Da ohne Tarifuntergrenzen die Quersubventionierung der defizitären Geschäfte durch profitable Geschäfte nicht mehr gewährleistet sei, würden sich die Notare vor defizitären Geschäften drücken oder sie qualitativ nur mangelhaft ausführen. Schliesslich verliere die Urkundspflicht gemäss § 23 BeurG durch den nach unten offenen Tarif ihre Rechtfertigung. Die Kundschaft mit unprofitablen Geschäften werde Mühe haben, innert nützlicher Frist einen Notar zu finden. Durch diesen erschwerten Zugang werde das Institut der öffentlichen Beurkundung grundsätzlich in Frage gestellt. Schliesslich führe die neue Tarifordnung dazu, dass

die Gebühren für den Privaten zum Voraus schlicht nicht bestimmbar seien. Auch diese Unsicherheit erschwere die öffentliche Beurkundung übermässig und hindere Kreise der Bevölkerung am Gang zum Notar.

### 7.2.

§§ 21 ff. BeurG regeln die Berufspflichten der Urkundspersonen. Diese sind unter anderem gehalten, das Ansehen des Berufsstandes zu wahren (§ 21 BeurG) bzw. alle Verhaltensweisen zu unterlassen, die geeignet sind, das Vertrauen in die Notare zu beeinträchtigen (ADRIAN GLATTHARD, in: STEPHAN WOLF [Hrsg.], Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, Bern 2009, Art. 45 N 23). Sie haben den Beruf unabhängig auszuüben und setzen sich keinem Einfluss Dritter aus, der mit ihrer Unabhängigkeit nicht vereinbar ist (§ 22 BeurG). Die Beurkundungen und Beglaubigungen, mit denen der Betroffene betraut wird, sind effektiv vorzunehmen (sog. Urkundspflicht, § 23 BeurG). Zudem haben die Urkundspersonen eine umfassende Sorgfalts- und Wahrheitspflicht zu befolgen (§ 28 BeurG) und die Interessen der Beteiligten nach bestem Wissen und Gewissen gleichmässig und unparteiisch zu wahren (§ 29 BeurG). Speziell zu erwähnen sind schliesslich die Rechtsbelehrungspflicht (§ 30 BeurG) sowie die Vorschriften über die einzelnen Beurkundungsverfahren. Die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung dieser Pflichten wird von der Notariatskommission disziplinarisch geahndet (§ 39 BeurG; vgl. GLATTHARD, a.a.O., Art. 45 N 22). Für kantonale Gerichts- und Verwaltungsbehörden besteht eine Pflicht, mögliche Verletzungen von Berufspflichten der Notariatskommission zu melden (§ 77 BeurG). Urkundspersonen haften schliesslich für den Schaden, den sie in Ausübung der beruflichen Tätigkeit widerrechtlich sowie vorsätzlich oder fahrlässig verursachen (§ 42 Abs. 1 BeurG).

### 7.3.

Die bundesrechtlichen Minimalanforderungen an das Beurkundungsverfahren verlangen, dass der mit der Beurkundungsform angestrebte Zweck sichergestellt werden kann. Die kantonalen Vorschriften dürfen das materiell-rechtliche Institut der bundesrechtlichen Ordnung (die öffentliche Beurkundung) weder verunmöglichen, noch ungebührlich erschweren oder ihre Wirksamkeit beeinträchti-

gen (BGE 106 II 146, Erw. 2b mit Hinweisen; CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, Rz. 8 ff. mit Hinweisen). Die zivilrechtlichen Mindestanforderungen betreffen, abgesehen von den spezifischen Vorschriften für einzelne Rechtsgeschäfte in ZGB und OR, das Beurkundungsverfahren (Beratungs-, Belehrungs- und Wahrheitspflicht), die Beachtung von Ausstandspflichten und die Anforderungen an die Erstellung und Form der öffentlichen Urkunde (Einheit des Begründungsaktes).

#### 7.4.

##### 7.4.1.

Die umfangreichen Berufspflichten einerseits sowie die Sanktionierungsmöglichkeiten und die Haftbarkeit andererseits sind geeignet, die Einhaltung der bundesrechtlichen Anforderungen an das Beurkundungsverfahren sicherzustellen. Bezogen auf die Rügen der Gesuchsteller ist insbesondere wesentlich, dass der Notar im Rahmen seiner Berufspflichten seine Unabhängigkeit wahren muss, die Qualität der Beurkundung zu gewährleisten hat und eine Urkundspflicht besteht. Es besteht daher kein Grund für die im Normenkontrollgesuch heraufgeschworene Befürchtung, wonach der Zweck des Beurkundungsvorgangs vereitelt und der Zugang zu einer Urkundsperson übermässig erschwert werden könnte.

