

Amt für Betriebswirtschaft und Aufsicht
Herrn Adrian Kneubühler, Notariatsinspektor
Kramgasse 20
CH-3011 Bern

Bern, den 19. April 2017

**Gebührensysteem für das freiberufliche Notariat – Interkantonaler Vergleich,
rechtliche Rahmenbedingungen und Hinweise zu den Motionen Bhend und
Brönnimann aus juristischer Sicht**

Bericht zu Händen der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion

Erstellt von: lic. iur. Martin Buchli, Rechtsanwalt, LL.M.

Dr. Daniel Am, Rechtsanwalt
Dr. Ueli Friederich, Rechtsanwalt
Dr. Mirjam Strecker, Rechtsanwältin, LL.M.
Dr. Marcel Brülhart, Rechtsanwalt
Martin Buchli, Rechtsanwalt, LL.M.
Tamara Kojan, Rechtsanwältin

Recht & Governance
Kramgasse 70 | Postfach 568
3000 Bern 8
T 031 312 33 30 | F 031 312 24 64
buchli@recht-governance.ch
www.recht-governance.ch

Inhalt

I. EVALUATION UND INTERKANTONALER VERGLEICH DER GEBÜHRENSYSTEME.....	4
1. Einleitung.....	4
2. Bestehende Untersuchungen zu den Notariatsgebühren.....	5
2.1 Einleitung.....	5
2.2 Bericht des Preisüberwachers „Kantonale Notariatstarife – Vergleich der Gebühr für die öffentliche Beurkundung verschiedener Rechtsgeschäfte“.....	5
2.3 Bericht der Hochschule Luzern „Gebührenvergleich für notarielle Dienstleistungen in Kantonen mit freiem Notariat“.....	6
2.4 Bericht BDO AG Solothurn.....	7
2.5 Bericht des Regierungsrates an den Grossen Rat „Evaluation der Totalrevision der Notariatsgebühren“.....	7
2.6 Gutachten Brückner/Hetlich betreffend verschiedene Fragen im Zusammenhang mit dem Notariatstarif des Kantons Aargau.....	8
3. Eingrenzung der Evaluation.....	9
3.1 Hauptberufliche Tätigkeiten im freiberuflichen Notariat.....	9
3.2 Keine Evaluation der Einkommen der Notare.....	9
3.3 Keine Evaluation der konkreten Gebühren für bestimmte Geschäfte.....	10
4. Die Gebührensysteme der Kantone mit freiberuflichem Notariat.....	11
4.1 Vorbemerkungen.....	11
4.2 Kantone mit einem Verbot der Ausübung weiterer Tätigkeiten.....	11
a) Kanton Genf.....	11
b) Kanton Waadt.....	12
4.3 Kantone, in denen die gleichzeitige Ausübung weiterer Tätigkeiten zulässig ist.....	12
a) Kanton Aargau.....	12
b) Kanton Bern.....	14
c) Kanton Basel-Landschaft.....	15
d) Kanton Basel-Stadt.....	16
e) Kanton Freiburg.....	16
f) Kanton Jura.....	17
g) Kanton Neuenburg.....	18
h) Kanton Tessin.....	18
i) Kanton Uri.....	19
j) Kanton Wallis.....	20
4.4 Kategorisierung.....	20
4.5 Zwischenfazit.....	23

5.	Vor- und Nachteile der Systeme	24
5.1	Analyse nach Möglichkeit der Querfinanzierungen zwischen Tätigkeiten	24
5.2	Komplexität der Systeme.....	24
5.3	Flexibilität der Systeme	25
5.4	Gebührenfestsetzung durch Parteiabreden.....	25
II.	RECHTLICHER RAHMEN FÜR EIN GEBÜHRENSYSTEM FÜR DAS FREIBERUFLICHE NOTARIAT	27
1.	Einordnung der Notariatsgebühren im System der öffentlichen Abgaben	27
1.1	Die Notariatsgebühr als öffentliche Abgabe	27
1.2	Die Einordnung ins System der Kausalabgaben	28
1.3	Notariatsentschädigung als vertragliches Entgelt?.....	29
1.4	Hinweise auf andere Bereiche, in denen Dritte Gebühren erheben	30
2.	Verfassungsrechtliche Anforderungen an das Gebührensystem	32
2.1	Legalitätsprinzip.....	32
2.2	Kostendeckungsprinzip	33
2.3	Äquivalenzprinzip	34
2.4	Rechtsgleichheit	35
2.5	Zwischenfazit.....	38
2.6	Exkurs: Vorgaben des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb	39
3.	Parameter eines Gebührensystems	40
3.1	Bemessungskriterien	40
3.2	Gebührenart	41
3.3	Ausnahmen	44
3.4	Hinweis: Unentgeltliche Rechtspflege	45
III.	STELLUNGNAHME ZU DEN MOTIONEN BHEND UND BRÖNNIMANN	47
1.	Vorbemerkung	47
2.	Motion Bhend	47
2.1	Forderung der Motion Bhend.....	47
2.2	Stellungnahme zur Motion Bhend	48
3.	Motion Brönnimann	49
3.1	Forderung der Motion Brönnimann.....	49
3.2	Stellungnahme zur Motion Brönnimann	50

I. Evaluation und interkantonaler Vergleich der Gebührensysteme

1. Einleitung

- 1 Die Gebühren für die notariellen Tätigkeiten nehmen eine zentrale Stellung in der politischen Diskussion über die öffentlich-rechtliche Normierung des Notariats ein. Im Kanton Bern wurden jüngst zwei parlamentarische Vorstösse zum Gebührensystem in Art. 50 ff. des Notariatsgesetzes¹ (Motion Bhend und Motion Brönnimann)² an den Regierungsrat überwiesen. Die Motion Brönnimann verlangt, die derzeit bestehende „Minimalgebühren [...] aufzuheben“ und den „investierten Zeitaufwand ist bei der Gebührenfestlegung verstärkt zu berücksichtigen“. Die Motion Bhend zielt darauf ab, „den Notaren die Unterschreitung der heute bestehenden Mindestgebühren jederzeit und ohne Begründung“ zu erlauben. Diese beiden parlamentarischen Vorstösse bildeten den Anlass, vom Unterzeichnenden den vorliegenden Bericht erstellen zu lassen. Er soll als Grundlage für die Neuformulierung der Art. 50 ff. NG dienen.
- 2 In Kapitel I. nimmt der vorliegende Bericht eine Auslegeordnung der Gebührensysteme für das freiberufliche Notariat in der Schweiz vor.³ Dabei werden namentlich auch Überlegungen zu den Vor- und Nachteilen der unterschiedlichen Systeme angestellt. Eine juristische Beurteilung der Gebührensysteme erfolgt in Kapitel I. noch nicht.⁴ Im Anschluss an diese Auslegeordnung werden in Kapitel II. die rechtlichen Rahmenbedingungen zur Ausgestaltung des auf Gesetzesstufe verankerten Gebührensystems im Kanton Bern dargestellt. Es werden dementsprechend in Kapitel I. die Systeme auf der Stufe des Gesetzes im formellen Sinn untersucht, während die konkreten, kantonalen Gebührentarife – die gesetzessystematisch korrekterweise auf Verordnungsstufe zu verankern sind – nicht im Fokus stehen. In Kapitel III. nimmt der Unterzeichnende aus rechtlicher Sicht Stellung zu den Motionen Bhend und Brönnimann. Mit dem vorliegenden Bericht ist keine politische Würdigung der politischen Vorstösse und der unterschiedlichen Gebührensysteme verbunden. Eine solche Würdigung kann nicht Aufgabe des Unterzeichnenden sein, sondern ist den politischen Entscheidungsträgern vorbehalten.
- 3 Der vorliegende Bericht basiert auf der Hypothese, dass das System des freiberuflichen Notariats im Kanton Bern weitergeführt werden soll. Sollte politisch ein Wechsel zum Amtsnotariat beabsichtigt sein, würden die Ausführungen im vorliegenden Teilbericht weitgehend hinfällig; es wäre diesfalls angezeigt, die Gebührensysteme der Kantone mit Amtsnotariat bzw. einer Mischform zu evaluieren.⁵
- 4 Dem Unterzeichnenden hat für die Ausarbeitung des vorliegenden Berichts ein ausformulierter Entwurf des Berichts der Arbeitsgruppe 1 zur Revision des Notariatsgesetzes vorgelegen. Die Ausführungen im vorliegenden Bericht zum Gebührensystem beziehen sich in mehrfacher Hinsicht auf die Überlegungen im Bericht der Arbeitsgruppe 1 mit dem Titel „Das Notariat in der Schweiz“. Insbesondere hängen die grundlegenden Fragestellungen zum Entschädigungsmodell wesentlich mit der im Teilbericht 1 vorgenommenen

¹ NG; BSG 169.11.

² Siehe dazu Kap. II.4.2 und II.4.4.

³ In den Blick genommen werden demnach die Gebührengrundlagen in den Kantonen Genf, Waadt, Wallis, Freiburg, Neuenburg, Jura, Bern, Aargau, Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Uri und Tessin (siehe dazu auch den Teilbericht der Arbeitsgruppe 1).

⁴ Beim Gebührensystem des Kantons Aargau wird aber der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau zur Rechtmässigkeit der Gebührenordnung dargestellt.

⁵ Zum Amtsnotariat und namentlich zur Gegenüberstellung vom Amtsnotariat zum freiberuflichen Notariat wird auf den Teilbericht der Arbeitsgruppe 1 verwiesen.

nen Qualifizierung der Tätigkeit des freiberuflichen Notars als „freiwillige Gerichtsbarkeit“ zusammen. Zentrale Bedeutung kommt zudem der im Bericht der Arbeitsgruppe 1 erörterten Urkundspflicht der Notare zu: Die Bildung eines Entgelts für notarielle Dienstleistungen am Markt (durch privatautonome Abrede) ist nämlich dort nicht möglich, wo Anspruch auf ein Tätigwerden des Notars unter Wahrung des Gleichbehandlungsgebots besteht. Die Ausführungen im Bericht der Arbeitsgruppe 1 wurden vom Unterzeichnenden nicht auf ihre Richtigkeit hin überprüft und werden von diesem auch nicht verantwortet. Die Ausführungen erscheinen aber plausibel, weshalb der Unterzeichnende auch keinen Anlass hat, an deren Richtigkeit zu zweifeln.

- 5 Der Unterzeichnende ist als selbständiger Rechtsanwalt beratend, forensisch und gutachterlich tätig und auf verwaltungsrechtliche Fragestellungen – namentlich auch im Bereich des öffentlichen Abgaberechts – spezialisiert.⁶

2. Bestehende Untersuchungen zu den Notariatsgebühren

2.1 Einleitung

- 6 Zu den Gebühren für notarielle Leistungen besteht eine beträchtliche Anzahl von Untersuchungen. Diese diskutieren die Gebühren aus unterschiedlicher Optik, meist jedoch mit Blick auf die konkrete Gebührenehöhe für ein bestimmtes Rechtsgeschäft. Im Folgenden werden zu ausgewählten Berichten und Gutachten kurze, zusammenfassende Übersichten erstellt. Dargestellt wird jeweils in Kürze das Thema bzw. der Gegenstand der Untersuchung – soweit diese mit der Analyse der Gebührensysteme überhaupt in Zusammenhang stehen – und die Schlussfolgerungen.

2.2 Bericht des Preisüberwachers „Kantonale Notariatstarife – Vergleich der Gebühr für die öffentliche Beurkundung verschiedener Rechtsgeschäfte“

- 7 Im Jahr 2007 hat der Preisüberwacher eine Untersuchung zu den kantonalen Notariatstarifen durchgeführt. Grundlage für die Untersuchung bildete das Preisüberwachergesetz⁷ und das daraus abgeleitete Recht des Preisüberwachers, gegenüber den Kantonen Empfehlungen zu den Notariatstarifen abzugeben. Untersucht bzw. verglichen wurden die konkreten Tarife für bestimmte Geschäfte mit bestimmtem Geschäftswert. Es handelt sich demnach um eine statistische Herangehensweise, mit der ein Vergleich zwischen den Kantonen mit einer entsprechenden Rangierung – pro Geschäftsvorgang – erstellt wurde. In der „Übersicht: Rang der Rechtsakte nach Kanton“ ist der Kanton Bern auf der dritten Position – demnach als dritt teuerster Kanton – aufgeführt. Zusammenfassend kommt der Preisüberwacher zum Schluss, dass die vom Klienten zu bezahlenden Gebühren für einen analogen Rechtsakt je nach Wohnkanton beachtlich variieren und für ihn nur „schwer zu akzeptieren“ seien. Der Preisüberwacher empfiehlt im Bericht jedem Kanton, eine generelle Prüfung der gültigen Tarife für verschiedene öffentliche Beurkundungen vorzunehmen.

⁶ Die Anwaltskanzlei, in welcher der Unterzeichnende als Partner tätig ist, bietet keine notariellen Leistungen an.

⁷ PüG; SR 942.20.

8 Indem der Bericht des Preisüberwachers die konkreten Tarife in den Blick nimmt, während die unterschiedlichen (dogmatischen) Systeme der Gebührenbemessung – mit Ausnahme der Gliederung in die Systeme Amtsnotariat, gemischtes Notariat und ausschliesslich freies Notariat – unberücksichtigt bleiben, unterscheidet er sich grundsätzlich von der Herangehensweise des vorliegenden Berichts. Vor diesem Hintergrund etwas überraschend kommt der Preisüberwacher dennoch zum Schluss, dass als Bemessungssystem „auch eine teilwettbewerbliche Lösung mit einem Tarifband oder mit der Festlegung einer Obergrenze“ denkbar seien. Darauf wird in Kap. II zurückgekommen.

9 Im November 2009 veröffentlichte der Preisüberwacher einen Ergänzungsbericht zur „aktuellen Situation“ des Gebührenvergleichs der kantonalen Notariatsstarife. In diesem ergänzenden Bericht untersucht der Preisüberwacher die seit 2007 erfolgten Entwicklungen und weist zusammenfassend auf die Stellungnahmen der Kantone zum Bericht aus dem Jahr 2007 hin. Im Vergleich zur Studie aus dem Jahre 2007 hat sich der Kanton Bern in zwei Bereichen (Immobilientransaktionen und Grundpfandverträge) in der Rangierung leicht verschoben.

2.3 Bericht der Hochschule Luzern „Gebührenvergleich für notarielle Dienstleistungen in Kantonen mit freiem Notariat“

10 Im Jahr 2010 hat die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern (JGK) bei der Hochschule Luzern eine Untersuchung in Auftrag gegeben, welche insbesondere vor dem Hintergrund des genannten Berichts des Preisüberwachers und einer im Juni 2010 eingereichten Motion (Motion Bhend „Endlich echter Wettbewerb unter den Notaren im Kt. Bern“) ebenfalls die konkreten Notariatsgebühren für bestimmte Geschäfte analysiert. Im Unterschied zur Untersuchung des Preisüberwachers beschränkt sich der Bericht der Hochschule Luzern vom 10. Februar 2011 auf die Kantone mit freiberuflichem Notariat. Im Weiteren unterscheidet sich das Vorgehen zur Studie des Preisüberwachers vom Juli 2007, welche die Gebühren für wenige, zum Vornherein festgelegte Geschäftswerte, miteinander vergleicht, insofern, dass die Hochschule Luzern bei ihren Berechnungen alle in der Verordnung über die Notariatsgebühren (GebVN) des Kantons Bern, Anhänge 1–4 für tarifierte Gebühren, festgesetzten Beträge einbezogen hat. Die Studie kommt zu dem Fazit:

„Mit dieser Studie haben wir umfassend und genau alle Gebühren der wichtigsten Rechtsgeschäfte für die im Kanton BE vorgegebenen Tarife denjenigen der Vergleichskantone gegenübergestellt. In Abweichung zur Studie des Preisüberwachers aus dem Jahre 2007 stellen wir fest, dass eine Rangierung lediglich auf der Grundlage eines oder dreier Vergleichswerte zu einem ungenauen Ergebnis führen kann. Es ist grundsätzlich möglich, dass ein Kanton bei tieferen Bemessungsgrundlagen auf einen „guten“ Rang kommt, im Vergleich zu höheren Bemessungsgrundlagen im Vergleich aber sehr teuer ausfallen kann und umgekehrt.“⁸

⁸ HOCHSCHULE LUZERN, Gebührenvergleich für notarielle Dienstleistungen in Kantonen mit freiem Notariat, Februar 2011, S. 20.

- 11 Von den Kantonen, welche ein freiberufliches Notariat kennen, rangiert der Kanton Bern nach der Studie der Hochschule Luzern bei den konkreten Notariatsstarifen für ein bestimmtes Geschäft im Mittelfeld.
- 12 Auch der Bericht der Hochschule Luzern unterscheidet sich in der Herangehensweise grundsätzlich vom vorliegenden Teilbericht, der die Systeme dogmatisch analysiert.

2.4 Bericht BDO AG Solothurn

- 13 Die BDO AG Solothurn hat – ebenfalls im Auftrag der JGK – abgeklärt, ob die bei der Revision der Notariatsgesetzgebung im Jahr 2006 formulierten Zielsetzungen zur Senkung der Notariatsgebühren erreicht wurden und zu welchen Anteilen die Notarinnen und Notare die Minimal-, Mittel- und Maximalgebühren verrechnet haben.
- 14 Die Studie der BDO AG Solothurn kommt zu dem Schluss, dass die Revision der Notariatsgesetzgebung im Jahr 2006 eine allgemeine Reduktion der Einnahmen aus Notariatsgebühren um rund 16 Prozent bewirkt hat. Im Weiteren stellt die Studie fest, dass bei drei Vierteln der analysierten Rechnungen der Mittelwert verwendet wurde. Bei knapp 20 Prozent der Rechnungen wurde die Minimalgebühr, bei rund 2 Prozent die Maximalgebühr verwendet. In den übrigen Fällen wurde grösstenteils bei 33 bzw. 67 Prozent des Gebührenrahmens abgerechnet
- 15 Der Bericht der BDO AG beschränkt sich auf eine Analyse der Rechnungen von Notarinnen und Notaren im Kanton Bern. Das Gebührensystem selbst wurde nicht untersucht.

2.5 Bericht des Regierungsrates an den Grossen Rat „Evaluation der Totalrevision der Notariatsgebühren“

- 16 Der Bericht des Regierungsrates zur Evaluation der Totalrevision der Notariatsgebühren steht in direktem Zusammenhang mit den beiden zuvor erläuterten Studien der Hochschule Luzern und der BDO AG Solothurn. Gestützt auf diese beiden Berichte kommt der Regierungsrat zum Schluss:

„Beim Erlass der Gebührenverordnung anno 2006 hatte sich der Regierungsrat zum Ziel gesetzt, die Notariatsgebühren auf das Mittel der elf Kantone mit freiem Notariat zu senken. Dieses Ziel wurde erreicht. Unter Einbezug ausschliesslich der vier häufigsten, relevanten Geschäfte belegt der Kanton Bern den siebten aus elf Plätzen. Werden alle sieben untersuchten Geschäfte einbezogen, resultiert der vierte Rang. Nach Ansicht des Regierungsrates ist diese Rangierung weniger aussagekräftig, da sie der unterschiedlichen wirtschaftlichen Bedeutung der einzelnen Geschäfte nicht Rechnung trägt.

Die Notarinnen und Notare müssen grundsätzlich den Mittelwert verrechnen. Abweichungen nach unten und nach oben sind nur zulässig, wenn der Arbeitsaufwand vom Normalgeschäft deutlich abweicht oder wenn eines der übrigen Bemessungskriterien in besonders ausgeprägter Weise erfüllt ist. Diese Vorgabe ist erfüllt. Die Notarinnen und Notare verrechnen in drei Viertel aller Fälle den Mittelwert. Abweichungen werden weit überwiegend zu Gunsten des Minimalwertes und damit zu Gunsten der Klientschaft vorgenommen.