Es mag sein, dass ein Tarif mit zwingenden Minimalansätzen mitzuhelfen vermag, die Einhaltung der Anforderungen an das Beurkundungsverfahren zu unterstützen. Entgegen der Darstellung der Gesuchsteller lässt sich daraus jedoch nicht der Umkehrschluss ziehen, dass ein entsprechender Tarif unabdingbare Voraussetzung für ein ordnungsgemässes Beurkundungsverfahren wäre. Insbesondere ist eine Gewährung von Provisionszahlungen oder "Kickbacks", welche bei einer Urkundsperson zu einer Abhängigkeit von Grosskunden führt, mit dem in § 22 Abs. 2 BeurG vorgeschriebenen Unabhängigkeitsgebot kaum vereinbar. Eine Abhängigkeit des Notars, die zu Interessenkollisionen führt, wie dies die Gesuchsteller befürchten, wäre zudem ein Ausstands- und Befangenheitsgrund (vgl. §§ 24 ff. BeurG, insbesondere § 24 Abs. 3).

Die bundesrechtlichen Vorgaben zur öffentlichen Beurkundung enthalten keine Aussage zum Marktauftritt der Notare. Entspre-



chende Vorgaben können auch nicht aus dem Grundgedanken der öffentlichen Beurkundung hergeleitet werden. Den Schutz des Vertrauens und Ansehens in den Notariatsstand gewährleistet § 21 BeurG; eine unzulässige Kundenbewerbung verbietet § 34 BeurG.

In diesem Zusammenhang sei nochmals daran erinnert, dass gemäss der umstrittenen Regelung die Festlegung der Beurkundungs- bzw. Beglaubigungsgebühr nicht dem unbeschränkten Wettbewerb ausgesetzt ist. Vielmehr lässt sich nach Massgabe von §§ 1 ff. Notariatstarif für jedes Geschäft eine Gebühr ermitteln; von dieser grundsätzlich geschuldeten Gebühr darf nur nach unten, nicht aber auch nach oben abgewichen werden (vgl. vorne Erw. 6).

#### 7.4.2.

Die Tatsache, dass die öffentliche Beurkundung im Aargau durch freiberufliche Notare vorgenommen wird, impliziert eine Marktordnung, in der grundsätzlich ein Wettbewerb stattfinden kann und eine (beschränkte) Vertragsfreiheit gilt. Der Notariatstarif legt die Maximalhöhe der Gebühren fest und erlaubt Tarifunterschreitungen. Es besteht also keine absolut freie Preisbildung und auch die Vertragsfreiheit ist eingeschränkt. Nur die Festlegung von Gebühren unter den Tarifwerten ist der Vereinbarung der Marktteilnehmer überlassen.

Diese Preisbildung ohne staatliche Beschränkungen funktioniert bei andern freien Berufen; sie führt weder zu Qualitätseinbussen noch zu einer Gefährdung des Marktzugangs oder der Versorgung. Es ist daher kein sachlicher Grund erkennbar, weshalb die Urkundsperson mittels eines zwingenden Minimaltarifs vor sich selbst geschützt werden soll. Ein Zwangstarif mit Mindestansätzen garantiert auch keine sorgfältige Berufsausübung. Den Schutz der breiten Allgemeinheit, d.h. der privaten (Klein-) Kundschaft, vor versteckten Interessenbindungen der Urkundsperson vermag im freien Notariat ein Tarif – sei es mit oder ohne Öffnung nach unten – ohnehin nicht zu gewährleisten.

#### 7.4.3.

Art. 55 SchlT ZGB überlässt den Kantonen bei der Regelung der Gebühren für die Beurkundung eine weitgehende Autonomie (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 30. Juni 1998, Erw. 4, in: ZBGR

81/2000, S. 72). Aufgrund dieser Freiheit sind sie auch nicht verpflichtet, Tarife mit minimalen Gebührenansätzen festzulegen. Folglich ist keine Verletzung von Minimal- oder Maximalanforderungen des Bundesrechts erkennbar, wenn den Urkundspersonen erlaubt wird, im Einzelfall von der tarifären Grundgebühr nach unten abzuweichen.