Vor diesem Hintergrund und angesichts der Tatsache, dass die Preisüberwachung dem Kanton Bern neuerdings keine Anpassung des Gebührentarifs mehr empfiehlt, sieht der Regierungsrat bei den Notariatsgebühren zurzeit keinen Handlungsbedarf.“

2.6 Gutachten Brückner/Hettich betreffend verschiedene Fragen im Zusammenhang mit dem Notariatstarif des Kantons Aargau

- 17 Das Departement Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aargau unterbreitete den Proff. Christian Brückner und Peter Hettich im Jahr 2010 im Rahmen der Revision der Notariatsgesetzgebung im Kanton Aargau verschiedene Fragen in Zusammenhang mit dem Notariatstarif des Kantons Aargau zur Begutachtung.
- 18 Das erstellte Gutachten entspricht von der dogmatischen Herangehensweise am ehesten dem vorliegenden Teilbericht, indem nicht die konkreten Gebühren für bestimmte Geschäfte analysiert werden, sondern die rechtlichen Vorgaben des übergeordneten Rechts. Das Gutachten kommt zu dem Schluss, dass die Notariatstarife – als Entschädigung des Rechtssuchenden für die hoheitlichen Tätigkeiten des Notars – zwingend staatlicher Regelung bedürfen.

3. Eingrenzung der Evaluation

19 Der interkantonale Vergleich der Gebührensysteme für das Notariat ist in verschiedener Hinsicht einzugrenzen.

3.1 Hauptberufliche Tätigkeiten im freiberuflichen Notariat

20 Eine erste Eingrenzung für den interkantonalen Vergleich der Gebührensysteme ist bereits in der Einleitung erfolgt: Analysiert werden nur die Kantone mit freiberuflichem Notariat, während die Kantone mit Amtsnotariat und die Kantone mit einer Mischform zwischen freiberuflichem Notariat und Amtsnotariat bei der Evaluation nicht berücksichtigt werden. Dies erfolgt, da aus einem solchen Vergleich zwischen typologisch unterschiedlichen Systemen keine verwertbaren Erkenntnisse für die Ausgestaltung einer Gebührenordnung für das freiberufliche Notariat zu erwarten wären.

21 Eng mit der Eingrenzung des Vergleichs auf die Kantone mit freiberuflichem Notariat verbunden ist die Einschränkung der Evaluation auf sog. hauptberufliche Tätigkeiten der Notare.⁹ Nur im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit,¹⁰ d.h. insbesondere bei der Erstellung von öffentlichen Urkunden im Sinne des Bundeszivilrechts, handelt es sich um eine hoheitliche Tätigkeit der Notare, bei der ein dem öffentlichen Recht zuzuordnendes (Abgabe-) Rechtsverhältnis zwischen Notar und Klient entsteht. Im Bereich der nebenberuflichen Tätigkeiten des Notars, wie Rechtsberatung, Vermögensverwaltung und Treuhändertätigkeiten, ist ein privatrechtliches Honorar – keine Gebühr – geschuldet.

3.2 Keine Evaluation der Einkommen der Notare

22 Die vorliegende Evaluation versteht sich als *Systemvergleich* der unterschiedlichen gesetzlichen Gebührenordnungen im freiberuflichen Notariat. Nicht untersucht wird in diesem Zusammenhang, wie viel Geld Notare in den einzelnen Kantonen im Durchschnitt verdienen. Zwar erscheint es bei der Festlegung des konkreten, im Betrag oder nach einem Rahmen bestimmten Gebührenansatzes angezeigt, die Auswirkungen auf die Einkommen der Notare im Auge zu behalten.¹¹ Dabei handelt es sich aber nicht um eine Systemfrage.

23 Das Ausklammern der Einkommen der bernischen Notarinnen und Notare von der Analyse entspricht auch dem Fokus auf die Rechtsgrundlagen auf Gesetzesstufe (Gesetz im formellen Sinn): Die konkreten Ansätze bzw. die konkreten Tarifrähmen für die Errichtung von öffentlichen Urkunden werden nämlich nicht auf Stufe des Gesetzes im formellen Sinn geregelt, sondern durch den Regierungsrat auf Verordnungsstufe (Verordnung über die Notariatsgebühren¹²).

⁹ Siehe dazu den Bericht der Arbeitsgruppe 1, S. 1.

¹⁰ Siehe dazu den Bericht der Arbeitsgruppe 1, S. 2.

¹¹ So auch Art. 52 Abs. 3 NG, wonach die Gebühren so auszugestalten sind, dass die Notarinnen und Notare in der Lage sind, die allgemeinen Unkosten zu finanzieren, eine angemessene Altersvorsorge aufzubauen und ein Einkommen zu erzielen, das ihrer Ausbildung und Verantwortung entspricht.

¹² GebVN; BSG 169.81.

3.3 Keine Evaluation der konkreten Gebühren für bestimmte Geschäfte

- 24 Nicht evaluiert werden im Rahmen der Auslegeordnungen der Gebührensysteme im Weiteren die konkreten Gebühren für bestimmte Geschäfte bzw. für eine bestimmte öffentliche Urkunde. Die nach Geschäft und Transaktionssumme bestimmte Gebühr hat in der politischen Diskussion zwar zweifelsfrei ihre Berechtigung. Hierbei handelt es sich aber nicht um eine Systemfrage, sondern im rechtlichen Kontext allenfalls um eine Frage der Äquivalenz zwischen staatlicher Leistung und Entgelt.¹³ Vergleiche über die Höhe einer Gebühr für ein konkretes Geschäft (z.B. Liegenschaftsverkauf mit einer Transaktionssumme von Fr. 1 Mio.) sind – mit Blick auf die sehr unterschiedlichen Marktkonstellationen (die Liegenschaftspreise im Kanton Jura unterscheiden sich erheblich zu jenen im Kanton Genf) – als Erkenntnisbasis mit Vorsicht zu verwenden. Bei einem Vergleich der konkreten Gebühren für bestimmte Geschäfte wäre im Übrigen zu berücksichtigen, welche Rahmenbedingungen für die Ausübung der hauptberuflichen notariellen Tätigkeiten bestehen (Umfang der kantonalen Berufspflichten, Umfang der kantonalen Organisations- und Verfahrensvorschriften, Umfang der kantonalen Aufsicht, Umfang der kantonalen Revisionspflicht etc.).
- 25 Im Kanton Bern bestimmt Art. 52 Abs. 1 NG, dass sich die Gebühren nach dem Arbeitsaufwand, der Bedeutung des Geschäfts, der von der Notarin oder vom Notar übernommenen Verantwortung sowie der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Klienten bemessen. Damit befindet sich der bernische Gesetzgeber im Einklang mit den Grundsätzen, die bei richterlicher Festsetzung eines umstrittenen Anwaltshonorars nach Art. 394 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)¹⁴ zur Anwendung gelangen.¹⁵
- 26 Wiederum gilt schliesslich, dass die Gebühren für ein konkretes Geschäft weniger vom Gebührensystem, denn von den konkreten, auf Verordnungsstufe festgesetzten Gebührenrahmen abhängen.

¹³ Kapitel II.2.3.

¹⁴ OR; SR 220.

¹⁵ WALTER FELLMANN, Anwaltsrecht, Bern 2010, N. 1214 bis 1216.

4. Die Gebührensysteme der Kantone mit freiberuflichem Notariat

4.1 Vorbemerkungen

27 Beim Entgelt für die hoheitlichen (hauptberuflichen) Tätigkeiten des Notars handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Kausalabgabe, mit welcher eine staatliche Leistung – das Erstellen einer öffentlichen Urkunde – abgegolten wird. Kausalabgaben lassen sich ganz grundsätzlich nach dem *Abgabensubjekt*, dem *Abgabenobjekt*, den *Bemessungsgrundlagen* sowie *allfälligen Ausnahmen* analysieren. Das Abgabeobjekt bzw. die Abgabenobjekte sind bei den hauptberuflichen Tätigkeiten durch das Bundeszivilrecht bestimmt. Es sind dies die im Schweizerischen Zivilgesetzbuch¹⁶ und im OR vorgesehenen öffentlichen Urkunden. Abgabensubjekte sind die jeweiligen Rechtssuchenden, auf deren Ersuchen eine Urkunde erstellt wird. Zwar können sich die kantonalen Rechtsordnungen in diesem Punkt hinsichtlich allfälliger Solidarhaftungsregelungen unterscheiden. Da diesem Punkt aber kaum systematische Bedeutung zukommt, wird auf allfällige unterschiedliche kantonale Regelungen über das Abgabensubjekt nicht weiter eingegangen.

28 Zu analysieren bleiben damit die *Bemessungsgrundlagen* und *allfällige Ausnahmen* von der Abgabepflicht. Zu untersuchen ist insbesondere auch, ob die Gebührensysteme eine *Abrede* zwischen Notar und Klient – in einem rechtlich vorgegebenen Rahmen oder auch nach „unten“ oder „oben“ offen – zulassen. Soweit die Rechtsgrundlagen eine Abweichung vom Tarif durch Parteiabrede erlauben, ist weiter zu erörtern, welche Rechtsfolgen an eine solche Abrede geknüpft sind (z.B. objektive Überprüfbarkeit der Angemessenheit der Abrede, Weiterbestehen oder Wegfall der öffentlich-rechtlichen Aufsicht und/oder des Moderationsverfahrens, Begründungserfordernis bei der Rechnungsstellung).

29 Gegliedert ist der Vergleich der Gebührensysteme in ein Unterkapitel zu den Kantonen mit einem Verbot der Ausübung anderer Tätigkeit (Ziff. 4.2) und in ein Unterkapitel zu den Kantonen, welche die gleichzeitige Ausübung weiterer Tätigkeiten zulassen (Ziff. 4.3).

4.2 Kantone mit einem Verbot der Ausübung weiterer Tätigkeiten

a) Kanton Genf

30 Im Kanton Genf sind die Notariatsgebühren im *Loi zur le notariat*¹⁷, im *Règlement d'exécution de la loi sur le notariat*¹⁸ und im *Règlement sur les émoluments des notaires*¹⁹ geregelt.

31 Für die Festsetzung der Gebühren für notarielle Leistungen verweist Art. 36 Abs. 1 LNot auf die Ausführungsgesetzgebung des Conseil d'État. In dieser (im REEmNot) sind die konkreten Gebühren weitgehend nach einem Promilletarif festgesetzt. Eine Regelung der Bemessungsgrundlagen auf Gesetzesstufe enthält die Notariatsgesetzgebung im Kanton Genf nicht. Die in Art. 36 Abs. 2 LNot bestimmten Bemessungs-

¹⁶ ZGB; SR 210.

¹⁷ LNot; E 6 05.

¹⁸ RNot; E 6 05.01.

¹⁹ REEmNot; E 6 05.03.

sungsgrundlagen für das Honorar (Komplexität, Bedeutung der Sache, übernommene Verantwortung und Situation des Klienten) gelten explizit nur für die nicht hoheitlichen Tätigkeiten des Notars.

- 32 Parteiabreden über die Höhe der Notariatsgebühren sind im Kanton Genf nicht vorgesehen. Art. 5 REmNot lässt aber die Reduktion der Gebühren je nach den Umständen und der Situation der betroffenen Person – also namentlich bei Mittellosigkeit – zu.

b) Kanton Waadt

- 33 Im Kanton Waadt sind die Notariatsgebühren im *Lois zur le notariat*²⁰, im *Règlement d'application de la loi sur le notariat*²¹ und im *Tarif des honoraires dus aux notaires pour des opérations ministérielles*²² geregelt.

- 34 Das LNo bestimmt die Entschädigung für die hoheitlichen Tätigkeiten des Notars als öffentlich-rechtliche Gebühren, welche durch den Conseil d'État festgesetzt werden (Art. 114 Abs. 2 LNo). Das Gesetz enthält – gleich wie im Kanton Genf – selbst keine Bemessungsgrundlagen. Die Ausführungsgesetzgebung sieht für die meisten Rechtsgeschäfte einen nach einem Promillesatz des Geschäftswertes festgesetzten Tarif vor (Art. 11, 12, 14, 20 und 26 TNo).

- 35 Parteiabreden über die Höhe der Notariatsgebühren sind im Kanton Waadt explizit ausgeschlossen (Art. 114 Abs. 2 LNo). Bei mittellosen Personen kann auf die Gebühr unter den Voraussetzungen der Ausführungsgesetzgebung verzichtet werden (Art. 114 Abs. 3 LNo). Im Weiteren sieht Art. 115 LNo eine Reduktion der Gebühr vor, soweit der Rechtsakt nicht zustande kommt.

4.3 Kantone, in denen die gleichzeitige Ausübung weiterer Tätigkeiten zulässig ist

a) Kanton Aargau

- 36 Im Kanton Aargau sind die Notariatsgebühren im Beurkundungs- und Beglaubigungsgesetz²³ sowie in der Beurkundungs- und Beglaubigungsverordnung²⁴ festgesetzt.

- 37 Nach § 70 Abs. 1 BeurG bemisst sich 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 nach einem *Promilletarif*. Die Gebühr für Beglaubigungen bemisst sich nach *festen Ansätzen* (§ 70 Abs. 2 BeurG). Die Gebühr für alle übrigen Verrichtungen bemisst sich gemäss § 70 Abs. 3 BeurG nach dem *Zeitaufwand* der Urkundsperson.

- 38 Die Höhe der Promillesätze und der dazugehörigen Maximal- und Minimalbeträge, die Höhe der festen Ansätze, die Höhe des Stundenansatzes sowie den Umfang des Auslagenersatzes hat der Grosse Rat in einem Dekret festgelegt (vgl. § 70 Abs. 4 BeurG).

²⁰ LNo; 178.11.

²¹ RLNo; 178.11.1.

²² TNo; 178.11.2.

²³ BeurG; SAR 295.200.

²⁴ BeurV, SAR 295.211.

- 39 Nach § 69 Abs. 1 BeurG darf vom Gebührentarif nach unten abgewichen werden. In welchen Fällen und in welcher Form dies geschieht, gibt die Bestimmung nicht vor. Mit Blick auf die Gesetzesmaterialien und das Urteil des Aargauer Verwaltungsgerichts vom 19. Februar 2014, publiziert in AGVE 2014 S. 255,²⁵ ist davon auszugehen, dass § 69 Abs. 1 BeurG eine Reduktion der Gebühr durch Parteiabrede zulässt.²⁶
- 40 Das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau hatte die Rechtmässigkeit der in § 69 Abs. 1 BeurG vorgesehenen Möglichkeit, vom Gebührentarif nach unten abzuweichen, in einem sog. Normkontrollgesuch zu beurteilen.²⁷ Der Beschwerde führende „Aargauische Notariatsgesellschaft“ machte geltend, die Bestimmung verstosse einerseits gegen „die Grundsätze der öffentlichen Beurkundung gemäss Zivilgesetzbuch“. Andererseits verletze die Norm die Verfassungsgrundsätze im öffentlichen Abgaberecht, namentlich das Gebot der Rechtsgleichheit.
- 41 Beide Rügen erachtete das Verwaltungsgericht als unbegründet. Die bundeszivilrechtlichen Minimalanforderungen für die Erstellung öffentlicher Urkunden werden nach Ansicht des Verwaltungsgerichts Aargau eingehalten, da nach § 23 BeurG weiterhin die sog. Urkundspflicht gelte (womit die Versorgung mit öffentlichen Urkunden generell sichergestellt sei) und die Berufspflichten in §§ 21 ff. BeurG (Unabhängigkeit, Sorgfalts- und Wahrheitspflicht, Rechtsbelehrungspflicht etc.) von der Möglichkeit der Tarifunterschreitung nicht berührt werden (womit die Qualität der Beurkundung gewährleistet sei). Das Verwaltungsgericht spricht im Zusammenhang mit der Möglichkeit, den Minimaltarif zu unterschreiten, von einer „beschränkten Vertragsfreiheit“. Es führt diesen Begriff zwar nicht im Detail aus, scheint darunter aber den Umstand zu verstehen, dass sich die (gesetzliche) Gebühr „nach Massgabe von §§ 1 ff. Notariatstarif für jedes Geschäft“ ermitteln lässt (es handelt sich insofern um eine einseitig festgelegte Gebühr), es den Parteien aber alternativ offen stehe, auf vertraglicher Basis – im „Wettbewerb“ – ein tieferes Entgelt zu vereinbaren.²⁸ Im Kanton Aargau gesellt sich neben das hoheitliche Gebührensystem demnach ein vertragliches System zur Preisbildung. Das Verwaltungsgericht hält zwar fest, dass die Kritik der Gesuchsteller aus systematischer Sicht teilweise begründet sei, hält aber fest, dass es im Rahmen des Normkontrollgesuchs lediglich zu prüfen habe, ob die kantonale Regelung mit dem übergeordneten Recht vereinbar ist.
- 42 Zur Rüge, die strittige Norm verletze die Verfassungsgrundsätze im öffentlichen Abgaberecht, hält das Verwaltungsgericht mit Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts fest, dass diese für die Notariatsgebühren grundsätzlich Geltung beanspruchen, deren Anwendung aber mit praktischen Schwierigkeiten verbunden sei. Insbesondere sei bei der Anwendung des Gleichbehandlungsgebots „nicht unwesentlich“, dass sich auch bei der Anwendung der herkömmlichen Tarifordnung Ungleichheiten ergeben können. So lasse auch ein Rahmentarif „gewisse Freiräume“ und vermöge „in der Praxis“ auch ein

²⁵ Siehe dazu sogleich die nachfolgende Randziffer.

²⁶ In AGVE 2014 S. 255, E. 6.3 S. 259, wird explizit festgehalten: „§ 69 Abs. 1 Satz 2 BeurG erlaubt den Notaren, vom bestimmbareren 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.“

²⁷ Beim Normkontrollgesuch handelt es sich um eine Form der abstrakten Normenkontrolle, bei welcher nicht Gebührenfestlegung in einem konkreten Fall geprüft wird, sondern durch die angerufene Rechtsmittelinstanz beurteilt wird, ob sich die angefochtene Bestimmung konform mit dem übergeordneten Rechts auslegen lässt.

²⁸ Das Verwaltungsgericht führt dazu in E. 7.4.2. aus: „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.“

Zwangstarif nicht die Gewährung von Rabatten auszuschliessen. Das Verwaltungsgericht schliesst daraus:

„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.“²⁹

- 43 Im Weiteren führt das Verwaltungsgericht aus, dass keine Anhaltspunkte bestünden, „dass die umstrittene Gebührenordnung die Anforderungen, die sich aus dem Prinzip der Rechtsgleichheit ergeben, nicht einhalten würde.“ Namentlich sei nicht anzunehmen, dass Urkundspersonen eine nicht kostendeckende Gebühr vereinbaren würden, zumal es nach dem Gesetz über den unlauteren Wettbewerb unzulässig sei, systematisch mit nicht kostendeckenden Angeboten andere Anbieter zu unterbieten. Weiter weist das Verwaltungsgericht darauf hin, dass auch die freiberufliche Urkundsperson eine amtliche, hoheitliche Tätigkeit ausübt und deshalb bei der Anwendung der strittigen Norm an die Grundsätze staatlichen Handelns der Verfassung (Art. 5 BV) gebunden sei. Dies führt das Verwaltungsgericht zum folgenden Schluss:

„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.“³⁰

- 44 Abschliessend hält das Verwaltungsgericht fest, dass zureichend sichergestellt sei, „dass in der Praxis [nur] sachliche Gründe zu einer Unterschreitung der kostendeckenden Gebühr führen.“³¹

b) Kanton Bern

- 45 Im Kanton Bern sind die Notariatsgebühren im Notariatsgesetz, in der Notariatsverordnung³² und in der Verordnung über die Notariatsgebühren geregelt.
- 46 Nach Art. 52 Abs. 1 NG bemisst sich die Notariatsgebühr nach (1.) dem Arbeitsaufwand, (2.) nach der Bedeutung des Geschäfts, (3.) nach der von der Notarin oder vom Notar übernommenen Verantwortung sowie (4.) nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der regierenden Partei.