8.

8.1.

Die Gesuchsteller machen im Weiteren geltend, die umstrittenen Bestimmungen würden dem Gleichbehandlungsgebot widersprechen. Je nachdem, wie viel "Marktmacht" jemand aufweise, sei eine Amtshandlung für ihn billiger oder teurer. So bezahle der einfache Bürger, der einmal im Leben eine Liegenschaft erwerbe, mehr für die Notariatsdienstleistung als der institutionelle Liegenschaftenhändler oder Bauunternehmer. Dies sei mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar. Der Gesetz- bzw. Dekretsgeber habe unterschiedliche Sachverhalte zu wenig differenziert geregelt. Die umstrittenen Normen würden alle Beurkundungsfälle gleich behandeln. Die Festlegung der Gebühr sei immer Sache der Parteien, wie unterschiedlich die Fälle auch seien. Das Abweichen vom Tarif sei nicht von einem sachlichen Grund abhängig. Entgegen der Meinung des entsprechenden Antragstellers im Grossen Rat werde der nach unten offene Tarif nur den Grosskunden zugutekommen und allen anderen Kunden schaden. Auch die bisher zulässige "Quersubventionierung" von profitablen und nicht profitablen Geschäften werde durch das neue System aus den Angeln gehoben. Insgesamt widerspreche die getroffene Regel der Zweckrationalität und der instrumentellen Vernunft. Das vom Grossen Rat gewählte Mittel taue nicht zum postulierten Zweck. Es fehle ein sachlicher Grund für die Gleichbehandlung aller Beurkundungsfälle. Damit sei das Differenzierungsgebot verletzt. Die im interkantonalen Vergleich singuläre Regelung in § 69 Abs. 1 Satz 2 BeurG sei vom Gesetzgeber beschlossen worden, ohne dass er sich über deren Tragweite im Klaren gewesen sei. Schliesslich könne eine rechtsgleiche Behandlung durch alle im Kanton zugelassenen Urkundspersonen mit der umstrittenen Regelung von vornherein nicht erreicht werden. Die entsprechende Aufgabe der Notariatskommis-

sion zu überbinden widerspräche dem Willen des Gesetz- bzw. Dekretsgebers und wäre zudem kartellrechtlich unzulässig.

8.2. (...)

8.3.

Vorab erscheint nicht unwesentlich, dass sich selbst bei der Anwendung der herkömmlichen Tarifordnungen für notarielle Dienstleistungen Rechtsungleichheiten ergeben können:

- Ist ein fixer Stundenansatz vorgeschrieben, ist dieser grundsätzlich unabänderlich. Demgegenüber kann die für ein Geschäft aufgewendete (bzw. verrechnete) Zeit von Urkundsperson zu Urkundsperson variieren (vgl. Botschaft I, S. 73).
- Rahmentarife mit einem Mindest- sowie einem Höchstbetrag lassen der Urkundsperson bei der Gebührenfestlegung gewisse Freiräume. Dies gilt auch dann, wenn für das Ausfüllen des Tarifrähmens "weiche Faktoren" vorgegeben sind (z.B. vermögensrechtliche Bedeutung des Geschäfts, Verantwortung, Zeitaufwand etc.; BRÜCKNER/HETTICH, a.a.O., S. 28).
- Soweit kein reiner Aufwandtarif besteht, gilt für die Abgrenzung zwischen tarifierten und nicht-tarifierten Leistungen häufig keine starre Regelung (vgl. BRÜCKNER/HETTICH, a.a.O., S. 21 ff.). Urkundspersonen haben in diesem System Möglichkeiten, nicht-tarifizierte Leistungen separat in Rechnung zu stellen und zusätzlich zu den Beurkundungsleistungen auch für nicht-tarifizierte Leistungen ein Entgelt verlangen. Auch Notarinnen und Notare ohne Anwaltspatent treten regelmässig mit zusätzlichen Dienstleistungsangeboten am Markt auf, welche dem Notariatstarif nicht unterstehen (Erbteilungen, Steuerberatung, Verbandssekretariate etc.) und die ihre Betriebskalkulation wesentlich prägen.
- Im Weiteren gilt es darauf hinzuweisen, dass in der Praxis ein Zwangstarif die Gewährung von Rabatten nicht auszuschliessen vermag (BRÜCKNER/HETTICH, a.a.O., S. 19 f.). Diese Auswirkungen liessen sich auch mit dem Zwangstarif in der Notariatsordnung vom 28. Dezember 1911 nicht verhindern.
- Die Gesuchsteller blenden sodann vollständig aus, dass die freie Notariatstätigkeit nicht in einem einheitlichen Betriebsumfeld stattfindet. Neben den traditionellen, klassischen Einzelunternehmen wird die Notariatstätigkeit im Anstellungsverhältnis (§ 7 Abs. 3 BeurG), von Rechtsanwälten als Neben- oder Zusatztätigkeit (§ 7 Abs. 2 BeurG) sowie in Partnerschaft

oder Anstellung bei Anwaltskanzleien ausgeübt (§ 18 Abs. 2 BeurG). Die Beurkundungsgebühr dieser Urkundspersonen erscheint beim Kunden in einer Gesamtabrechnung. Notare arbeiten sodann auch mit Banken, Treuhandunternehmen und Anwälten zusammen.

- Die Unternehmensstrukturen, in denen die aargauischen Urkundspersonen auf dem Markt auftreten, sind ohnehin individuell und verschieden (vgl. dazu Register der Urkundspersonen). Eine einheitliche Kostenstruktur ihrer Unternehmen besteht nicht, ganz abgesehen davon, dass die Gebühren nur einen Teil des Einkommens der Notarinnen und Notare darstellen.

- Die Urkundsperson darf sich auch bei einem Zwangstarif mit minimalen Ansätzen, wie dem Tarif im Kanton Bern, "wettbewerbsmässig" verhalten und damit die konkrete Notariatsgebühr im Einzelfall tiefer halten (vgl. dazu: MARTIN BICHSEL, in: WOLF [Hrsg.], Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, a.a.O., Art. 52 N 53).

Entsprechend lässt sich festhalten, dass bei der Gebührenfestlegung Freiräume bestehen und insofern auch Rechtsungleichheiten aufgrund tatsächlicher Unterschiede in Kauf genommen werden müssen. Sie sind unmittelbare Folge des freien Notariats und der wirtschaftlichen Realitäten dieses Berufs. Im freiberuflichen Notariat lässt sich eine einheitliche Handhabung der Tarifordnung systembedingt nicht gewährleisten. Der Notariatstarif vermag in seinen tatsächlichen Auswirkungen eine rechtsgleiche Behandlung der Urkundspersonen und der Kunden daher nicht realitätsgerecht sicherzustellen. Auch wenn er nach unten zwingend ausgestaltet ist, kann ein Wettbewerb stattfinden. Selbst eine relative Gleichbehandlung ist angesichts der wirtschaftlichen Unterschiede ausgeschlossen. Die von den Gesuchstellern postulierte Zweckrationalität und die "instrumentelle Vernunft" ist keine Frage der Tarifierung. Die Preisbildung nach unten ist vielmehr der unternehmerischen, beruflichen und berufsständischen Verantwortung der Notare und Notarinnen überlassen.

#### 8.4.

Es besteht offenbar eine gewisse Befürchtung, dass der Verzicht auf einen minimalen Stundenansatz (vgl. § 1 Abs. 1 Notariatstarif) sowie die generelle Möglichkeit, die Gebühren gemäss Notariatstarif unterschreiten zu können (§ 69 Abs. 1 Satz 2 BeurG), zu einem

ruinösen Verdrängungswettbewerb führen werden, in dem sich Urkundspersonen mit Dumpingpreisen gegenseitig unterbieten (vgl. BRÜCKNER/HETTICH, a.a.O., S. 18). Vorab erscheint fraglich, ob der Markt (soweit von einem Markt gesprochen werden kann) der Notariatsdienstleistungen auf einen derartigen Konkurrenzkampf überhaupt anfällig ist (vgl. BRÜCKNER/HETTICH, a.a.O., S. 18). Darüber hinaus ist namentlich Folgendes wesentlich:

#### 8.4.1.

Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die umstrittene Gebührenordnung die Anforderungen, die sich aus dem Prinzip der Rechtsgleichheit ergeben, nicht einhalten würde. Dies gilt namentlich für den Aufwandtarif; der Rahmen zwischen der frei vereinbarten Minimalgebühr und der Maximalgebühr auf der Basis von Fr. 300.00 pro Stunde (§ 1 Abs. 1 Notariatstarif) ist bei fehlender Einigung der Parteien anhand der Kriterien in § 1 Abs. 2 Notariatstarif (Bedeutung und Schwierigkeit des betroffenen Geschäfts) und dem Kostendeckungsprinzip auszufüllen. Eine vereinbarte tiefere Gebühr wird sich regelmässig zwischen dem von der betroffenen Urkundsperson als kostendeckend angesehenen Entgelt und der erwähnten "Grundgebühr" bewegen. Damit ist eine rechtsgleiche Behandlung der Kunden bzw. eine genügende Differenzierung hinreichend gewährleistet.