²⁹ AGVE 2014 S. 255, E. 8.3.

³⁰ AGVE 2014 S. 255, E. 8.4.3.

³¹ AGVE 2014 S. 255, E. 10.2.

³² NV; BSG 169.112.

47 Die konkreten Gebühren sind nach Art. 52 Abs. 3 NG in der Ausführungsgesetzgebung so auszugestalten, dass die Notarinnen und Notare in der Lage sind, die allgemeinen Unkosten zu finanzieren, eine angemessene Altersvorsorge aufzubauen und ein Einkommen zu erzielen, das ihrer Ausbildung und Verantwortung entspricht. Weiter gibt Art. 52 Abs. 4 NG vor, dass zur Errichtung öffentlicher Urkunden über Geschäfte mit Geschäftswert ein gestaffelter Rahmentarif und zur Errichtung öffentlicher Urkunden über Geschäfte ohne Geschäftswert ein Rahmentarif für die Gebühren vorzusehen ist. Innerhalb des Tarifrahmens richtet sich die Notariatsgebühr nach den dargestellten Bemessungsgrundsätzen gem. Art. 52 Abs. 1 NG.

48 Eine Ausnahme- oder Reduktionsbestimmung kennt das NG nicht. In der Ausführungsgesetzgebung wird geregelt, dass in den Fällen, da das beurkundete Rechtsgeschäft nicht rechtsgültig wird oder es nach der Rogation nicht zur Errichtung einer öffentlichen Urkunde kommt, die tariferte Gebühr angemessen zu reduzieren ist, wobei der Tarifrahmen unterschritten werden kann (Art. 4 Abs. 1 GebVN).

c) Kanton Basel-Landschaft

49 Im Kanton Basel-Landschaft sind die Notariatsgebühren im Notariatsgesetz³³, in der Notariatsverordnung³⁴ und in der Verordnung über die Notariatsgebühren³⁵ geregelt.

50 Nach § 45 Abs. 1 des Notariatsgesetzes bemisst sich die Gebühr für Beurkundungen und die damit verbundenen Beratungen nach dem Aufwand und nach einem angemessenen Stundenansatz. Auf Verordnungsstufe sind die Stundenansätze definiert, wobei innerhalb des vorgegebenen Rahmens der konkrete Stundenansatz (1.) nach Schwierigkeit und Bedeutung der Sache, (2.) der damit verbundenen Verantwortung und (3.) den persönlichen und finanziellen Verhältnissen der zahlungspflichtigen oder der auftraggebenden Person bestimmt wird (§ 8 der NotGebV). Zudem sieht § 9 der NotGebV Rahmengebühren für Ehe- und Erbverträge, für letztwillige Verfügungen, für die Gründung von Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung, für Handänderungsverträge bezüglich Liegenschaften, für Dienstbarkeitsverträge und für die Errichtung von Grundpfandrechten vor.

51 Die Notariatsgebühren können auf Gesuch hin ermässigt oder vollständig erlassen werden,³⁶ wenn ein *finanzieller Härtefall* vorliegt (§ 45 Abs. 3 Notariatsgesetz). Für vollständig erlassene Gebühren haben die Notarinnen und Notare Anspruch auf Erstattung gegenüber dem Kanton; eine blosse Gebührenermässigung begründet keinen derartigen Anspruch (§ 45 Abs. 6 Notariatsgesetz). Weitere Ausnahmen oder Reduktionsgründe sieht die Gesetzgebung nicht vor. § 2 NotGebV bestimmt, dass die Aufwandgebühr auch geschuldet ist, wenn ein Geschäft nicht zustande kommt.

³³ SGS 217.

³⁴ NotV; SGS 217.11.

³⁵ NotGebV; SGS 217.13.

³⁶ Über Ermässigungen entscheidet die Notarin bzw. der Notar, über Gesuche um vollständigen Gebührenerlass der Regierungsrat.

52 Die NotGebV sieht in § 9 Abs. 1 für eine Reihe von Geschäften Rahmengebühren vor. Innerhalb des dort definierten Gebührenrahmens wird entsprechend dem tatsächlichen Zeitaufwand nach den festgelegten Stundenansätzen abgerechnet. Im Weiteren gilt nach § 9 Abs. 3 NotGebV:

„Ist der tatsächliche Zeitaufwand ausnahmsweise durch die Obergrenze des Gebührenrahmens nicht gedeckt, so kann diese überschritten werden. Der tatsächliche Mehraufwand und die aufwandmehrenden Tatbestände sind gegenüber den Leistungsempfängerinnen und Leistungsempfängern auszuweisen und nachvollziehbar zu begründen.“

53 Schliesslich sieht § 10 NotGebV für gewisse, kleinere Verrichtungen feste Gebührenansätze bis max. Fr. 250.- vor.

d) Kanton Basel-Stadt

54 Im Kanton Basel Stadt sind die Notariats*honorare* (es handelt sich nach verwaltungsrechtlicher Terminologie um Gebühren) im Notariatsgesetz³⁷, in der Verordnung zum Notariatsgesetz des Kantons Basel-Stadt³⁸ und in der Verordnung über die Notariatsgebühren³⁹ geregelt.

55 Nach § 57 Abs. 1 Notariatsgesetz bemisst sich der *Honoraranspruch* für die Tätigkeiten des Notars gemäss der vom Regierungsrat erlassenen Verordnung. § 11 der Verordnung über den Notariatstarif enthält in Ziff. 1 bis 42 für alle Tätigkeiten einzeln bestimmte Tarifansätze. Dabei wird nach Rahmentarif, Festtarif und Tarif nach Zeitaufwand unterschieden.

56 Der in der Verordnung festgelegte Tarif ist gemäss § 57 Abs. 1 Notariatsgesetz bindend. Abweichungen sind nur in den in der Verordnung vorgesehenen Ausnahmefällen zulässig. Nach § 8 der Verordnung über den Notariatstarif kann die Gebühr unter den vorgegebenen Minimalrahmen „ermässigt oder erlassen“ werden, wenn eine Partei bedürftig ist, einen gemeinnützigen Zweck verfolgt oder das Wertinteresse gering ist.

e) Kanton Freiburg

57 Im Kanton Freiburg sind die Notariatsgebühren im Gesetz über das Notariat⁴⁰, im Reglement zur Ausführung des Gesetzes über das Notariat⁴¹ und im Gebührentarif der Notare⁴² geregelt.

58 Nach Art. 29 Abs. 1 NG bemisst sich die Gebühr nach einem vom Staatsrat festgelegten Tarif. Die Direktion kann die Höhe dieser Tarife der Entwicklung der Lebenshaltungskosten anpassen (Art. 29 Abs. 4 NG). Art. 4 des Gebührentarifs der Notare sieht für eine grosse Anzahl von Rechtsgeschäften eine nach Promille des Geschäftswerts bestimmte Gebühr vor. Für eine geringe Anzahl von Rechtsgeschäften, insbeson-

³⁷ SG 292.100.

³⁸ Notariatsverordnung, NoVo; SG 292.110.

³⁹ SG 292.400.

⁴⁰ NG; SGF 261.1.

⁴¹ SGF; 261.11.

⁴² SGF; 261.16.

dere solche ohne Geschäftswert, wird in Art. 5 des Gebührentarifs eine Rahmengebühr und für Beglaubigungen und beglaubigte Abschriften eine Festgebühr vorgeschrieben. Die Bemessungsgrundlagen für die Gebühren werden gesetzlich nicht weiter bestimmt.

- 59 Nach Art. 29 Abs. 5 NG ist es dem Notar explizit untersagt, die tariflich festgesetzten Beträge zu ändern oder sich auf die Gewährung von Kommissionen in irgendwelcher Form einzulassen. In Ausnahmefällen kann die Direktion eine Ermässigung der Gebühren bewilligen. In welchen Fällen eine solche bewilligungsfähige Ausnahme vorliegt, ist dem NG nicht zu entnehmen.

f) Kanton Jura

- 60 Im Kanton Jura sind die Notariatsgebühren im *Loi sur le notariat*⁴³, in der *Ordonnance portant exécution de la loi sur le notariat*⁴⁴ und im *Décret concernant les émoluments des notaires*⁴⁵ geregelt.

- 61 Nach Art. 21 Abs. 3 *Loi sur le Notariat* sind die Gebühren grundsätzlich in einem vom Parlament erlassenen Dekret festgelegt. Für Tätigkeiten, für welche kein Tarif festgelegt wurde, ist die Festlegung durch Vereinbarung zwischen Notar und Klient zulässig (ebenfals 21 Abs. 3 *Loi sur le Notariat*). Gleichzeitig sieht Art. 3 *Décret concernant les émoluments des notaires* aber vor, dass für den Fall, dass für ein zu beurkundendes Rechtsgeschäft kein Tarif vorgesehen ist, jener Tarif durch Analogie zur Anwendung gelangt, welcher dem betroffenen Rechtsgeschäft am nächsten kommt.

- 62 Die konkreten Tarife sind im *Décret concernant les émoluments des notaires* in den Art. 9 bis 16 für die meisten Rechtsgeschäfte nach einem Promilleansatz des Geschäftswerts festgelegt. Für einige, wenig bedeutende Geschäfte sehen die Art. 17 und 18 des Dekrets Festgebühren vor. Eine Gebühr nach Aufwand ist gemäss Art. 6 Abs. 1 des Dekrets nur für die „activité accessoire“, also die nebenberuflichen Tätigkeiten des Notars (die gerade nicht Gegenstand des vorliegenden Vergleichs bilden), sowie für die Fälle vorgesehen, in welchen auch durch Analogieschluss keine der festgelegten Gebühren zur Anwendung gelangen kann (Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 *Décret concernant les émoluments des notaires*).

- 63 Eine Reduktion der Gebühren sieht das Dekret vor, sofern sich ein Klient in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen befindet. Die Gebühren sind diesfalls in einer Höhe festzusetzen, welche der Klient zu tragen im Stande ist (Art. 7 Abs. 1 *Décret concernant les émoluments des notaires*).

⁴³ RSJU 189.11.

⁴⁴ RSJU 189.112.

⁴⁵ RSJU 189.61.

g) Kanton Neuenburg

64 Im Kanton Neuenburg sind die Notariatsgebühren im Loi sur le notariat⁴⁶, im Règlement d'exécution de la loi sur le notariat⁴⁷ und im Arrêté fixant le tarif des émoluments des notaires⁴⁸ geregelt.

65 Für die öffentlichen Urkunden sind nach Art. 44 i.V.m. Art. 43 Bst. a LN Gebühren gemäss dem vom Conseil d'Etat erlassenen Tarif geschuldet. Die Gebühren sind in Art. 14 *Arrêté fixant le tarif des émoluments des notaires* im Detail nach Rechtsgeschäft festgelegt, wobei teilweise eine Rahmengebühr, teilweise eine nach Geschäftswert festgelegte Gebühr (degressive Promillegebühr) und für wenige Fälle eine Festgebühr vorgesehen ist. Sofern Art. 14 eine Rahmengebühr vorsieht, ist die konkrete Gebühr nach (1.) dem Zeitaufwand, (2.) nach der Art des Geschäfts, (3.) nach der Bedeutung des Geschäfts, (4), nach der Schwierigkeit des Geschäfts und (5) nach der übernommenen Verantwortung festzusetzen (Art. 8 *Arrêté fixant le tarif des émoluments des notaires*).

66 Das Abweichen von den vorgegebenen Notariatsgebühren durch Parteiabrede ist nach Art. 46 LN explizit ausgeschlossen.

h) Kanton Tessin

67 Im Kanton Tessin sind die Notariatsgebühren im Legge sul notariato⁴⁹, im Regolamento sul notariato⁵⁰ und im Legge sulla tariffa notarile⁵¹ geregelt.

68 Nach Art. 90 Legge sul notariato wird die *Obergrenze* der Gebühren und Aufwendungen, die dem Notar für seine amtliche Tätigkeit zustehen, in einem Tarif festgelegt. Dem entspricht, dass in Art. 91 des Gesetzes nur für den Fall einer überhöhten Festsetzung der Gebühren Disziplinar massnahmen in Aussicht genommen werden. Auch das Legge sulla tariffa notarile, in welchem die Gebühren nach Rechtsgeschäft bestimmt sind, hält in Art. 1 Abs. 5 fest, dass es sich um *Maximalgebühren* handelt. Das Gesetz enthält zwar Vorgaben zur Bemessung der Gebühren ([1] wirtschaftliche Bedeutung des Geschäfts, [2] die besonderen Umstände des Geschäfts und [3] der Zeitaufwand), lässt aber Abweichungen bei der Gebührensatzung ganz allgemein zu. Eine Festsetzung der Gebühr innerhalb des Gebührenrahmens durch Parteiabrede ist gesetzlich zwar nicht explizit vorgesehen, umgekehrt aber auch nicht ausgeschlossen.

69 In der Praxis richten sich die Notariatsgebühren im Kanton Tessin grundsätzlich nach der Maximalgebühr, von welcher bei besonderen Konstellationen nach den gesetzlichen Bemessungsgrundsätzen Abzüge gemacht werden.

⁴⁶ LN; RSN 166.10.

⁴⁷ RELN; RSN 166.101.

⁴⁸ RSN 166.31.

⁴⁹ RLT 3.2.2.1.

⁵⁰ RN; RLT 3.2.2.1.1.

⁵¹ RLT 3.2.2.2.

i) Kanton Uri

70 Im Kanton Uri sind die Notariatsgebühren in der Verordnung über das Notariat⁵² und im Reglement betreffend die Ausführung der Verordnung über das Notariat⁵³ geregelt. Es besteht insofern eine Besonderheit, als dass der Notariatstarif – welcher als Anhang zur Verordnung über das Notariat in der kantonalen Rechtssammlung publiziert ist – durch die Mitgliederversammlung des Urner Anwalts- und Notarenverbandes erlassen wird. In Art. 38 Abs. 3 der Verordnung über das Notariat wird lediglich festgehalten, dass sich die Höhe der vom Notar zu beziehenden Gebühren nach dem der Verordnung beigefügten Tarif richtet.

71 Der Notariatstarif unterscheidet nach einer Grundgebühr für die Beurkundung von notariellen Rechtsgeschäften, einer Ergänzungsgebühr für den zusätzlichen Vorbereitungs- und Beurkundungsaufwand, einer Vollzugsgebühr und dem Honorar für die anderen, nicht spezifisch notariellen Dienstleistungen. Als Besonderheit ist dabei die Ergänzungsgebühr für den zusätzlichen Vorbereitungsaufwand zu bezeichnen.⁵⁴ Nach Ziff. 12 des Notariatstarifs der Urner Notarinnen und Notare vom 25. März 2014 (Stand 17. März 2015) gilt:

„Zusätzlicher Vorbereitungsaufwand

Mit der Grundgebühr gemäss Abschnitt II. ist ein Vorbereitungsaufwand von einer Stunde abgegolten. Darüber hinaus gehender Vorbereitungsaufwand ist im Stundenansatz gemäss Ziffer 4 zu entschädigen.“

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass der Notariatstarif nur einen Stundensatz für die Notarinnen und Notare kennt, nicht aber für die Notariatsfachangestellten.

72 Die Höhe der Grundgebühr kann bei Rechtsgeschäften ab einem bestimmten Geschäftswert durch Vereinbarung zwischen dem Notar und dem Klienten festgesetzt werden, darf aber die Minimalgebühr nicht unterschreiten (Ziff. 8.3 des Notariatstarifs). Im Weiteren kann die Grundgebühr durch den Notar angemessen ermässigt werden, wenn der Gebührenschuldner wirtschaftlich besonders schlecht gestellt ist (Ziff. 8.2 des Notariatstarifs). Wird eine abgefasste Urkunde nicht beurkundet, so ist nach Ziff. 8.1 des Notariatstarifs der konkrete Aufwand für die Beratungs- und Vorbereitungstätigkeit, mindestens jedoch die Hälfte der Grundgebühr geschuldet.

73 Die Bemessung des Stundenansatzes, welcher gemäss Ziff. 4.1 des Notariatstarifs zwischen Fr. 250.- und Fr. 350.- liegt, richtet sich nach (1) der rechtlichen Komplexität, (2) der wirtschaftlichen Bedeutung, (3) der Dringlichkeit, (4) den erforderlichen Fremdsprachenkenntnissen sowie (5) der Erfahrung der Notarin oder des Notars.

⁵² RB 9.2311. Die Verordnung von Landrat (Legislative) erlassen, womit ihr prima vista der Charakter eines Gesetzes im formellen Sinne zukommt.

⁵³ RB 9.2313.

⁵⁴ Die Ergänzungsgebühr für den Beurkundungsaufwand und die Vollzugsgebühr ist demgegenüber in der Sache üblich; häufig aber unter anderer Bezeichnung.

j) Kanton Wallis

- 74 Im Kanton Wallis sind die Notariatsgebühren im Notariatsgesetz⁵⁵, im Reglement betreffend Notariatsgesetz⁵⁶ und im Reglement über den Tarif der Gebühren und der Auslagen der Notare⁵⁷ geregelt.
- 75 Das Notariatsgesetz unterscheidet in Art. 46 Abs. 1 Bst. a und b nach einer verhältnismässigen oder festen Grundgebühr einerseits und einer Stundengebühr für Vorkehren, Handlungen und Formalitäten, welche ausnahmsweise für die Beurkundung einer komplexen Urkunde erforderlich sind, andererseits. Nach Art. 46 Abs. 3 Notariatsgesetz erlässt der Staatsrat den Tarif der Gebühren.
- 76 Im *Reglement über den Tarif der Gebühren und der Auslagen der Notare* werden für eine Vielzahl von Rechtsgeschäften, insbesondere solche mit bestimmtem Geschäftswert, die verhältnismässigen Gebühren festgesetzt. In der Regel erfolgt dies durch die Vorgabe eines Promilleansatzes nach Geschäftswert (Art. 11 bis 14 des Reglements).
- 77 Bei den sog. festen Gebühren gemäss Art. 15 bis 17 des *Reglements über den Tarif der Gebühren und der Auslagen der Notare* handelt es sich praktisch durchwegs um Rahmengebühren. Als Bemessungsgrundlage gibt Art. 17 des Reglements vor: (1) Wichtigkeit, (2) Schwierigkeit, (3) Verantwortung des Notars und (4) die Situation des Gebührenschuldners. Die Stundengebühr wird in Art. 18 des Reglements auf Fr. 250.- festgelegt (indexiert an den Landesindex der Konsumentenpreise).
- 78 Dem Notar ist es nach Art. 48 Abs. 1 Notariatsgesetz explizit untersagt, von den Tarifnormen abzuweichen. Unter den im Reglement vorgesehenen Voraussetzungen kann aber das zuständige Departement mittels begründetem Entscheid, welcher dem Notarenverband zur Information mitgeteilt wird, die Gebühr erlassen (Art. 48 Abs. 2 Notariatsgesetz). Für Urkunden, die der Form der öffentlichen Beurkundung nicht bedürfen, denen aber die Parteien diese Form geben wollen, werden die Gebühren nach Art. 51 Notariatsgesetz vor der Beurkundung vertraglich und gemäss den Schwierigkeiten des Rechtsgeschäftes festgelegt.

4.4 Kategorisierung

- 79 Zunächst ist festzustellen, dass alle Kantone für die hauptberufliche Tätigkeit der Notare ein öffentlich-rechtliches Gebührensystem vorschreiben, während die nebenberuflichen Tätigkeiten auf Grundlage eines zivilrechtlichen Vertrags – auf Honorarbasis – erbracht werden. Unterschiedlich sind die Abgrenzungen zwischen der hoheitlichen Erstellung der öffentlichen Urkunde und den privatrechtlichen Beratungstätigkeiten; namentlich hinsichtlich der Arbeiten im Vorfeld zur Beurkundung. Eine Preisbildung durch Angebot und Nachfrage sieht keines der evaluierten Gebührensysteme für die hauptberufliche Tätigkeit der Notare vor.

⁵⁵ Walliser Gesetzessammlung 178.1.

⁵⁶ Walliser Gesetzessammlung 178.101.

⁵⁷ Walliser Gesetzessammlung 178.104.

Die Evaluation der kantonalen Gebührensysteme (Ziff. 4.2 und 4.3 hiervor) lässt unterschiedliche Systeme der Gebührenbemessung erkennen. Hinsichtlich der Gebührenart lassen sich unterscheiden:

- *Festgebühr für Amtshandlung*: Für kleinere, wenig bedeutende Rechtsgeschäfte (z.B. Beglaubigungen) sehen viele Kantone eine im Betrag fest bestimmte Gebühr vor.
- *Promilletarif*: Der feste Promilletarif – ohne Degression – ist kaum anzutreffen. Soweit ein solcher besteht, ist er regelmässig mit einer Maximalgebühr verbunden.
- *Degressiver Promilletarif*: Insbesondere in den Kantonen der Westschweiz ist bei Rechtsgeschäften mit einem Geschäftswert ein Promilletarif, der mit zunehmender Höhe des Geschäftswerts abnimmt, der Regelfall. Auch mehrere Deutschschweizer Kantone sehen für Rechtsgeschäfte einen degressiven Promilletarif vor.
- *Rahmengebühr*: Alle untersuchten Gebührensysteme, mit Ausnahme des Gebührensystems im Kanton Uri, sehen für bestimmte Rechtsgeschäfte eine Rahmengebühr vor. Dies gilt namentlich auch für den Kanton Basel-Landschaft, der im Gesetz nur auf den Zeitaufwand und den angemessenen Stundenansatz verweist. Die Vorgaben, wie innerhalb des Rahmens die Gebühr konkret festgesetzt wird, unterscheiden sich von Kanton zu Kanton erheblich.
- *Gestaffelte Rahmengebühr*: Die gestaffelte Rahmengebühr, welche unter Berücksichtigung des betroffenen Geschäftsfeldes eine nach Geschäftswert differenzierte, degressive Bandbreite für die Gebühr vorgibt, ist selten anzutreffen (der Kanton Bern mit der breiten Anwendung der gestaffelten Rahmengebühr erscheint insofern als Ausnahme). Soweit gestaffelte Rahmengebühren bestehen, sind die Vorgaben zur Festsetzung der konkreten Gebühr von Kanton zu Kanton unterschiedlich.
- *Feste Stundengebühr*: Der Kanton Wallis ist der einzige Kanton, der für gewisse Rechtsgeschäfte eine im Betrag fixierte Zeitgebühr kennt. Der Anwendungsbereich der festen Stundengebühr ist im Wallis indessen relativ klein, da für die meisten Rechtsgeschäfte eine Promillegebühr oder eine Rahmengebühr vorgesehen ist.
- *Rahmen-Aufwandgebühr*: Mit Ausnahme des Kantons Wallis, der wie dargelegt einen festen Stundenansatz vorgibt, sehen alle kantonalen Gebührensysteme eine Aufwandgebühr mit einem Rahmen oder einen maximalen Stundenansatz (Kanton Bern und Tessin) vor. Der Anwendungsbereich der Aufwandgebühr variiert je nach Kanton stark.
- *Maximalgebühr*: Der Kanton Tessin kennt als einziger Kanton ein System mit nach Geschäftsfeld und Geschäftswert (Promilleansatz) festgesetzter Maximalgebühr; es handelt sich dogmatisch um einen nach unten offenen Gebührenrahmen.
- *Mischform (Grundgebühr plus Ergänzungsgebühr)*: Die im Kanton Uri praktizierte Erhebung einer Grundgebühr (feste Gebühr für Amtshandlungen bzw. degressiver Promilletarif für Rechtsgeschäfte mit Gegenstandswert) plus nach Aufwand geschuldeter Ergänzungsgebühr (Rahmen-Aufwandgebühr) ist in der Schweiz einzigartig.

Wesentliche Unterschiede bestehen auch bei der Zulässigkeit von Ausnahmen vom Gebührentarif:

- *Ermässigung oder Erlass aufgrund bescheidener wirtschaftlicher Verhältnisse:* Häufig anzutreffen ist die Möglichkeit, die Gebühren teilweise oder ganz zu erlassen, wenn der Rechtssuchende in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen lebt. Im Kanton Basel-Landschaft wird bei einem vollständigen Erlass die Gebühr vom Kanton erstattet.
- *Abweichung aufgrund vorgegebener Tatbestandsvoraussetzungen:* Mehrere Kantone (z.B. Kanton Wallis und Basel-Stadt) sehen die Möglichkeit einer Abweichung vom Tarif „nach unten“ bei gegebenen Tatbestandsvoraussetzungen vor. So kann z.B. die Gemeinnützigkeit des Rechtssuchenden im Kanton Basel-Stadt ein Grund sein, auf die Gebühr ganz oder teilweise zu verzichten. Die Ausnahmen bleiben in diesen Fällen objektiv überprüfbar; es besteht aber ein Entschliessungsermessen auf Seiten der Notare.
- *Überschreitung der Tarifobergrenze:* Der Kanton Basel-Landschaft sieht als einziger Kanton die Möglichkeit der Überschreitung der Obergrenze des Gebührenrahmens vor, wenn der Zeitaufwand ausnahmsweise durch die Gebühr nicht gedeckt ist. Diesfalls sind der tatsächliche Mehraufwand und die aufwandmehrenden Tatbestände auszuweisen und nachvollziehbar zu begründen.
- *Generelle Zulässigkeit der Unterschreitung des Gebührentarifs:* Der Kanton Aargau kennt als einziger Kanton eine Regelung, wonach von den im Tarif festgesetzten Gebühren nach unten abgewichen werden darf. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte damit namentlich auch die parteiautonome Abweichung vom Tarif durch eine Vereinbarung zwischen Notar und Klient ermöglicht werden.
- *Bewilligungspflichtige Unterschreitung:* Mehrere Kantone knüpfen die Zulässigkeit der Unterschreitung der Gebühr bzw. des Gebührenrahmens an eine Bewilligung einer kantonalen Verwaltungsstelle. Zum Teil werden Voraussetzungen für eine solche Bewilligung festgelegt (z.B. Kanton Wallis), zum Teil reichen irgendwelche sachlichen Gründe (z.B. Kanton Freiburg).
- *Nach unten offener Gebührenrahmen:* Als Sonderfall ist der Kanton Tessin zu bezeichnen, der – wie dargelegt – „nur“ eine Maximalgebühr kennt. Der Verzicht auf eine Gebühr bleibt damit an sich im gesetzlichen Rahmen, womit es sich dogmatisch nicht um eine Ausnahme vom Tarif, sondern um eine Anwendung der Tarifvorschriften handelt.

Der einzige Kanton, welcher für gewisse Rechtsgeschäfte (mit hohem Geschäftswert) explizit eine Festsetzung der Gebühr durch Vereinbarung zwischen Notar und Klient vorsieht, ist der Kanton Uri. Die im Gebührentarif festgelegte Minimalgebühr darf mit einer solchen Vereinbarung aber nicht unterschritten werden.

4.5 Zwischenfazit

- 83 Die Gebührensysteme unterscheiden sich von Kanton zu Kanton erheblich. Die Vergleichbarkeit wird durch eine sehr unterschiedliche Normdichte, die nicht einheitliche Abgrenzung der durch die Gebühren abgolgten Tätigkeiten des Notars sowie unterschiedliche Terminologien⁵⁸ erschwert. Alle Kantone – auch der Kanton Basel-Landschaft, der im Gesetz für die Gebührenbemessung nur auf den zeitlichen Aufwand und einen angemessenen Stundenansatz verweist – sehen nach Geschäftsfeldern differenzierte Tarife vor. Tendenziell lässt sich sagen, dass die Kantone der Westschweiz die Gebühren eher nach einem Promilleansatz des Geschäftswerts festlegen, wogegen in der Deutschschweiz eher der Zeitaufwand bei der Gebührenbemessung im Zentrum steht.
- 84 Alle Kantone sehen grundsätzlich eine einseitige Festsetzung der im Einzelfall geschuldeten Gebühr durch den Notar vor. Eine konsensuale Festlegung der Gebühr durch eine Vereinbarung zwischen Notar und Klient sieht – eingegrenzt auf wenige Fälle mit hohem Geschäftswert – einzig der Kanton Uri explizit vor; wobei die im Tarif festgelegte Minimalgebühr nicht unterschritten werden darf.
- 85 Mit Blick auf die Frage nach einer möglichen Einführung von Wettbewerbselementen bemerkenswert sind die Regelungen im Kanton Aargau und im Kanton Tessin: Beide Kantone lassen – nach dem Verständnis des Unterzeichnenden – eine Absprache zwischen Notar und Klient über die konkrete Höhe der Gebühr zu. Auch in den Kantonen Aargau und Tessin bleibt die Tätigkeit des Notars aber eine hoheitliche und sind die Gebührenverhältnisse dem öffentlichen Recht zugewiesen.

⁵⁸ Zum Beispiel ist in der Gesetzgebung des Kantons Basel-Stadt von Honorar und Honoraranspruch die Rede, wo es sich nach hier verwendeter Begrifflichkeit um eine öffentlich-rechtliche Gebühr bzw. einen Gebührenanspruch handelt

5. Vor- und Nachteile der Systeme

86 Mit einem Gebührensystem sind immer auch mittelbare, rechtliche und tatsächliche Folgen verknüpft, welche es im Auge zu behalten gilt. Im vorliegenden Unterkapitel werden die unter Kap. II.4. evaluierten Systeme hinsichtlich einzelner Vor- oder Nachteile untersucht. Welches Gewicht diesen Punkten beigegeben wird, ist eine politische Frage, welche vorliegend nicht weiter zu erörtern ist.

5.1 Analyse nach Möglichkeit der Querfinanzierungen zwischen Tätigkeiten

87 Die Gebührentarife für die Notare sind grundsätzlich so ausgestaltet, dass Geschäfte mit hohem Geschäftswert höhere Gebühren auslösen, mit welchen der Ausfall ausgeglichen wird, der bei tiefen Geschäftswerten entsteht, für welche tiefe, z.T. nicht kostendeckende Gebühren⁵⁹ vorgesehen sind. Dies führt zu einer Querfinanzierung von Geschäften mit hohem Geschäftswert zugunsten der Rechtsgeschäfte mit kleinem oder ohne Geschäftswert.

88 Dieses Tarifsystem soll sozial ausgleichend wirkend, weshalb sich dafür der Begriff „Sozialtarif“ eingebürgert. Der Sozialtarif hat seine Berechtigung darin, dass er jedermann den Zugang zur öffentlichen Beurkundung, auch von Geschäften mit keinem oder tiefem Geschäftswert, ermöglicht. In den Gebührensystemen der Kantone zeichnet sich der Sozialtarif durch eine historische Konstanz aus. Dies lässt den Schluss zu, dass er grundsätzlich politisch gewünscht ist.

89 Nicht möglich ist eine Querfinanzierung bzw. ein Sozialtarif bei Systemen, bei welchen die Gebühr lediglich nach Aufwand bemessen wird. Je mehr der tatsächliche Aufwand bei der Bemessung der Gebühr gewichtet wird, desto mehr gleichen sich die Gebühren für öffentliche Urkunden in einem Geschäftsfeld (unabhängig des Geschäftswerts) an. Tendenziell lässt sich demnach sagen, dass eine verstärkte Berücksichtigung des Zeitaufwands bei den heute tiefen Gebühren zu einer Erhöhung und bei den heute hohen Gebühren zu einer Senkung führen würde.

90 An sich denkbar wäre auch die Querfinanzierung unterschiedlicher Geschäftsfelder (z.B. Entlastung der handelsrechtlichen Urkunden zu Lasten der sachenrechtlichen Urkunden). Ein solches System der Querfinanzierung unterschiedlicher Geschäftsfelder besteht in der Schweiz derzeit aber nicht.

5.2 Komplexität der Systeme

91 Die Gebührensysteme sind für die Notare und die Rechtssuchenden mitunter nicht einfach zu verstehen und anzuwenden. Am einfachsten anzuwenden sind feste, im Betrag genau definierte Tarife für notarielle Tätigkeiten ohne Ermessensspielraum. Auch Promilletarife sind vergleichsweise einfach anzuwenden, da sie keinen Ermessensspielraum beinhalten. Sowohl Festgebühren als auch Promilletarife sind für den Klienten ohne weiteres nachvollziehbar.

⁵⁹ Als Beispiel sei der Verkauf einer Waldparzelle mit einer Parzellierung genannt.

92 An sich ebenfalls klar und für den Notar leicht anwendbar sind Aufwand- bzw. Stundengebühren. Für den Klienten kann aber im Einzelfall schwierig nachvollziehbar sein, welchen zeitlichen Aufwand der Notar für ein Rechtsgeschäft bzw. dessen Vorbereitung tatsächlich hatte. Sobald Aufwandgebühren mit einer Begrenzung auf den „gebotenen Aufwand“ gekoppelt werden und sich an den üblichen Bemessungskriterien (insbesondere: Deckung der allgemeinen Unkosten, Bedeutung des Geschäfts, Verantwortung des Notars, Ausbildung und besonderes Können des Notars und dessen Mitarbeiter) zu orientieren haben, nimmt die Komplexität zu.

93 Rahmengebühren und gestaffelte Rahmengebühren sind im Vergleich zu den Festgebühren, den Promillegebühren und den Aufwandgebühren komplexer, da innerhalb des Rahmens die konkrete Gebühr nach definierten Bemessungsgrundsätzen festgesetzt werden muss.

5.3 Flexibilität der Systeme

94 Die Flexibilität eines Gebührensystems verhält sich regelmässig gerade gegenteilig zur vorgängig erörterten Komplexität: Je einfacher ein Gebührensystem ist, desto starrer ist es grundsätzlich auch. So sind Festgebühren und Promillegebühren zwar – wie dargelegt – einfach handzuhaben. Sie lassen aber keinen Spielraum zu, um beispielsweise die Komplexität eines Geschäfts bei der Gebührenfestsetzung mit zu berücksichtigen.

95 Rahmengebühren und gestaffelte Rahmengebühren sind in der Anwendung zwar schwierig, lassen sich aber im Einzelfall flexibler anwenden.

5.4 Gebührenfestsetzung durch Parteiabreden

96 Die Festsetzung einer Gebühr (bzw. des Notariatsentgelts)⁶⁰ durch Vereinbarung unter den Parteien wirkt auf den ersten Blick insofern bestechend, als eine solche konsensuale Gebührenbemessung sowohl einfach anwendbar als auch flexibel erscheint. Ein Rechtssuchender, der nur selten auf eine notarielle Dienstleistung angewiesen ist, dürfte aber Schwierigkeiten haben, zu beurteilen, ob das ihm vom Notar vorgelegte Angebot für die Errichtung einer öffentlichen Urkunde „gut“ ist. Notare werden zudem nur bei lukrativen Geschäften bereit sein, mit dem Klienten eine Vereinbarung einzugehen. Ein System, bei welchem die Gebühren generell durch Vereinbarung festgesetzt werden, würde demnach (mutmasslich) zu einer Erhöhung der Kosten der heute querfinanzierten Tätigkeiten führen.

97 Von einem System, welches Parteiabreden zulässt, würden insbesondere Unternehmungen profitieren, welche es gewohnt sind, im Einkauf besondere Konditionen auszuhandeln und die mit Blick auf die Anzahl benötigter öffentlicher Urkunden auch über eine gewisse Nachfragemacht verfügen.

⁶⁰ Zur Terminologie siehe Kap. II.1.1.

-
- 93 Soweit eine Parteiabrede über die Gebührenhöhe gesetzlich zugelassen wird, stellt sich zudem die Frage, ob eine solche vereinbarte Gebühr rechtlich noch überprüft werden kann.
- 99 Zur Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit von Parteiabreden zur Festsetzung der Gebühren wird auf das direkt anschließende Kapitel II. verwiesen.

II. Rechtlicher Rahmen für ein Gebührensystem für das freiberufliche Notariat

1. Einordnung der Notariatsgebühren im System der öffentlichen Abgaben

1.1 Die Notariatsgebühr als öffentliche Abgabe

100 Der Begriff der öffentlichen Abgabe wird in der Lehre und Rechtsprechung nicht durchwegs einheitlich verwendet. Nach heute – jedenfalls im allgemeinen Verwaltungsrecht – wohl allgemein anerkannter Auffassung⁶¹ sind öffentliche Abgaben (1.) Geldleistungen auf (2.) öffentlich-rechtlicher Grundlage, die (3.) das Gemeinwesen oder von diesem ermächtigte Dritte (4.) kraft staatlicher, auf Verfassung oder Gesetz gestützter Finanzhoheit (5.) den Privaten (6.) in den gesetzlichen Formen (7.) einseitig auferlegt.

101 Hinsichtlich der Notariatsgebühren für die hauptberuflichen Tätigkeiten der Notare lässt sich zu diesen grundsätzlichen Merkmalen das Folgende festhalten:

(1.) *Geldleistungen*: Keine öffentlichen Abgaben stellen geldwerte, aber nicht in Geld erbrachte Leistungen wie die Übertragung von Sachen oder Naturalleistungen dar. Dies erscheint hinsichtlich der Notariatsgebühren grundsätzlich unproblematisch. Immerhin lässt sich bereits festhalten, dass eine staatliche Gebührenordnung nicht ins Belieben der Parteien stellen kann, in welcher Form die Gegenleistung für die hauptberufliche notarielle Tätigkeit erfolgt. Der Erlass einer Gebühr als „Sponsoring“ erscheint beispielsweise bei einer öffentlichen Abgabe unzulässig.

(2.) *Öffentlich-rechtliche Grundlage*: Öffentliche Abgaben sind gestützt auf eine gesetzliche Grundlage des öffentlichen Rechts geschuldet. Geldleistungen, die aufgrund eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses geschuldet sind (z.B. das Entgelt für die nebenberuflichen Tätigkeiten des Notars), sind keine öffentlichen Abgaben.⁶²

(3.) *Gemeinwesen oder durch das Gemeinwesen ermächtigter Dritter*: Öffentliche Abgaben werden zwar in der Regel, aber nicht notwendigerweise, durch das Gemeinwesen (Bund, Kanton, Gemeinde) selbst erhoben. Gestützt auf eine rechtlich hinreichende Ermächtigung können auch Private – wie freiberuflich tätige Notare – öffentliche Abgaben erheben. Die Rede ist diesfalls von einer Beleihung.