#### 8.4.2.

In Bezug auf den Aufwandtarif kommt dem Äquivalenzprinzip neben den Kriterien der Bedeutung und Schwierigkeit des Geschäfts (§ 1 Abs. 2 Notariatstarif) kaum eine eigenständige Bedeutung zu. Demgegenüber muss die gemäss Promilletarif errechnete Gebühr unter Umständen nach Massgabe des Äquivalenzprinzips reduziert werden, damit die Urkundsperson das ihr mit § 69 Abs. 1 Satz 2 BeurG eingeräumte Ermessen ("darf") nicht unterschreitet. Insofern gewährleistet das Prinzip Differenzierungen, die über die Gebührenordnung in §§ 1 ff. Notariatstarif hinausgehen.

Betreffend den Fixtarif ist darauf hinzuweisen, dass die Gebühr für Beglaubigungen ohnehin kaum kostendeckend ist (BRÜCKNER/HETTICH, a.a.O., S. 19). Der Umstand, dass vom Gebührentarif nach

unten abgewichen werden kann, dürfte daher in diesem Zusammenhang keine wesentliche Auswirkung haben.

#### 8.4.3.

Auf die umfangreichen Berufspflichten der Urkundspersonen wurde bereits hingewiesen (vgl. vorne Erw. 7.2). Sie schränken die Möglichkeit, dass im Bereich notarieller Dienstleistungen ein "ruinöser" Wettbewerb stattfindet, deutlich ein.

Zu beachten ist, dass Preisunterbietungen auch aus wettbewerbsrechtlichen Gründen widerrechtlich sein können, wenn eine Urkundsperson unter Missbrauch ihrer Marktmacht oder mit unlauteren Mitteln systematisch mit nicht kostendeckenden Angeboten andere Anbieter unterbietet. Gemäss Art. 2 UWG ist ein Angebot unlauter, wenn eine Urkundsperson die Differenz zu kostendeckenden Preisen mit illegalen Mitteln deckt, etwa durch die Verletzung von Berufspflichten. Die systematische Festlegung von Gebühren, welche nicht kostendeckend sind, dürfte – soweit sie sich nicht direkt aus dem Gebührentarif ergibt oder andere sachliche Gründe vorliegen – kaum mit den Berufspflichten vereinbar sein. Einem ruinösem Preiskampf zu Lasten der Kleinkunden kann mit den Berufspflichten in § 21 BeurG (Wahrung des Ansehens des Berufsstandes), der Sorgfalts- und Wahrheitspflicht (§ 28 BeurG), der gleichmässigen Interessenwahrungspflicht (§ 29 BeurG), der Werbebeschränkung in § 34 BeurG sowie dem Gleichbehandlungsgebot in § 7 Notariatstarif (vgl. dazu hinten Erw. 8.4.5) wirksam entgegengetreten werden.

Schliesslich übt die freiberufliche Urkundsperson eine amtliche, hoheitliche Tätigkeit aus. Daraus folgt, dass sie in dieser Eigenschaft an die Grundsätze staatlichen Handelns der Verfassung (Art. 5 BV und § 2 KV) gebunden ist.

Aufgrund dieser Einschränkungen ergibt sich, dass der Ermessensspielraum, den § 69 Abs. 1 Satz 2 BeurG einräumt, deutlich geringer ist, als der Wortlaut der Bestimmung glauben lässt. Dadurch ist aber auch die Möglichkeit reduziert, dass bei vergleichbaren Geschäften ohne sachlichen Grund wesentlich unterschiedliche Gebühren verlangt werden und somit gegen das Rechtsgleichheitsprinzip verstossen wird.

Dieselbe Schlussfolgerung ergibt sich bereits daraus, dass der Spielraum der Urkundspersonen aus wirtschaftlichen Gründen beschränkt ist (vgl. vorne Erw. 6.2).

#### 8.4.4.

Die Notare sind der Verordnung über die Bekanntgabe von Preisen vom 11. Dezember 1978 (Preisbekanntgabeverordnung, PBV; SR 942.211) unterstellt. Daraus ergibt sich die Pflicht, die Preise für die Notariatsdienstleistung leicht zugänglich und gut lesbar bekannt zu geben (Art. 11 Abs. 1 PBV), etwa in Form von Preisanschlägen oder Preislisten. Die Preisbekanntgabe soll dem Notariatsklienten ermöglichen, im Voraus die Höhe der zu erwartenden Rechnung für die beanspruchte Dienstleistung erkennen zu können (vgl. ROLAND PFÄFFLI, in: Der Bernische Notar [BN] 2012, S. 383; Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Preisbekanntgabe für Notariatsdienstleistungen, Informationsblatt vom 1. April 2012 [aktualisiert April 2013], S. 7). Durch diese Regelung ist selbst für Konsumenten, die nur wenig notarielle Dienstleistungen in Anspruch nehmen, eine gewisse Transparenz gewährleistet, womit auch sie (und nicht nur die "Grosskunden") von preisgünstigen Angeboten profitieren können.

#### 8.4.5.

Gemäss § 7 Notariatstarif darf bei Beteiligung mehrerer Parteien an demselben Beurkundungsgegenstand der Tarif auf diese nicht unterschiedlich angewendet werden. Insofern ist die Rechtsgleichheit bei den einzelnen Beurkundungsgeschäften explizit gewährleistet. Soweit diese Bestimmung mittels Provisionszahlungen umgangen wird, dürfte dies mit den Berufspflichten kaum vereinbar sein. Hierzu sei angeführt, dass die von den Gesuchstellern befürchtete Provisions- und "Kick-Back"-Kultur bei Grundstücksgeschäften geeignet ist, das Ansehen des Notariatsstandes zu verletzen (vgl. GLATTHARD, a.a.O., Art. 45 N 32). Die Gewährung von "stillen" Provisionen und Retrozessionen und die Einschaltung von "Beurkundungsbrokern" kann im Falle einer Umgehung von § 7 Notariatstarif ebenfalls einen Disziplinaratbestand begründen.

8.4.6. (...)

8.5. (...)

8.6.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die herkömmlichen Notariatstarife gewisse Rechtsungleichheiten nicht auszuschliessen vermögen (vgl. vorne Erw. 8.3). Der nach unten offene Gebührentarif schafft keine erhöhte Gefahr einer rechtsungleichen Behandlung, welche über das hinausgeht, was dem freiberuflichen Notariat ohnehin systemimmanent ist.

In der Praxis dürften sich die Abweichungen von den nach §§ 1 ff. Notariatstarif und dem Äquivalenzprinzip berechneten Gebühren nach unten in einem relativ engen Rahmen bewegen (vgl. vorne Erw. 8.4). Schliesslich dient die umstrittene Möglichkeit, vom Tarif nach unten abzuweichen, einem erheblichen öffentlichen bzw. volkswirtschaftlichen Interesse. In Anbetracht dessen erscheinen die allfälligen Rechtsungleichheiten, die mit der umstrittenen Regelung unabdingbar zusammenhängen, als vertretbar. Jedes Gebührenmodell hat Vorzüge und Nachteile für die einzelnen Kunden. Erst wenn diese Unterschiede zu einer verbotenen Ungleichbehandlung führten, wäre dies zu beanstanden.

In Bezug auf die Rüge der Gesuchsteller, mit der neuen Regelung werde die sogenannte Quersubventionierung von über- und unterbezahlten Geschäften verunmöglicht, gilt es vorab festzuhalten, dass kein bundesrechtlicher Anspruch auf eine derartige Ausgleichsmöglichkeit besteht (BRÜCKNER/HETTICH, a.a.O., S. 18). Im Übrigen wurde die Quersubventionierung bei der Festsetzung des Promilletarifs berücksichtigt (Botschaft 2) und ist somit nach wie vor von Bedeutung. Auch im Rahmen des Äquivalenzprinzips kann der Quersubventionierung Rechnung getragen werden (BGE 103 Ia 85, Erw. 5c; 97 I 193, Erw. 5b).