(4.) *Gestützt auf staatliche Finanzhoheit*: Öffentliche Abgaben darf nur erheben, wer dazu durch Verfassung oder Gesetz ermächtigt ist. Staatliche Gemeinwesen verfügen grundsätzlich über originäre „Abgabehoheit“, die auch die Befugnis zur Erhebung öffentlicher Abgaben umfasst. Dritte – wie namentlich auch freiberufliche Notare – bedürfen dazu einer expliziten und konkreten gesetzlichen Ermächtigung durch ein Gemeinwesen. Wie detailliert diese Ermächtigung erfolgen muss, ist eine Frage des Legalitätsprinzips (siehe hierzu Ziff. 2.1).

⁶¹ Statt vieler PIERRE TSCHANNEN/UELI ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Bern 2014, S. 551; DANIELA WYSS, Kausalabgaben, Basel 2009, S. 4; mit weiteren Hinweisen.

⁶² TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 61), S. 551.

(5.) *Privaten*: Öffentliche Abgaben werden „im Aussenverhältnis“ erhoben. Notare treten im Bereich der hauptberuflichen Tätigkeiten mithin nicht auf „Augenhöhe“ mit ihren Klienten in Kontakt, sondern sie sind diesen übergeordnet. Die Tätigkeit der Notare ist demnach eine hoheitliche.

(6.) *In den gesetzlichen Formen*: Öffentliche Abgaben bedürfen nach dem Legalitätsprinzip einer spezifischen gesetzlichen Grundlage. Eine „Blankoermächtigung“ oder der bloße Verweis auf die Festlegung der Abgabe durch Übereinkunft der Parteien, ist bei öffentlichen Abgaben nicht möglich. Wiederum sei weiterführend auf die Ausführungen zum Legalitätsprinzip verwiesen (Ziff. 2.1).

(7.) *Einseitig auferlegt*: Das Gemeinwesen bzw. im Falle der Notariatsgebühren der durch das Gemeinwesen ermächtigte Notar legt die Abgabe und deren Höhe einseitig und damit „hoheitlich“ fest. Aufgrund eines (privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen) Vertrags geschuldete Geldleistungen sind keine öffentlichen Abgaben im abgaberechtlichen Sinn; sie beruhen vielmehr auf einem Synallagma.

1.2 Die Einordnung ins System der Kausalabgaben

102 Öffentliche Abgaben lassen sich unter verschiedenen Gesichtspunkten in Kategorien unterteilen. Die Praxis unterscheidet in erster Linie danach, ob der Abgabe eine konkrete Gegenleistung des Gemeinwesens bzw. des zur Erhebung der Abgabe ermächtigten Dritten gegenüber steht oder nicht.⁶³

103 Als *Kausalabgaben* verstehen sich dabei alle Entgelte für *besondere, einzelnen Personen zurechenbare Leistungen oder Vorteile*, welche von staatlicher Seite erbracht oder verschafft werden.⁶⁴ Kausalabgaben setzen somit einen *besonderen Entstehungsgrund (causa)* voraus, der es nach der Grundidee der „Verursachergerechtigkeit“ rechtfertigt, dass die Pflichtigen zu einer zusätzlichen Abgabe herangezogen werden.⁶⁵ Sie sind in diesem Sinn „mit der entsprechenden staatlichen Leistung (oder dem eingeräumten Vorteil) in besonders enger Art und Weise *kausal verbunden*“.⁶⁶

104 Je nach Art der *causa* werden Kausalabgaben in verschiedene Unterkategorien unterteilt, namentlich in Gebühren, Vorzugslasten und Ersatzabgaben:

- *Gebühren* werden üblicherweise umschrieben als Entgelt für die Inanspruchnahme einer Amtshandlung oder für die Benützung einer öffentlichen Einrichtung⁶⁷.
- *Vorzugslasten* gelten einen besonderen wirtschaftlichen Vorteil (Mehrwert) ab, der aus Massnahmen oder Einrichtungen des Gemeinwesens erwächst.⁶⁸
- *Ersatzabgaben* sind Entgelte für die Befreiung von einer Leistungspflicht nicht finanzieller Natur.⁶⁹

⁶³ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, S. 628 ff.

⁶⁴ Statt vieler ADRIAN HUNGERBÜHLER, Grundsätze des Kausalabgabenrechts, in: ZBI 104/2003 S. 505 ff. S. 507.

⁶⁵ So bereits FRITZ GYGI, Verwaltungsrecht. Eine Einführung, Bern 1986, S. 266.

⁶⁶ MARKUS REICH, Steuerrecht, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 19.

⁶⁷ Statt vieler DANIELA WYSS (Fn. 61), S. 11.

⁶⁸ BGE 98 Ia 169 E. 2 S. 171 f.

⁶⁹ DANIELA WYSS (Fn. 61), S. 13.

105 Die nähere Qualifikation einer Kausalabgabe hat vor allem für die Frage Bedeutung, ob das Kostendeckungsprinzip und das Äquivalenzprinzip Anwendung finden,⁷⁰ ebenso unter Umständen für die Anforderungen, die das Legalitätsprinzip an ihre Erhebung stellt.

106 Notariatsgebühren sind zweifelsfrei im genannten Sinne als Kausalabgabe anzusehen und der Unterkategorie der Gebühren für die Inanspruchnahme einer Amtshandlung zuzuordnen (sog. Verwaltungsgebühr)⁷¹. Die Gebühr erscheint dabei als Rechtsfolge der Erfüllung des Gebührentatbestandes. Mit anderen Worten: Ist der Gebührentatbestand erfüllt – wird also durch den Notar eine öffentliche Urkunde erstellt – so ist die gesetzlich vorgesehene Gebühr zu entrichten. Rechtsfolgeseitig erscheint es zwar möglich, Ermessen bei der Gebührenbemessung vorzusehen. Dieses Ermessen wäre aber pflichtgemäss mit Blick auf den Einzelfall und rechtsgleich auszuüben. Die gewillkürte Festlegung von Gebühren durch Parteiabrede ist dem System der öffentlichen Abgaben „wesensfremd“ (zur Zulässigkeit Kap. II.2.).

1.3 Notariatsentschädigung als vertragliches Entgelt?

107 Die voranstehende Einordnung der Notariatsgebühren ins Ordnungsschema der öffentlichen Abgaben geht vom bisherigen, in allen Kantonen praktizierten System der durch Rechtssatz regulierten Tarife aus. Mit Blick auf die künftige Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Notar und Kundem könnte sich aber auch die Frage stellen, ob nicht ein grundlegender Wechsel, weg von den staatlich regulierten Preisen hin zu einem Marktsystem in die Überlegungen mit einbezogen werden sollte.

108 Ein Wechsel zu einem Marktsystem würde bedeuten, dass der Preis für die Leistungen des Notars nach dem Grundsatz von Angebot und Nachfrage bestimmt wird. Die juristische Handlungsform für eine solche Preisbildung ist der Vertrag. Grundsätzlich kommen sowohl die Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrags (häufig auch Verwaltungsvertrag genannt) als auch ein privatrechtlicher Vertrag in Frage. Der Vertrag zeichnet sich – unabhängig davon, ob er dem öffentlichen oder dem privaten Recht zugeordnet wird – durch die gegenseitige übereinstimmende Willensäußerung der Parteien über die wesentlichen Vertragspunkte aus (Konsens). Dies bedeutet wiederum, dass es beiden Parteien (dem Notar und dem privaten Rechtssuchenden) auch möglich sein muss, einen Vertrag nicht einzugehen (Dissens); namentlich weil kein Konsens über den Preis oder andere wesentliche Vertragspunkte erreicht wird. Ein Vertragssystem hätte auch zur Folge, dass die Preisbildung des Notariatsentgelts grundsätzlich keiner staatlichen Kontrolle mehr unterliegen würde, sondern dem Grundsatz von Angebot und Nachfrage. Vorbehalten würden selbstredend Missbräuche der Vertragsfreiheit unter Ausnutzung der Unerfahrenheit des Klienten bleiben, welche auch nach Obligationenrecht unter dem Titel „Übervorteilung“ angefochten werden können.

109 Im Bereich der nebenberuflichen Tätigkeiten des Notars besteht heute ein solches System der Preisbildung am Markt: Zwischen Notar und Klient wird hier ein privatrechtlicher Vertrag abgeschlossen.

⁷⁰ DANIELA WYSS (Fn. 61), S. 15.

⁷¹ FRANZ MÜLLER/GIAN SANDRO GENNA, in: STEPHAN WOLF (Hrsg.), Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, Bern 2009, N. 8 zu Art. 50.

110 Im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit (hauptberufliche Tätigkeiten des Notars) gerät derzeit eine Preisbildung nach Angebot und Nachfrage in Konflikt mit der Urkundspflicht der Notare und der damit zusammenhängenden Grundrechtsbindung. Im Teilbericht der Arbeitsgruppe 1 wird dazu festgehalten:

„Die Urkundspflicht ist ein allgemein anerkannter Grundsatz im Notariatsrecht. Sofern keine wesentlichen Gründe dagegensprechen, sind mit der öffentlichen Urkunde betraute Personen verpflichtet, die von ihnen verlangten Berufsfunktionen zu erfüllen. Die Urkundspflicht ist das Korrelat zu dem vom Staat verliehenen Beurkundungsmonopol. Da die öffentliche Beurkundung eine Formvorschrift des Bundesrechts ist, sind die Teilnehmer des Rechtsverkehrs auf deren Erbringung angewiesen. Daher fällt das Notariat als freiwillige Gerichtsbarkeit in den Schutzbereich der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) und des Art. 29 Abs. 1 BV, wonach jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist hat. Die Urkundspflicht stellt den freien Zugang zum Rechtsinstitut der öffentlichen Beurkundung für jedermann sicher, indem verhindert wird, dass sich Notare vor unangenehmen oder nichtlukrativen Geschäften drücken.“

111 Mit anderen Worten: Da die Versorgung mit Dienstleistungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit staatlich gewährleistet sein muss, wäre bei einer Aufhebung der Urkundspflicht für die freiberuflichen Notare für die Tätigkeiten, welche nicht kostendeckend erbracht werden können, ein Amtsnotariat einzuführen. Ein solches Amtsnotariat für nicht kostendeckende Tätigkeiten müsste selbstredend zu Teilen über den Steuerhaushalt finanziert werden. Wie eingangs zu diesem Bericht festgehalten wurde, bildet das Festhalten am System des freiberuflichen Notariats im Kanton Bern die Hypothese für diesen Teilbericht über die Notariatsgebühren, weshalb an dieser Stelle auf eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Amtsnotariat verzichtet werden kann. Es ist im Übrigen nicht anzunehmen, dass ein System, welches die lukrativen öffentlichen Urkunden den freiberuflichen Notaren überlässt und für die nicht kostendeckenden Tätigkeiten ein Amtsnotariat vorsieht, politisch mehrheitsfähig wäre.

112 An dieser Stelle soll nicht negiert werden, dass unter den Notaren im Kanton Bern – trotz der mit der Beleihung rechtlich einhergehenden Monopolstellung – faktisch durchaus eine Wettbewerbssituation besteht. So sind freiberufliche Notare, anders als ein Amtsnotariat, durchaus auf eine Akquise angewiesen. Von dieser Feststellung zu trennen ist aber die Frage, ob sich dieser Wettbewerb auch als Preiswettbewerb ausgestalten lässt. Diese Frage kann bei Weiterbestehen der Urkundspflicht und ohne die Einführung eines Amtsnotariats juristisch kaum dogmatisch schlüssig mit ja beantwortet werden.

1.4 Hinweise auf andere Bereiche, in denen Dritte Gebühren erheben

113 Unter Ziff. 1.1 wurde dargelegt, dass gebührenrechtliche Rechtsverhältnisse in der Regel zwischen öffentlich-rechtlichen Körperschaften und privaten Gebührenschuldern begründet werden. Die Beleihung mit staatlichen Aufgaben und der Kompetenz, Gebühren erheben zu dürfen (die dem Privatvermögen des Beliehenen zufallen), wie dies bei den Notaren der Fall ist, ist demnach die Ausnahme. Es gibt neben dem Notariatswesen aber durchaus auch andere Konstellationen, in denen beliehene Private Gebühren erheben. Im Sinne eines Hinweises seien an dieser Stelle drei Bereiche beispielsweise kurz erwähnt:

- *Stromversorgung:* Die Stromversorgung war historisch eine Aufgabe, die regelmässig von den Gemeinden wahrgenommen wurde. Mittlerweile wurden etliche Stromnetze an private Unternehmungen verkauft. Im Bereich der Grundversorgung bestehen feste Tarife, welche von der Elcom kontrolliert werden. Über die Zuweisung des Rechtsverhältnisses zwischen Versorger und Stromkunde zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht (mit den jeweiligen Folgen hinsichtlich des Rechtsweges) entscheidet das kantonale, mitunter sogar das kommunale⁷² Recht. Ab einem Verbrauch von über 100 MWh pro Verbrauchsstätte sieht das Stromversorgungsgesetz einen Anspruch auf Zugang zum freien Markt vor. Stromkunden, welche diese Grenze erreichen, können demnach frei darüber entscheiden, ob sie beim Grundversorger den Strom nach den staatlich administrierten Tarifen beziehen oder auf dem freien Markt aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags. Im definierten Marktbereich besteht demnach ein Preiswettbewerb; hier handelt es sich nicht mehr um Gebühren, sondern um ein vertragliches Entgelt. Die Preisbildung im Markt untersteht keiner staatlichen Kontrolle, wohl aber die Tätigkeiten der Versorgungsunternehmung als solche.
- *Wasserversorgung:* Das Wasserversorgungsgesetz des Kantons Bern⁷³ lässt die Übertragung der Versorgungsaufgaben an privatrechtliche Organisationen zu.⁷⁴ Diese sind hinsichtlich ihrer Rechte und Pflichten den Gemeinden gleichgestellt, was namentlich auch bedeutet, dass sie den gebührenrechtlichen Vorgaben in Art. 11 WVG und Art. 9a der Wasserversorgungsverordnung⁷⁵ unterstehen. Private Wasserversorgungen haben demnach – gleich wie die öffentlichen Wasserversorgungen – in Grund- und Verbrauchsgebühren unterteilte Abgaben zu erheben. Die Wasserversorgungen sind an die Grundrechte gebunden, womit es ihnen namentlich untersagt ist, Gebühren ohne sachlichen Grund zu reduzieren oder zu erlassen. In der Regel sehen die Wasserversorgungsreglemente aber vor, dass die Gebühren durch Vertrag reduziert werden können, wenn sie im Einzelfall zu einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung führen.
- *Abwasserentsorgung:* Die Abwasserentsorgung ist in gebührenrechtlicher Hinsicht weitgehend mit der Wasserversorgung vergleichbar. Die Gebührenregelungen sind in der kantonalen Gewässerschutzverordnung⁷⁶ indessen noch detaillierter als in der Wasserversorgungsgesetzgebung. Demnach sind für die Abwasserentsorgung in Grund- und Verbrauchsgebühren unterteilte Abgaben zu erheben. Für so genannte Grosseinleiterbetriebe sind nach Art. 35 Abs. 5 KGV die Verbrauchsgebühren auf Grund des Produkts aus dem Abwasseranfall multipliziert mit dem gewichteten Verschmutzungsfaktor zu erheben. Die Bemessung des Abwassers und des Verschmutzungsfaktors wird regelmässig in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag mit den Grosseinleiterbetrieben festgelegt. Diese Verträge müssen sich an die gesetzlichen Vorgaben halten.

⁷² So zum Beispiel im Kanton Bern.

⁷³ WVG; BSG 752.32.

⁷⁴ Art. 6 Abs. 2 WVG.

⁷⁵ WVV; BSG 752.321.1.

⁷⁶ KGV; BSG 821.1.

2. Verfassungsrechtliche Anforderungen an das Gebührensystem

114 Im Folgenden werden die verfassungsrechtlichen Vorgaben an ein Gebührensystem dargestellt.⁷⁷ Die Ausführungen sind auf ein vertragliches System, bei dem der Preis durch Angebot und Nachfrage bestimmt wird, nicht anwendbar.

2.1 Legalitätsprinzip

115 Für die Erhebung öffentlicher Abgaben kommt dem Legalitätsprinzip herausragende Bedeutung zu. Das Abgaberecht ist gewissermassen „traditionelles Parade Pferd“⁷⁸ für das Erfordernis einer formell-gesetzlichen Grundlage.

116 Das Legalitätsprinzip verlangt in seiner Ausprägung als Erfordernis des Rechtssatzes, dass „Gebühren in rechtssatzmässiger Form festgelegt sein müssen, so dass den rechtsanwendenden Behörden kein übermässiger Spielraum verbleibt und die möglichen Abgabepflichtigen voraussehbar und rechtsgleich sind“.⁷⁹ In seiner Ausprägung als Erfordernis der Gesetzesform verlangt es, dass das formelle Gesetz, soweit es die Abgabepflicht nicht abschliessend selbst regelt, zumindest den Kreis der Abgabepflichtigen sowie den Gegenstand der Abgabe und die Bemessungsgrundlagen selbst festlegt, ebenso allfällige Ausnahmen.⁸⁰

117 Nach diesen Grundsätzen gilt namentlich, dass bereits die formell-gesetzliche Grundlage die Bemessungsgrundlagen in genügender Bestimmtheit selbst festlegen muss:

„Die gesetzliche Grundlage hat dabei so bestimmt zu sein, dass dem Delegationsempfänger kein übermässiger Spielraum bei der Festlegung der Abgabenhöhe zukommt. Dazu braucht es im formellen Gesetz überprüfbare Kriterien, welche das Mass der Abgabe begrenzen. Je geringer eine Abgabe ist, umso grösser darf der gewährte Spielraum sein. Zudem gilt, dass je weniger das Äquivalenzprinzip seine Begrenzungsfunktion wahrnehmen kann – also je schlechter die Überprüfung der Abgabe auf ihre Äquivalenz möglich ist – desto bestimmter ist die Bemessungsgrundlage im Gesetz zu formulieren.“⁸¹

118 Als zu unbestimmt und damit verfassungswidrig hat das Bundesgericht beispielsweise eine kantonale Bestimmung qualifiziert, die vorsah, dass Behörden „für ihre Amtshandlungen den Beteiligten Kosten auferlegen“ können.⁸² Unzulässig offen ist auch eine kommunale Regelung, wonach von Industrie- und Gewerbebetrieben „mit stärker verschmutztem Abwasser“ zusätzlich zu einem bestimmten Klärbeitrag „unter Berücksichtigung der Menge und der Verschmutzung der Abwasser ein angemessener Zuschlag“ erhoben wird.⁸³ Ebenfalls nicht hinreichend bestimmt sind allgemeine Vorgaben wie „angemessene Gebühr“, „40-

⁷⁷ Vgl. zum Ganzen auch den „Leading Case“ des Bundesgerichts zu den Notariatsgebühren des Kantons Bern BGE 103 Ia 85 ff. und die Ausführungen zu diesem BGE in FRANZ MÜLLER/GIAN SANDRO GENNA (Fn. 71), N. 14 zu Art. 50. Mit Blick auf die seit Ergehen dieses Entscheides strenger gewordene Rechtsprechung, dürfte dieser BGE aber mit Vorsicht zu geniessen sein.

⁷⁸ ROLAND FEUZ, *Materielle Gesetzesbegriffe*, Bern 2002, S. 151 f.

⁷⁹ BGE 132 II 47 E. 4.1 S. 55; Hervorhebung nur hier.

⁸⁰ BGE 125 I 173 E. 9a S. 179; 124 I 247 E. 3 S. 249; ROLAND FEUZ (Fn. 78), S. 155; ADRIAN HUNGERBÜHLER (Fn. 64), S. 516; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 61), S. 574; DANIELA WYSS (Fn. 61), S. 161.

⁸¹ DANIELA WYSS (Fn. 61), S. 162 f.

⁸² BGE 123 I 248 E. 3 S. 250 ff.

⁸³ Urteil BGer 2P.239/1993 vom 29. September 1995.

60 % des Planungsmehrwerts" oder ein Rahmen von 10 bis 20 000 Franken ohne weitere Konkretisierung auf Verordnungsstufe.⁸⁴

- 119 Auch für Notariatsgebühren muss demnach die Rechtsgrundlage so ausgestaltet sein, dass für den Rechtssuchenden die Höhe der Abgabe voraussehbar ist. Das Legalitätsprinzip verlangt überprüfbare Kriterien für die Notariatsgebühren, welche das Mass der Abgabe begrenzen. Ein zu offener Gebührenrahmen, die blosser Vorgabe von „angemessenen Gebühren“ oder die Festlegung der Gebühr durch die Parteien verletzt das Legalitätsprinzip.
- 120 Hinsichtlich der Gebührenart macht das Legalitätsprinzip keine Vorgaben. Namentlich lässt das Legalitätsprinzip sowohl Festgebühren, Promilletarife, (gestaffelte) Rahmengebühren also auch Aufwand- oder Zeitgebühr zu. Eine freie Preisgestaltung bzw. ein nach oben offener Rahmen ist für einseitig festgelegte Notariatsgebühren mit dem Legalitätsprinzip im Abgaberecht aber nicht vereinbar.
- 121 Die Unterschreitung eines vorgegebenen Tarifrahmens bzw. die Öffnung des Tarifrahmens nach unten unter Beachtung der Bemessungsgrundlagen, d.h. mit gesetzlich vorgesehener Begründung, erscheint aus Sicht des Legalitätsprinzips (als Ausnahmetatbestand zur Gebührenschuld) unproblematisch. Die Unterschreitung des Tarifrahmens ohne gesetzlich vorgesehene Begründung (z.B. aufgrund einer Parteiabrede) erscheint demgegenüber heikel, da dies den Anforderungen an eine Ausnahmeregelung nicht genügt. Dogmatisch wäre dies möglich, wenn grundlegend in ein Vertragssystem gewechselt würde (vgl. dazu Ziff. 1.3), da diesfalls nicht mehr die strengen Anforderungen des „Legalitätsprinzips im Abgaberecht“ zur Anwendung gelangen würden. Zur Unvereinbarkeit eines Vertragssystems mit der Urkundspflicht siehe wiederum Ziff. 1.3 hiervor.

2.2 Kostendeckungsprinzip

- 122 Das Kostendeckungsprinzip besagt, dass „*der Gesamtertrag der erhobenen Abgaben die Gesamtkosten des Gemeinwesens für den betreffenden Verwaltungszweig oder die betreffende Einrichtung nicht oder höchstens geringfügig übersteigen*“ soll.⁸⁵ Es soll verhindern, „dass die ihm unterworfenen Abgaben generell überhöht und zu fiskalischen Zwecken missbraucht werden“.⁸⁶ Mit dieser Bedeutung statuiert das Kostendeckungsprinzip nur eine Grenze für die Bemessung von Gebühren nach oben; es gibt keinen minimalen Kostendeckungsgrad vor.⁸⁷
- 123 Das Kostendeckungsprinzip gilt in der Ausgestaltung als so genanntes „*Gesamtkostendeckungsprinzip*“.⁸⁸ Es bezieht sich nicht auf die Kosten für eine individuelle Leistung, sondern auf „die Gesamtkosten“ oder „dem Gesamtaufwand für den betreffenden Verwaltungszweig“⁸⁹ – wobei der Begriff „Verwaltungszweig“

⁸⁴ DANIELA WYSS (Fn. 61), S. 163, mit Hinweisen.

⁸⁵ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 61), S. 567, mit Hinweis auf BGE 126 I 180 E. 3a/aa S. 188.

⁸⁶ LUKAS WIDMER, Das Legalitätsprinzip im Abgaberecht, Zürich 1988, S. 57.

⁸⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 63), S. 634 f.

⁸⁸ LUKAS WIDMER (Fn. 86), S. 50.

⁸⁹ BGE 121 I 230 E. 3f S. 236 f.

mitunter wenig klar definiert ist.⁹⁰ Das Kostendeckungsprinzip nimmt keinen Bezug auf die einzelnen Amtshandlungen (z.B. die Errichtung einer bestimmten öffentlichen Urkunde) und die dafür erhobene Abgabe; diesen Fokus hat das Äquivalenzprinzip (Ziff. 2.3).

124 In den Kantonen mit Amtsnotariat kommt dem Kostendeckungsprinzip eine sinnvolle Begrenzungsfunktion für die Notariatsgebühren zu. Es verhindert die Abführung von Erträgen des Amtsnotariats zugunsten des Steuerhaushalts. Umgekehrt verhindert es aber nicht den Einsatz von Steuergeldern für das Amtsnotariat; eine „geschlossene Kasse“ für einen gebührenfinanzierten Bereich müsste vielmehr spezialgesetzlich vorgesehen werden.

125 Im Bereich des freiberuflichen Notariats hat das Kostendeckungsprinzip demgegenüber keine sinnvolle Steuerungsfunktion, da „nicht von den Kosten einer bestimmten notariellen Verrichtung auf das Gesamteinkommen des betreffenden Notars und noch weniger auf das durchschnittliche Einkommen eines bernischen Notars bzw. die für die öffentliche Beurkundung im Kanton Bern aufgewendeten Gesamtkosten“ geschlossen werden kann.⁹¹ Es ist in einem weit gefassten Rahmen letztlich eine politische Frage, wie hoch „das richtige Einkommen“ eines Notars sein soll, d.h. welche konkreten Gebührenansätze angemessen erscheinen. Dabei haben auch die strukturellen Rahmenbedingungen auf die Ausübung der Tätigkeiten (Berufspflichten, Organisations- und Verfahrensvorschriften, Aufsicht etc.) Einfluss. In diesem Sinne (und gerade wegen der fehlenden Steuerungsfunktion des Kostendeckungsprinzips) ist auch Art. 52 Abs. 3 NG zu verstehen, wonach die Gebühren so auszugestalten sind, dass die Notare in der Lage sind, die allgemeinen Unkosten zu finanzieren, eine angemessene Altersvorsorge aufzubauen und ein Einkommen zu erzielen, das ihrer Ausbildung und Verantwortung entspricht.

2.3 Äquivalenzprinzip

126 Das Äquivalenzprinzip besagt, dass eine Kausalabgabe „*nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen halten muss*“.⁹² Mit dieser Bedeutung regelt das Äquivalenzprinzip vorab „die Verteilung der Gesamtkosten der staatlichen Vorkehren auf die einzelnen Abgabepflichtigen“.⁹³ Anders als das Kostendeckungsprinzip, das die Höhe einer Gebühr nach Massgabe der „Kosten des betreffenden Verwaltungszweigs“⁹⁴ begrenzt, stellt das Äquivalenzprinzip grundsätzlich auf den *objektiven Wert einer konkreten Leistung für die Abgabepflichtigen* ab. Es bezieht sich mithin auf das Verhältnis zwischen Abgabehöhe und Wert der mit dieser Abgabe abgegoltenen konkreten Gegenleistung. Das Äquivalenzprinzip kann somit als Übertragung marktwirtschaftlicher Mechanismen auf staatliche Aktivitäten angesehen werden.

⁹⁰ Zum Problem UELI FRIEDERICH/JÜRGE WICHTERMANN, Umweltrelevante Abgaben in Gemeinden. Möglichkeiten und Grenzen der Ausgestaltung, Schriftenreihe der Interfakultären Koordinationsstelle für Allgemeine Ökologie (IKAÖ) Nr. 8, Bern 2006, S. 69 ff.

⁹¹ BGE 103 Ia 85.

⁹² BGE 126 I 180 E. 3a bb S. 188.

⁹³ GEORG MÜLLER, in: JEAN-FRANÇOIS AUBERT ET AL. (Hrsg.), Kommentar zur [allen] Bundesverfassung [aBV], Basel/Zürich/Bern 1987, Art. 4 N. 83.

⁹⁴ BGE 101 Ib 462 E. 3b S. 467.

- 127 Im Bereich der Notariatsgebühren kommt dem Äquivalenzprinzip zunächst eine Steuerungsfunktion bei der Festlegung von Sozialtarifen zu, mit denen eine Querfinanzierung von Geschäften mit geringem oder ohne Geschäftswert zulasten der Geschäfte mit hohem Geschäftswert bezweckt wird: Einerseits muss es für die Querfinanzierung in einem definierten Rahmen möglich sein, dass gewisse Gebührenansätze über dem blossen „Wert nach Aufwand“ liegen, um die nicht kostendeckende Gebühren für andere Tätigkeiten zu finanzieren. Andererseits darf mit Blick auf das Äquivalenzprinzip dadurch nicht ein offensichtliches Missverhältnis im Einzelfall geschaffen werden. Problematisch erscheint aus Sicht des Äquivalenzprinzips insbesondere eine nach Geschäftswert bestimmte Gebühr (Promillegebühr), welche nach oben keiner Beschränkung unterliegt.⁹⁵ Im Kanton Bern ist die teuerste öffentliche Urkunde – es ist dies ein Grundstückskauf ab Fr. 20 Mio. und mit maximalem Zeitaufwand, erheblicher subjektiver Bedeutung, besonders hoher Dringlichkeit, hoher Geschäftskomplexität und überdurchschnittlicher Leistungsfähigkeit des Gebührenpflichtigen – derzeit auf Fr. 30'825.- begrenzt. Die – im Kanton Bern bis anhin gewollte – Querfinanzierung erfolgt damit in einem vorgegebenen Rahmen.
- 128 Das Äquivalenzprinzip könnte zudem im Einzelfall als objektives Kriterium eine Unterschreitung des Gebührenrahmens rechtfertigen, wenn ein offensichtliches Missverhältnis zwischen der Gebühr und dem Wert einer öffentlichen Urkunde vorliegt. Ein solches, offensichtliches Missverhältnis ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts aber nicht leichthin anzunehmen.⁹⁶
- 129 Nacht „unten“ kommt dem Äquivalenzprinzip keine Begrenzungsfunktion zu. Mit anderen Worten gewährt das Äquivalenzprinzip keine Mindestansätze für die Notariatsgebühren.

2.4 Rechtsgleichheit

- 130 Das Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 8 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft⁹⁷) gilt als eigentliche Grundlage moderner Rechtsstaatlichkeit.⁹⁸ Das Bundesgericht umschreibt das Gebot wie folgt:

„Der [...] Rechtsgleichheitsgrundsatz nach Art. 8 Abs. 1 BV verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Der Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung wird insbesondere verletzt, wenn hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn Unterscheidungen unterlassen werden, die aufgrund der Verhältnisse hätten getroffen werden müssen.“⁹⁹

- 131 Im Bereich des Abgaberechts ist aus dem Gebot der Rechtsgleichheit der *Grundsatz der Lastengleichheit* der Abgabesubjekte abgeleitet worden, der indessen im Bereich der Kausalabgaben durch Lehre und Rechtsprechung stark modifiziert wurde. Nichtsdestotrotz stellt sich das Problem der Rechtsgleichheit auch im Hinblick auf diese Abgaben. Das Bundesgericht gesteht dem kantonalen Gesetzgeber bei der

⁹⁵ Vgl. aber die Gebührenregelung im Kanton Zürich, wo diese der Fall ist.

⁹⁶ Vgl. BGE 103 Ia 85.

⁹⁷ BV; SR 101.

⁹⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 63), S. 129.

⁹⁹ Zuletzt BGE 136 I 17 E. 5.3 S. 29.

Verteilung der Last auf die Abgabepflichtigen grundsätzlich eine erhebliche Gestaltungsfreiheit zu,¹⁰⁰ hat aber gerade in letzter Zeit konkrete Regelungen im Licht der Rechtsgleichheit verhältnismässig streng beurteilt, nicht selten strenger als kantonale Gerichte.

132 Illustrativ ist das Beispiel der ehemaligen Beleuchtungsabgabe der Stadt Bern. Die Abgabe diente nach Art. 1 Abs. 1 des Reglements „zur teilweisen Deckung der öffentlichen Beleuchtung [...] von den Gebäuden mit Hausplätzen, die im Gemeindegebiet liegen, und von den Hofräumen, Gärten und Anlagen, die mit den Gebäuden im Grundsteuerregister im gleichen Schätzungsbetrage begriffen sind“. Abgabepflichtig war „alles Grundeigentum [...], dessen gewöhnlicher oder Hauptzugang weniger als 100 Meter, dem Weg nach gemessen, von einer Lampe der öffentlichen Beleuchtung entfernt ist“ (Art. 2 des Reglements)¹⁰¹. Diese Abgabe wurde wiederholt auf dem Beschwerdeweg angefochten, aber zunächst durch alle angerufenen (kantonalen) Instanzen geschützt. Das kantonale Verwaltungsgericht erwog in einem die Beschwerde abweisenden Urteil aus dem Jahr 2000, die strittige Regelung sei mit dem Rechtsgleichheitsgebot im Einklang.¹⁰² Knappe fünf Jahre später hatte das Bundesgericht die gleiche Abgabe, die durch das kantonale Verwaltungsgericht als Vorinstanz erneut geschützt worden war, zu beurteilen. Das Bundesgericht hob das kantonale Urteil mit BGE 131 I 313 im Wesentlichen mit der Begründung auf, die Gebühr verstosse gegen das Rechtsgleichheitsgebot (E. 3.5 und 3.6).

133 Auch in Bezug auf die *Ausgestaltung der Bemessungsgrundlagen* erlaubt das Rechtsgleichheitsgebot keine ungerechtfertigten Differenzierungen, etwa zwischen Personen mit Wohnsitz im betreffenden Gemeinwesen und Auswärtigen.¹⁰³ Bei der Behandlung verschiedener Liegenschaften ist jeweils „auf die Liegenschaft als Ganze abzustellen“; entscheidend ist, „dass gleichwertige Liegenschaften insgesamt mit ungefähr gleich hohen Gebühren belastet werden“.¹⁰⁴ Zu einmaligen Abwasseranschlussgebühren hat das Verwaltungsgericht des Kantons Bern beispielsweise ausgeführt, eine Nachgebühr für bereits angeschlossene Liegenschaften sei

„dann zulässig, wenn das Gemeinwesen eine wesentliche neue Leistung erbringt [...]. Die bestehenden Gebäude müssen [...] als grundsätzlich in das Kanalisations- und ARA-System eingekauft gelten, auch wenn für diese Gebäude teilweise keine ARA-Einkaufsgebühr geleistet worden ist. Werden Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer bei einem Neubau nach Abbruch oder Brandfall für Leistungen zur Kasse gebeten, die in keinem Zusammenhang mit dem Neubau stehen und von andern gegen keine oder eine geringere Gebühr bezogen werden können, so verstösst die Forderung der Gemeinde – insbesondere mit Blick auf den Fall des Umbaus einer Liegenschaft – auch gegen das Rechtsgleichheitsgebot.“¹⁰⁵

134 Ein Verstoß gegen die Rechtsgleichheit liegt ebenso vor, wenn eine Gemeinde bei bereits angeschlossenen Liegenschaften auf die Erhebung einer nachträglichen Anschlussgebühr verzichtet und später nach einem Neubau eine Nachgebühr für Leistungen erhebt, die in keinem Zusammenhang mit dem Neubau

¹⁰⁰ Statt vieler BGE 131 I 313 E. 3.2 S. 317.

¹⁰¹ Rechtlich betrachtet sind Abgabesubjekte die entsprechenden Grundeigentümer, weil die Abgabepflicht nur einer natürlichen oder juristischen Person obliegen kann.

¹⁰² VGE 20896 vom 3. August 2000, E. 4d.

¹⁰³ Hinweise bei ADRIAN HUNGERBÜHLER (Fn. 64), S. 527 f.

¹⁰⁴ VGE 18923 vom 23. September 1993, BVR 1994 S. 458 E. 5d.

¹⁰⁵ VGE 20192 vom 27. April 1998, BVR 1998 S. 459 E. 6c.

stehen.¹⁰⁶ Dasselbe gilt, wenn im Zusammenhang mit der Nachgebühr bei Abbruch und Wiederaufbau von Gebäuden nur „wesensgleiche“ Ersatzbauten als „Wiederaufbau“ qualifiziert werden¹⁰⁷ oder wenn für wiederkehrende Stromgebühren nicht nur die Bezügerinnen oder Bezüger, sondern im Fall vermieteter oder verpachteter Liegenschaften auch die Eigentümerinnen und Eigentümer, welche keinen direkten Einfluss auf den Strombezug nehmen kann, belangt werden.¹⁰⁸ Die Erhebung einer einheitlichen Empfangsgebühr für Radio und Fernsehen hält demgegenüber trotz unterschiedlicher tatsächlicher Verhältnisse vor Art. 8 Abs. 1 BV Stand, weil eine Differenzierung nur mit unverhältnismässigem Verwaltungsaufwand möglich wäre.¹⁰⁹

- 135 Als zulässig hat es das Bundesgericht in BGE 130 III 225 E. 2.3 bezeichnet, bei der „Festsetzung von Verwaltungsgebühren [...] innerhalb eines gewissen Rahmens auch der wirtschaftlichen Situation des Pflichtigen und dessen Interessen am abzugeltenden Akt Rechnung“ zu tragen.
- 136 Bezogen auf die Notariatsgebühren muss aus der (zunehmend strengeren) Rechtsprechung des Bundesgerichts geschlossen werden, dass unterschiedliche Gebühren für gleiche notarielle Leistungen bei identischer Kundschaft zumindest problematisch erscheinen. Selbstverständlich sind aber unterschiedliche Gebühren für unterschiedliche notarielle Leistungen (namentlich mit Blick auf den damit verbundenen Aufwand und die Bedeutung des Geschäfts) zulässig bzw. aus Sicht des Gleichbehandlungsgebots sogar angezeigt. Auch die Differenzierung nach der Bedeutung des Geschäfts und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der rogierenden Partei sind unproblematisch.
- 137 In einem System, bei dem die Gebühren für eine öffentliche Urkunde einseitig und damit hoheitlich durch den Notar festgesetzt werden, muss aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz geschlossen werden, dass es bei einer dogmatischen Betrachtung nur eine im Betrag korrekt festgesetzte Gebühr gibt. Eine Gebührenfestlegung durch Absprache zwischen den Parteien ist mit dem Gleichbehandlungsgebot im Gebührenrecht kaum vereinbar. Wie bereits erläutert, müsste für eine konsensuale Festlegung des Entgelts für die notariellen Leistungen ein grundlegender Wechsel hin zu einem Vertragssystem erfolgen, dem aber derzeit die Urkundspflicht des Notars entgegensteht.
- 138 Die Unterschreitung des Tarifrahmens bzw. die Öffnung des Tarifrahmens bei Vorliegen von besonderen Voraussetzungen (z.B. bei Mittellosigkeit oder Gemeinnützigkeit der Partei) und unter Beachtung der Bemessungsgrundlagen (d.h. mit sachlicher Begründung) erscheint aus Sicht des Gleichbehandlungsgebots demgegenüber unproblematisch.
- 139 Denkbar wäre aus Sicht des Gleichbehandlungsgebots wohl auch ein System wie in Frankreich, bei welchem der Notar einen „generellen Rabatt“, z.B. in der Höhe von 5 Prozent auf den gesetzlichen Tarif, allen seinen Klienten gewährt. Ein solcher Rabatt wäre bekanntzugeben und dann verbindlich. Ein Klient könnte diesen Rabatt damit auch auf dem Rechtsweg einfordern. In der Schweiz ist ein solches System bisher nicht bekannt.