Unverständlich ist schliesslich die (durch ein Parteigutachten belegte) Argumentation der Gesuchsteller, wonach die umstrittene Regelung bei grossen Geschäften zu einer Aufspaltung der notariellen Dienstleistungen "in intellektuell aufwändige Vorbereitungsarbeit", welche "teure Anwaltskanzleien" besorgen, und "fortab als minderwertige Commodity verstandene, eng definierte Beurkun-



dungstätigkeit" führen dürfte. Tatsächlich besteht ein entsprechendes Risiko unabhängig von der Gestaltung des Gebührentarifs. Es liegt einerseits an den Urkundspersonen selber, durch entsprechende Leistung dafür zu sorgen, dass ihnen neben der eigentlichen Beurkundung auch die Vorbereitungsarbeiten übertragen werden. Andererseits schaltet die Freigabe der Preisbildung "nach unten" den Leistungswettbewerb nicht aus (vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER, Gefährdetes Notariat?, in: BN 2014, S. 229 f.). Schliesslich ist daran zu erinnern, dass die Sorgfalts- und Wahrheitspflicht auch gelten, wenn der Urkundsperson eine von Anwälten vorbereitete Urkunde zur Beurkundung vorgelegt wird (§ 28 Abs. 4 BeurG).

9. (...)

10.

10.1.

Die Gesuchsteller machen schliesslich geltend, die umstrittenen Bestimmungen würden in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderlaufen; die Regelung benachteilige Kleinkunden und verschaffe denjenigen Vorteile, welche häufig zum Notar gehen. Eine solche Ungleichbehandlung lasse sich unter keine der zahlreichen Vorstellungen von Gerechtigkeit subsumieren. Der Tarif sei weder nach sachlich haltbaren Gesichtspunkten ausgestaltet, noch treffe er sachlich erforderliche Unterscheidungen. § 69 Abs. 1 Satz 2 BeurG sei damit willkürlich und aufzuheben.

10.2.

Die angefochtenen Bestimmungen stellen die Festsetzung der konkreten Beurkundungsgebühr im Einzelfall in das Ermessen der freiberuflichen Notare und erlauben eine Abweichung von der Grundgebühr nach unten. Diese Tarifordnung steht nicht in unvereinbarem Widerspruch zu den von den Gesuchstellern angerufenen Verfassungsbestimmungen oder zum bundesrechtlichen Institut der Beurkundung. Dass die Urkundspersonen das ihnen eingeräumte Ermessen bei der Fakturierung missbräuchlich oder willkürlich ausüben, ist nicht zu vermuten, nur weil eine ausdrückliche gesetzliche Regelung für eine Unterschreitung der "Grundgebühren" fehlt. Die Rechtsanwendung innerhalb des Tarifrahmens, insbesondere eine Herabsetzung der Grundgebühr, ist nur unter Beachtung der Berufs-

pflichten und der für die staatliche Tätigkeit geltenden Grundsätze zulässig. Damit ist zureichend sichergestellt, dass in der Praxis sachliche Gründe zu einer Unterschreitung der kostendeckenden Gebühr führen.

#### 45 Verletzung von Berufspflichten; Disziplinar massnahmen

- Die Rechnungsstellung für das vom Gericht gekürzte Honorar an den unentgeltlich vertretenen Klienten verletzt die Berufspflichten.
- Die Rechnungsstellung für prozessfremde Leistungen während der unentgeltlichen Vertretung erfordert, dass der Anwalt den Klienten auf die Honorarfolgen hinweist und sich separat mandatieren lässt.
- Ein Anstellungsverhältnis und die kanzleiinterne Weisungsgebundenheit des nachfakturierenden Anwalts können bei der Sanktionierung im Rahmen des Verschuldens berücksichtigt werden.

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 21. August 2014 in Sachen A. gegen Anwaltskommission (WBE.2014.95).

#### *Aus den Erwägungen*

##### 3.1.

Dem Beschwerdeführer wird vorgeworfen, einer unentgeltlich vertretenen Klientin im Zusammenhang mit gerichtlichen und behördlichen Verfahren über das Honorar bzw. die Parteientschädigung hinaus Leistungen in Rechnung gestellt und von ihr einen Betrag von Fr. 31'000.00 gefordert zu haben.

##### 3.2.

Für Anwältinnen und Anwälte gelten unter anderem folgende Berufsregeln (Art. 12 BGFA): Sie üben ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft aus (lit. a); sie sind verpflichtet, in dem Kanton, in dessen Register sie eingetragen sind, amtliche Pflichtverteidigungen und