¹⁰⁶ VGE 20192 vom 27. April 1998, BVR 1998 S. 459 E. 6c.

¹⁰⁷ VGE 21367 vom 25. August 2003, BVR 2004 S. 117 E. 3d/dd und 3e.

¹⁰⁸ VGE 21241 vom 17. April 2002, E. 4c.

¹⁰⁹ BGE 121 II 183 E. 4b/aa S. 189.

140 Problematisch erscheint nach dem Geschriebenen die Regelung in § 69 Abs. 1 BeurG des Kantons Aargau, wonach vom Gebührentarif nach unten – aufgrund einer Parteivereinbarung – abgewichen werden kann. Das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau hat sich im Urteil vom 19. Februar 2014, publiziert in AGVE 2014 S. 255, ausführlich mit der Frage befasst, ob diese Bestimmung dem Rechtsgleichheitsgebot nach Art. 8 Abs. 1 BV standhält.¹¹⁰ Auffallend ist, dass das Verwaltungsgericht bei seinem Diktum, wonach die Regelung die Verfassung nicht verletzt, wesentlich auf faktische Umstände abstellt, indem es in E. 8.3 ausführt:

„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.“

141 Zudem verweist das Verwaltungsgericht auf die Pflichten des Notars, wonach dieser als Urkundsperson eine amtliche, hoheitliche Tätigkeit ausübe und „in dieser Eigenschaft an die Grundsätze staatlichen Handelns der Verfassung (Art. 5 BV und § 2 KV [Verfassung des Kantons Aargau]¹¹¹) gebunden“ sei. Mit anderen Worten sieht das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau in § 69 Abs. 1 BeurG-AG nicht etwa eine Berechtigung, ohne sachlichen Grund vom festgesetzten Gebührentarif (nach unten) abzuweichen, sondern nimmt vielmehr die Notarinnen und Notare in die Pflicht, die gewähren Freiräume rechtsgleich handzuhaben und „bei vergleichbaren Geschäften“ nicht „ohne sachlichen Grund wesentlich unterschiedliche Gebühren“ zu verlangen.

2.5 Zwischenfazit

142 Verfassungsrechtlich besteht nach dem Geschriebenen grundsätzlich ein weiter Rahmen für die Festlegung des Gebührensystems für das freiberufliche Notariat. Dies namentlich mit Blick darauf, dass das Kostendeckungsprinzip und das Äquivalenzprinzip nur als Grundsätze für die Begrenzung von Gebühren „nach oben“ dienen. Aus ihnen lassen sich keine Mindestgebühren ableiten.

143 Dem Äquivalenzprinzip kommt immerhin insoweit eine Begrenzungsfunktion zu, als es einerseits eine Querfinanzierung (Sozialtarif) nicht verunmöglicht, andererseits aber insofern Grenzen setzt, als die Gebühr für eine öffentliche Urkunde im Einzelfall nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen darf.

144 Verfassungsrechtlich heikel erscheint die Abweichung von einem festgesetzten Notariatstarif ohne sachliche Begründung, d.h. namentlich aufgrund einer Vereinbarung zwischen Notar und Klient. Dogmatisch vermag der Einwand des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau, eine Gleichbehandlung beim Notari-

¹¹⁰ Siehe dazu auch Kap. I.4.3.a.

¹¹¹ KV; SAR 110.000.

alsentgelt sei im Bereich des freiberuflichen Notariats ohnehin mit praktischen Schwierigkeiten verbunden, nicht zu überzeugen. Nachvollziehbar erscheint dem Unterzeichnenden demgegenüber die Erwägung des Verwaltungsgerichts, wonach die Urkundsperson selbst sicherstellen müsse, dass der Notariatstarif nur aus sachlichem Grund und damit rechtsgleich unterschritten wird. Dass dies in der Praxis ohne Schwierigkeiten funktioniert, zieht der Unterzeichnende in Zweifel.

2.6 Exkurs: Vorgaben des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb

145 Die Vorgaben, welche sich aus dem Bundeszivilrecht für die Ausübung des freiberuflichen Notariats ergeben, bilden nicht Gegenstand des vorliegenden Berichts, sondern werden im Teilbericht der Arbeitsgruppe 1 „Das Notariat in der Schweiz“ dargestellt. Die Auswirkungen der bundeszivilrechtlichen Vorgaben auf das Gebührensystem für das freiberufliche Notariat sind in der Regel nicht unmittelbar, sondern eben „nur mittelbar.“¹¹²

146 Eine an dieser Stelle zu erwähnende Besonderheit stellen aber die Vorgaben des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb¹¹³ dar. Das UWG bezweckt nach Art. 1, den lautereren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten. Geschützt wird damit die „Institution Wettbewerb“, wobei damit alleine der wirtschaftliche Wettbewerb gemeint ist. Da die freiberuflichen Notare im Rahmen ihrer hauptberuflichen Tätigkeit eine amtliche Aufgabe wahrnehmen, erscheint die Anwendbarkeit des UWG in diesem Bereich nicht unbedingt selbstverständlich. Vielmehr ist das Gebührensystem – wie ausgeführt – an sich darauf angelegt, dass der Preis für die Notariatsdienstleistungen nicht am Markt (im Wettbewerb) gebildet wird, sondern staatlich vorgegeben wird.

147 Das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau hat das UWG in AGVE 2014 S. 255 E. 8.4.3. S. 268 (ohne Herleitung) als einschlägig angesehen, da die freiberuflichen Notare in einem wirtschaftlichen Wettbewerb zueinander stehen. Der Umstand, dass die sich auf das UWG abstützende Verordnung über die Bekanntgabe von Preisen (Preisbekanntgabeverordnung)¹¹⁴, in Art. 10 Abs. 1 Bst. v die „Notariatsdienstleistungen“ der Preisbekanntgabepflicht unterstellt, spricht ebenfalls für die Anwendbarkeit des UWG im Bereich des freiberuflichen Notariats. Das Verwaltungsgericht Aargau hat in AGVE 2014 S. 255 E. 8.4.3. S. 268 zu den Vorgaben, welche sich aus dem UWG auf die Gebühren im freiberuflichen Notariat ergeben, ausgeführt:

„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.“

¹¹² Vgl. dazu auch das bereits erörterte Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau AGVE 2014 S. 255, E. 7 S. 260 ff.

¹¹³ UWG; SR 241.

¹¹⁴ PBV; SR 942.211.

3. Parameter eines Gebührensystems

148 Die Ausführungen in diesem Unterkapitel gehen davon aus, dass grundsätzlich am System einer Gebühr, also einer einseitig und hoheitlich festgelegten, öffentlich-rechtlichen Abgabe, festgehalten werden soll. Die nachstehenden Überlegungen wären weitgehend obsolet, wenn ein grundlegender Wechsel hin zu einem Vertragssystem mit Bildung des Notariatsentgelts am Markt aufgrund von Angebot und Nachfrage in Aussicht genommen werden sollte.

3.1 Bemessungskriterien

149 Zunächst stellt sich die Frage, nach welchen grundsätzlichen Kriterien die Notariatsgebühren bemessen werden. Nach geltendem Recht (Art. 52 Abs. 1 NG) sind dies im Kanton Bern (1.) der Arbeitsaufwand (gebotener Zeitaufwand), (2.) die Bedeutung des Geschäfts (namentlich Berücksichtigung der subjektiven oder objektiven Wichtigkeit oder der Dringlichkeit), (3.) die vom Notar übernommene Verantwortung (Schwierigkeit der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, Haftungsrisiko des Notars) sowie (4.) die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der rogierenden Partei (Einkommens- und Vermögensverhältnisse). Diese Kriterien entsprechen den Grundsätzen der (richterlichen) Honorarfestsetzung nach Obligationenrecht. Nach, durch Lehre und Rechtsprechung anerkannter, historischer Auslegung, versteht sich diese Aufzählung als Rangfolge bei der Gebührenfestsetzung. Die Gebührenhöhe richtet sich demnach – bereits heute – primär nach dem Arbeitsaufwand des Notars. Die weiteren Kriterien verstehen sich insofern als „Korrekturfaktoren“.

150 Die gesetzlichen Bemessungskriterien für die Notariatsgebühren verstehen sich einerseits als Vorgabe an den Verordnungsgeber zur Festsetzung der konkreten Gebührenansätze bzw. der Rahmentarife in der Ausführungsgesetzgebung, andererseits sind die Grundsätze massgebend für die Gebührenfestsetzung innerhalb des (auf Verordnungsstufe festgesetzten) Tarifrahmens. Die Bemessungskriterien haben damit auch Einfluss auf die Anforderungen an die Rechnungsstellung an den Klienten.

151 Im Rahmen der verfassungs- und bundeszivilrechtlichen Vorgaben ist die Festsetzung der Bemessungskriterien für die Notariatsgebühren grundsätzlich eine politische Frage. Dies trifft namentlich auf die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Klienten zu.

152 Aus rechtlicher Sicht ist festzuhalten, dass die heute im Kanton Bern nach Art. 51 Abs. 1 NG geltenden Kriterien eine sachliche Berechtigung haben. Mit anderen Worten ergeben sich derzeit keine rechtlichen Gründe, die Bemessungskriterien abzuändern. Im interkantonalen Vergleich dürfen die geltenden Kriterien zudem in dem Sinne als „modern“ bezeichnet werden, als sie eine grosse Differenzierung der Gebühr im Einzelfall ermöglichen.

153 Ob politisch eine grundlegende Änderung der Bemessungskriterien in Art. 51 Abs. 1 NG opportun erscheint, ist nicht durch den Unterzeichnenden, sondern durch die politischen Entscheidungsträger zu bestimmen. Immerhin sei festgehalten, dass eine Aufhebung einzelner der heute geltenden Bemessungskriterien – soweit für den Unterzeichnenden ersichtlich – politisch nicht gefordert wird.

154 Als sinnvoll erachtet es der Unterzeichnende, die vorrangige Bedeutung des Arbeits- bzw. Zeitaufwandes bei der Festsetzung der konkreten Gebühr im Gesetzestext klarer hervorzuheben.

3.2 Gebührenart

155 Anknüpfend an die Evaluation und den interkantonalen Vergleich der Notariatsgebühren sowie die dort vorgenommene Kategorisierung (Kap. 1.4.4), sind die (sinnvollen) Anwendungsbereiche der Gebührenarten zu bestimmen:

- **Festgebühr für Amtshandlung:** Festgebühren erscheinen nur bei kleinen, routinemässigen Tätigkeiten sinnvoll. Im Kanton Bern ist eine Festgebühr derzeit einzig für die „Erstellung weiterer Ausfertigungen“ (Fr. 30.- pro Ausfertigung) vorgesehen. In anderen Kantonen werden z.B. auch Beglaubigungen und im Kanton Basel Landschaft die Beurkundung einer Bürgerschaft mit einer Festgebühr tarifiert. Der sinnvolle Anwendungsbereich der Festgebühr ist – zumal diese Tätigkeiten bzw. die dafür geschuldeten Gebühren kaum von wirtschaftlicher Bedeutung sind – dem Verordnungsgeber zu überlassen. In der Regel handelt es sich um Tätigkeiten, welche nicht kostendeckend erbracht werden können. Eine Ergänzung oder Erweiterung des Anwendungsbereichs für Festgebühren auf Gesetzesstufe erscheint nach Ansicht des Unterzeichnenden nicht angezeigt.
- **Promilletarif/degressiver Promilletarif:** Promilletarife bzw. nach Geschäftswert festgelegte Gebühren haben den Vorteil klarer Verhältnisse: Sie lassen sich einfach berechnen und sind für den Klienten vorausseh- und nachvollziehbar. Promilletarife nehmen den konkreten, tatsächlichen Arbeitsaufwand der Notare für die abgegoltenen Tätigkeiten aber zu wenig in den Blick und erweisen sich häufig als zu starr. Im Kanton Bern ist ein Promilletarif derzeit nicht vorgesehen. Politische Bestrebungen, zum Promilletarif zurückzukehren, bestehen nicht. Dies erscheint auch aus Expertensicht nicht angezeigt. Gleiches gilt mutatis mutandis für degressive Promilletarife. Immerhin lässt sich mit einem degressiven Promilletarif der anzunehmende bzw. typische Arbeitsaufwand für eine öffentliche Urkunde besser abbilden. Da die Komplexität, der tatsächliche Aufwand und die Bedeutung des Rechtsgeschäfts auch bei einem degressiven Promilletarif kaum Berücksichtigung finden, erscheint aber auch ein solcher als (zu) starr.
- **Rahmengebühr/Rahmentarif:** Eine Rahmengebühr erscheint insbesondere für Tätigkeiten ohne Geschäftswert sinnvoll. Sie ermöglicht eine flexible Handhabung innerhalb des vorgegebenen Rahmens unter Berücksichtigung der Bemessungskriterien, das heisst insbesondere unter Berücksichtigung des Arbeitsaufwandes und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der rogierenden Urkundspartei. Derzeit ist im Kanton Bern namentlich für die Beurkundung eines Ehevertrags oder anderer Urkunden nach Familienrecht, für die Beurkundung einer letztwilligen Verfügung oder eines Erbvertrags, für die Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen, für die Beurkundung eines Erbscheins, für die Beurkundung einer Planänderung von Grundstücken, für die Beurkundung einer Dienstbarkeit oder einer Grundlast, für die Beurkundung einer Bürgerschaft oder eines Bürgschaftversprechens, für die Beurkundung einer Verpfändung, für die Aufnahme eines Wechselprotests, für Fusions- und Spaltungsbeschlüsse der übernommenen bzw. übertragenden Gesellschaft, für diverse Feststel-

lungsurkunden, für die eidesstattliche Erklärung und das Gelübde sowie für die Beglaubigung einer Unterschrift, einer Kopie oder eines Datums ein Rahmentarif vorgesehen.

- **Gestaffelte Rahmengebühr/gestaffelter Rahmentarif:** Die gestaffelte Rahmengebühr erscheint sinnvoll bei Tätigkeiten mit Geschäftswert, da damit der Bedeutung des Geschäfts und der vom Notar übernommenen Verantwortung Rechnung getragen wird und gleichzeitig innerhalb des Rahmens der konkrete Arbeitsaufwand und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der rogierenden Urkundspartei berücksichtigt werden kann. Eine gestaffelte Rahmengebühr ist im Kanton Bern derzeit namentlich vorgesehen für die Errichtung einer Stiftung, für die Errichtung eines Steuer-, Erbschafts- oder öffentlichen Inventars, für die Beurkundung eines Vertrags zur Übertragung von Grundstücken, eines Kaufrechtsvertrags, eines Vorvertrags, einer Grundstücksversteigerung und der Errichtung eines selbstständigen und dauernden Baurechts, für die Begründung von Stockwerkeigentum, für die Beurkundung eines Grundpfandvertrags, für die Beurkundung der Gründung einer Aktiengesellschaft, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder einer Kommanditaktiengesellschaft, für die Erhöhungen oder Herabsetzungen des Gesellschaftskapitals, für Fusions- und Spaltungsbeschlüsse der übernehmenden Gesellschaft sowie für Umwandlungsbeschlüsse.
- **Aufwand- bzw. Zeitgebühr mit festem Ansatz (Zeittarif mit festem Stundenansatz):** Die Gebührenbemessung nach einem festen Stundenansatz berücksichtigt den tatsächlichen Zeitaufwand des Notars für eine amtliche Tätigkeit konsequent. Weitere Bemessungskriterien, wie die Bedeutung des Geschäfts, die vom Notar übernommene Verantwortung und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der rogierenden Urkundspartei bleiben aber unberücksichtigt.

Ein fester Stundenansatz erscheint demnach als (zu) starr.

- **Aufwand- bzw. Zeitgebühr mit flexiblem Stundenansatz (Rahmen-Zeittarif):** Bei einem flexiblen Stundenansatz wird der tatsächliche Zeitaufwand des Notars für eine amtliche Tätigkeit ebenfalls konsequent berücksichtigt. Zudem sind aber auch die weiteren Kriterien bei der Bemessung der konkreten Höhe des Stundenansatzes miteinzubeziehen. Ein Rahmen-Zeittarif erweist sich demnach als im Vergleich zu einem festen Stundenansatz flexibler.

Bei einer Abrechnung nach Aufwand- bzw. Zeitgebühr mit flexiblem Stundenansatz (Rahmen-Zeittarif) erscheint es angezeigt, den „gebotenen Aufwand“ zu berücksichtigen. Damit kommt die Aufwandgebühr mit Rahmenstundensatz im Ergebnis dem Rahmentarif nahe. Eingeschränkt wird mit dem Aufwand- bzw. Zeittarif die Möglichkeit der Querfinanzierung (diese wäre nur noch im Rahmen des Stundenansatzes möglich). Es wäre bei einer konsequenten Anwendung eines Rahmen-Zeittarifs demnach damit zu rechnen, dass die Urkunden für hohe Geschäftswerte tendenziell günstiger würden, während die bislang querfinanzierten Tätigkeiten im Preis ansteigen würden.

Derzeit ist eine Gebühr nach Zeitaufwand im Kanton Bern nur vorgesehen für besonders aufwändige Planänderungen, für die Änderung und Aufhebung von Stockwerkeigentum, für Rechtsgeschäfte, die freiwillig öffentlich beurkundet werden, und für die Erfüllung gesetzlicher Verpflichtungen gemäss Art. 51 Abs. 2 NG. Diesfalls beträgt die Gebühr „bis zu 230 Franken pro Stunde“ (Art. 30 Abs. 2 GebVN).

Eine Ausweitung der Tatbestände, welche nach Aufwandgebühr in Rechnung gestellt werden, erscheint durchaus möglich. Soweit dies politisch gewollt ist, wäre Art. 52 Abs. 4 NG dahingehend anzupassen, dass neben der Rahmengebühr und der gestaffelten Rahmengebühr die Aufwand- bzw. Zeitgebühr als weitere Gebührenart in den Normtext aufgenommen wird. Die konkrete Zuweisung der Geschäfte zur Aufwand- bzw. Zeitgebühr sollte sinnvollerweise weiterhin auf Verordnungsstufe erfolgen. Richtig erscheint es auch, den Rahmen für den Stundenansatz in der Verordnung zu definieren. Die derzeitige Höchstgrenze von Fr. 230.- wäre bei einer Ausweitung der Aufwandgebühr wohl zu erhöhen, zumal der Kanton Bern im interkantonalen Vergleich derzeit den tiefsten Stundenansatz vorsieht.

- **Maximalgebühr:** Ein System mit einer blossen Maximalgebühr (und gegen unten offenem Gebührenrahmen) kennt derzeit einzig der Kanton Tessin. Zu den Konsequenzen eines solchen Systems wird auf die Stellungnahme zur Motion Brönnimann (Kap. III.3.2 hiernach) verwiesen. Der Unterzeichnende zweifelt daran, dass ein System mit einer Maximalgebühr zu insgesamt tieferen Notariatsgebühren führen würde, da für die Gebührenbemessung diesfalls die Maximalgebühr als Basis genommen wird und davon (allenfalls) entsprechend den Bemessungskriterien Abzüge gemacht werden.
- **Mischform (Grundgebühr plus Ergänzungsgebühr):** Das im Kanton Uri praktizierte System mit einer Grundgebühr (feste Gebühr für Amtshandlungen bzw. degressiver Promilletarif für Rechtsgeschäfte mit Gegenstandswert) kombiniert mit einer nach Aufwand geschuldeten Ergänzungsgebühr für den Vorbereitsaufwand (Rahmen-Aufwandgebühr, wobei die erste Stunde Vorbereitung in der Grundgebühr enthalten ist) erscheint interessant, da diese Mischform einerseits der Bedeutung des Geschäfts und der vom Notar übernommenen Verantwortung Rechnung trägt und andererseits den konkreten Arbeitsaufwand berücksichtigt. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der rogierenden Urkundspartei wird im System des Kantons Uri zwar nicht über die Bemessungskriterien direkt erfasst, wenn „der Gebührenschuldner besonders schlecht gestellt ist“, kann die Gebühr aber im Sinne einer Ausnahme angemessen ermässigt werden.

Ein Wechsel zum System des Kantons Uri wäre mit einer grundlegenden Änderung von Art. 50 ff. NG verbunden. Namentlich lässt sich dieses System nicht mit einem Rahmentarif bzw. einem gestaffelten Rahmentarif kombinieren, wie er derzeit im Kanton Bern überwiegend zur Anwendung gelangt.

Ob ein Wechsel zum in der Schweiz einzigartigen System des Kantons Uri politisch gewünscht ist, entzieht sich der Kenntnis des Unterzeichnenden. Eine entsprechende Forderung lässt sich den Motionen Bhend und Brönnimann nicht entnehmen. Sollte ein solcher Wechsel hin zu einer Mischform aus Grundgebühr plus Ergänzungsgebühr ins Auge gefasst werden, müsste sich der Gesetzgeber nach Ansicht des Unterzeichnenden auch Gedanken dazu machen, wie der zusätzliche Vorbereitungsaufwand der Notariatsfachangestellten abgegolten wird. Ein Gebührensystem, bei welchem lediglich der zusätzliche Vorbereitungsaufwand der Urkundsperson, nicht aber von dessen Fachangestellten entschädigt wird, dürfte zu falschen Anreizen führen.

3.3 Ausnahmen

156 Der ausnahmsweise Verzicht auf die gesetzliche Gebühr und die Reduktion einer Gebühr unter den Tarif bzw. den Tarifrähmen sind nach dem unter Ziff. II.2.4 Geschriebenen zulässig, wenn sie sich sachlich begründen lassen. Im Kanton Bern sieht Art. 4 GebVN die Möglichkeit der Unterschreitung des Tarifrähmens derzeit einzig vor, wenn das beurkundete Rechtsgeschäft nicht rechtsgültig wird oder es nach der Rogation nicht zur Errichtung einer öffentlichen Urkunde kommt.

157 Ein sachlicher Grund für eine Gebührenreduktion unter die Minimalgebühr ist zunächst gegeben, wenn in einem konkreten Fall das Äquivalenzprinzip verletzt wird (z.B. bei einem Fall mit besonders geringem Zeitaufwand, keiner zeitlichen Dringlichkeit, unbedeutender Wichtigkeit und besonders einfachen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen mit dem Resultat, dass die Gebühr dem Aufwand insgesamt krass widerspricht).

158 Sachlich begründen liesse sich die Abweichung vom Tarifrähmen je nach politischer Betrachtungsweise zudem bei

- der Beurkundung mehrerer gleichartiger Geschäfte in derselben Urkunde,
- bei der Beurkundung gleichartiger Verträge mit mehreren Parteien (z.B. Grossüberbauung mit vielen gleichartigen Kauf- oder Werkverträgen),
- bei Gemeinnützigkeit der rogierenden Partei,
- bei Mittellosigkeit des Gebührenpflichtigen,
- anderen „Härtefällen“ (Vermeidung einer unbilligen Härte für den Gebührenpflichtigen).

159 Beim in der vorhergehenden Randziffer aufgeführten, denkbaren Ausnahmetatbestand der „Beurkundung gleichartiger Verträge“ ist zu beachten, dass davon die wirtschaftlich Starken profitieren, so namentlich die institutionellen Immobilienanleger wie Pensionskassen und dergleichen bzw. bei grösseren Überbauungen deren Promotoren. Die bislang als „Sozialtarif“ politisch gewünschte Querfinanzierung – mit den Gebühren für bedeutende Geschäfte wird der Ausfall in weniger bedeutsamen Fällen ausgeglichen – würde bei einer entsprechenden Ausweitung der Ausnahmeregelung zurückgedrängt. Aus sozialpolitischen Gründen wie auch angesichts des verfassungsmässigen Prinzips der Rechtsgleichheit könnte eine Bevorzugung starker Klienten gegenüber allen übrigen Klienten fragwürdig erscheinen. Auch die Unabhängigkeit kann gefährdet sein, wenn marktmächtige Klienten dazu verleitet werden, tiefe Gebühren durchzusetzen, z.B. mit dem Versprechen, andere Geschäfte anzutragen. Dies birgt die Gefahr von gesetzeswidrigen Abhängigkeiten. Zudem verlangen auch gleichartige Geschäfte nach individueller Betreuung (Beratung und Rechtsbelehrung), da die Voraussetzungen nicht überall identisch sind. Dies gilt vor allem für die Hauptgruppe solcher Geschäfte (Kaufverträge bzw. Kauf-/Werkverträge betreffend Eigentumswohnungen in Überbauungen). Die Hauptaufgabe des Notars besteht bei diesen, in aller Regel komplexen Verträgen nicht in der korrekten Grundstücksbeschreibung, sondern in der Erfassung allfälliger individueller Vorstellungen der Käufer (Ehegatten als einfache Gesellschaft, Sicherstellung der Finanzierung, Kaufpreisabwicklung über eine Bautreuhandtschaft zwecks Verhinderung von Bauhandwerkerpfandrechten und Doppelzahlungen usw.).

160 Die parteiautonome Abweichung vom Gebührentarif ohne sachliche Begründung erscheint nach dem in Kap. II.2.4. hiervor Geschriebenen verfassungsrechtlich heikel und ist dem System des öffentlichen Abgabensrechts wesensfremd. Profitieren würden von der Möglichkeit der parteiautonomen Abweichung vom Tarif die Personen und Unternehmungen mit Marktmacht, während Privatpersonen kaum in der Lage sein dürften, tiefere Preis zu erlangen (in der Regel wird es bereits am Wissen darüber fehlen, verhandeln zu können). Ob eine Privilegierung marktmächtiger Unternehmungen bei der Festlegung der Notariatsgebühren erwünscht ist, ist neben einer juristischen auch eine politische Frage.

161 Eine generelle Möglichkeit, die Gebühr zu reduzieren, wenn diese höher ist als der tatsächliche Arbeitsaufwand, würde zu einer Aufhebung der Querfinanzierung und damit zu einer Aufhebung des Sozialtarifs führen. Rechtlich zulässig wäre eine solche Ausnahmebestimmung nach Ansicht des Unterzeichnenden aber.

3.4 Hinweis: Unentgeltliche Rechtspflege

162 Ein Sonderfall stellt die unentgeltliche Rechtspflege für mittellose Rechtssuchende dar, welche auf eine öffentliche Urkunde angewiesen sind. Illustrativ ist in diesem Zusammenhang der Sachverhalt, welcher dem Urteil des Verwaltungsgerichts Nr. 100.2014.261 vom 28. August 2015 zugrunde liegt: Ein 92-jähriger Mann mit starken körperlichen Einschränkungen, der rechtsunkundig und der deutschen Sprache zur Errichtung eines Testaments nicht hinreichend mächtig war, ersuchte kurz vor seinem Tod einen Notar um Beurkundung einer letztwilligen Verfügung. Mit der letztwilligen Verfügung wollte der Mann seinem Freund immaterielle Rechte, Mobilien und Inventar zukommen lassen, welches zwar vermögensrechtlich wertlos, aber mit ideellem Wert verbunden war. Der Notar nahm die Beurkundung vor und verlangte bei der JGK um Ersatz bzw. Übernahme der Gebührenforderung, deren Tragung für den Testator offensichtlich nicht möglich war.

163 Das Urteil des Verwaltungsgerichts ist hinsichtlich der Frage, ob ein Anspruch auf Gewährung von unentgeltlichen Notariatsdienstleistungen auf Staatskosten besteht, nicht ergiebig, da das Verwaltungsgericht mit Blick auf den eingetretenen Tod des Testators diese Frage unbeantwortet liess. Beantwortet hat diese Frage aber die als Vorinstanz wirkende JGK. Sie erwog, dass zwar keine gesetzliche Grundlage im NG bestehe und das VRPG auf Dienstleistungen von freiberuflichen Notaren (auch diejenigen im hauptberuflichen Bereich) keine Anwendung finde. Jedoch könne bei fehlender ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage im kantonalen Recht „unter Umständen“ direkt gestützt auf Art. 29 Abs. 3 BV ein solcher Anspruch abgeleitet werden. Über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege hat gemäss dem Entscheid der JGK sie zu entscheiden. Dafür gehen auch die Kosten zu Lasten des Kantons. Die JGK begründete dies wie folgt:

„Anders wäre wohl nur zu entscheiden, wenn ein Notar oder eine Notarin auf ihren Gebührenanspruch verzichten könnten (ohne Ersatzanspruch gegenüber dem Staat). Dies ist im Kanton Bern jedoch nicht möglich. Gestützt auf Art. 52 Abs. 4 NG erlässt der Regierungsrat einen Rahmentarif. Für einen Notar ist der vom Regierungsrat vorgegebene Tarifrahmen verbindlich (Art. 52 Abs. 5 NG).“

- 164 Gemäss dem Entscheid der JGK ist für die Beurteilung der Notwendigkeit des Zugangs einer mittellosen Person zum Notar ein strenger Massstab anzuwenden. Dies müsse zumindest so lange gelten, wie der Anspruch auf unentgeltliche Notariatsdienstleistungen „nur“ aus der Minimalgarantie von Art. 29 Abs. 3 BV abgeleitet werden kann. Ein weitergehender Anspruch würde nach Auffassung der JGK eine gesetzliche Grundlage im kantonalen Recht bedingen.
- 165 Es scheint demnach sinnvoll, die Frage nach dem Anspruch auf unentgeltliche Notariatsdienstleistungen und das Verfahren zu deren Bestimmung im NG zu regeln. Denkbar wäre z.B. eine Lösung, wie sie im Kanton Basel-Land praktiziert wird (siehe dazu vorne Kap. I.4.3.c).

III. Stellungnahme zu den Motionen Bhend und Brönnimann

1. Vorbemerkung

165 Das System für die Notariatsgebühren im Kanton Bern ist relativ jung. Es ist per 1. Juli 2006 mit dem geltenden Notariatsgesetz in Kraft getreten. Auf politischer Ebene waren seither weniger grundsätzliche Überlegungen zum Gebührensystem Gegenstand von Diskussionen als vielmehr die konkreten Kosten für bestimmte notarielle Tätigkeiten; dies namentlich im Zusammenhang mit den unter Kap. I.2. erwähnten Berichten, allen voran den Berichten bzw. Untersuchungen des Preisüberwachers (Kap. I.2.1).

167 Die zwei vom Grossen Rat des Kantons Bern an die Regierung überwiesenen Motionen Bhend und Brönnimann, welche Anlass für diesen Bericht waren bzw. sind, nehmen nun aber konkret das System für die Gebührenfestsetzung in Art. 52 NG in den Blick. Im vorliegenden Kapitel III. werden diese beiden Motionen kurz dargestellt und deren Anliegen – soweit sie die Gebühren für die hauptberuflichen notariellen Leistungen betreffen – diskutiert.

168 Die Stellungnahmen zu den beiden Motionen erfolgen aus juristisch-systematischer Sicht. Es erfolgt keine politische Bewertung der beiden Vorstösse. Eine solche ist den politischen Entscheidungsträgern vorbehalten.

169 Bereits einleitend sei festgehalten, dass sich die beiden Motionen nach Ansicht des Unterzeichnenden nicht gleichzeitig verwirklichen lassen, da den beiden Motionen unterschiedliche systematische Ansätze zugrunde liegen.

2. Motion Bhend

2.1 Forderung der Motion Bhend

170 Die Forderung der Motion Bhend lautet wie folgt:

„Schluss mit den staatlich geschützten Wuchertarifen bei den Notaren

Der Regierungsrat wird beauftragt, Artikel 52 des Notariatsgesetzes so anzupassen, dass den Notaren die Unterschreitung der heute bestehenden Mindestgebühren jederzeit und ohne Begründung gestattet wird.“¹¹⁵

171 Gefordert wird vom Motionär demnach, dass der Tarifrahmen *ohne Begründung* unterschritten werden kann. Der Motionär geht gemäss dem Wortlaut des Vorstosses weiterhin davon aus, dass es eine Mindest- bzw. Minimalgebühr“ gibt und demnach auch ein Tarifrahmen besteht. Das Anliegen ist mit anderen Worten (nach Auffassung des Unterzeichnenden) nicht dahingehend zu verstehen, dass ein grundlegender Wechsel hin zu einem Vertragssystem mit freier Preisbildung „am Markt“ erfolgen soll. Vielmehr soll das Gebührensystem – mit im Grundsatz hoheitlicher Festlegung der Gebühr aufgrund der Bemessungskriterien nach Art. 52 Abs. 1 NG und staatlicher Kontrolle – weiterbestehen. Durch Parteiabrede oder

¹¹⁵ Auf die Wiedergabe der Begründung und der Antwort des Regierungsrates wird an dieser Stelle verzichtet.

nachträglichen Verzicht des Notars¹¹⁶ soll aber unterhalb des Tarifr Rahmens eine tiefere Gebühr vereinbart werden können.

172 Die Motion sieht keine Befreiung von der Aufsicht oder einer anderen Berufspflicht im Falle einer Gebüh-
renfestsetzung unterhalb des Tarifr Rahmens vor.

173 Das Motionsbegehren entspricht – nach dem Verständnis des Unterzeichnenden – am ehesten der ge-
setzlichen Regelung im Kanton Aargau. Insbesondere würde eine konsequente Umsetzung der Motion
Bhend dazu führen, dass – wie im Kanton Aargau – neben dem bestehenden Gebührensystem (einseitig-
hoheitliche Festsetzung der Gebühr durch die Urkundsperson aufgrund der gesetzlichen Bemessungskri-
terien) ein fakultatives Vertragssystem etabliert würde.¹¹⁷

174 Ein wesentlicher Unterschied zur Rechtslage im Kanton Aargau besteht aber darin, dass nach der Motion
Bhend explizit auch „ohne Begründung“ vom gesetzlichen Tarif abgewichen werden darf. Zu § 69 Abs. 1
Satz 2 BeurG-AG hat das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau demgegenüber festgehalten, dass
auch eine vertragliche Tarifunterschreitung eines sachlichen Grundes bedarf, um dem Gleichbehand-
lungsgebot gemäss Art. 8 Abs. 1 BV zu genügen.

2.2 Stellungnahme zur Motion Bhend

175 Die Möglichkeit, durch Parteiabrede (also Übereinkunft zwischen dem Notar und seinem Klienten) eine
Gebühr unter dem Tarifr Rahmen festzusetzen, ohne dass dafür eine Begründung (ein sachlicher Grund)
vorliegen muss, erachtet der Unterzeichnende aus den unter Kap. II.2.4 hiervor dargelegten Gründen als
verfassungsrechtlich problematisch: Gebühren sind – wie erörtert – aufgrund objektiv überprüfbarer Be-
messungskriterien festgesetzte Abgaben für konkrete staatliche Leistungen. Es ist aber festzuhalten, dass
das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau eine vergleichbare Regelung, wie sie mit der Motion Bhend
verlangt wird, im Beurkundungsgesetz des Kantons Aargau als rechtmässig erachtet hat.¹¹⁸ Das Verwal-
tungsgericht des Kantons Aargau hielt aber auch fest, dass Tarifunterschreitungen sachlich begründet
sein müssen.

176 Zu bedenken gilt es nach Ansicht des Unterzeichnenden im Weiteren, dass bei einer konsequenten Um-
setzung der Motion Bhend der Gebührenfestsetzung aufgrund gesetzlicher, objektiver Kriterien ein ver-
tragliches Preisbildungsmodell nach „Angebot und Nachfrage“ nebengeordnet wird. Die Preisbildung
durch Parteiabrede ist dem heutigen System, das von einem „objektiv korrekten Entgelt“ für die hauptbe-
ruflichen notariellen Dienstleistungen ausgeht, wesensfremd und systematisch inkohärent. Eine Gleichbe-
handlung aller Rechtssuchenden ist nach Ansicht des Unterzeichnenden in einem solchen System prak-
tisch unmöglich. Die Parallelität eines Gebührensystems und eines Vertragssystems dürfte dazu führen,
dass bei der grossen Mehrheit der Rechtssuchenden nach Gebührentarif abgerechnet wird, während ein

¹¹⁶ Wobei in der Praxis ein nachträglicher, einseitiger Verzicht des Notars aus ökonomischen Gründen kaum je in Frage kommen dürfte, womit die Bestimmung wohl praktisch ausschliesslich auf vertragliche Tarifunterschreitungen im Vorfeld der Beurkundung abzielt.

¹¹⁷ Das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau hat in diesem Zusammenhang den Begriff der „eingeschränkten Vertragsfreiheit“ verwendet.

¹¹⁸ AGVE 2014 S. 255 (siehe dazu Kap. I.4.3.a). Das Urteil wurde nicht ans Bundesgericht weitergezogen.

kleiner Kreis mit besonderem Verhandlungsgeschick oder grosser Nachfragemacht erreicht, dass das Notariatsentgelt auf vertraglicher Basis festgelegt wird.

177 Der Unterzeichnende bezweifelt demnach, dass breite Schichten der Bevölkerung von einer solchen Ausnahmeregelung der Tarifreduktion im Einzelfall „ohne Begründung“ profitieren würden. Nach Ansicht des Unterzeichnenden ist anzunehmen, dass in erster Linie grosse Unternehmen mit entsprechender „Nachfragemacht“ und Kenntnissen über die Möglichkeit, über die Notariatsgebühr verhandeln zu können, entlastet würden. Das Gebührensystem würde durch die Möglichkeit, den Tarifrahmen ohne Begründung unterschreiten zu können, nicht einfacher, sondern komplizierter, zumal sich neben das System der (überprüfbar) Gebührenfestlegung ein vertragliches System der gewillkürten Tariffestsetzung gesellen würde.

178 Wenn eine Festsetzung des Notariatsentgelts durch Angebot und Nachfrage („am Markt“) politisch gewollt ist, wäre nach Ansicht des Unterzeichnenden ein grundlegender Wechsel weg von einem Gebührensystem, hin zu einem Vertragssystem, zu prüfen. Ein solches müsste aber wohl mit einem Amtsnotariat für die nicht kostendeckend zu erbringenden Notariatsleistungen kombiniert werden. Mit der Urkundspflicht wäre ein rein vertragliches System zur Festlegung des Entgelts nicht vereinbar.

179 Juristisch unbedenklich wäre es demgegenüber, wenn konkrete Gründe (Ausnahmetatbestände) in die Notariatsgesetzgebung aufgenommen würden, bei welchen eine Unterschreitung des Gebührenrahmens bzw. allenfalls auch ein Erlass der Gebühr erfolgt. Der Wortlaut der Motion lässt aber darauf schliessen, dass damit dem Anliegen des Vorstosses gerade nicht Rechnung getragen würde.

180 Soweit der Motionär die untere Grenze des Tarifrahmens als zu hoch erachten sollte oder darauf abzielt, die Querfinanzierung (Sozialtarif) einzuschränken, könnte nach Ansicht des Unterzeichnenden eine Korrektur im Rahmen der Ausführungsgesetzgebung angestrebt werden. Eine solche hätte den Vorteil, dass alle Rechtssuchenden gleich – und damit auch rechtsgleich im Sinne von Art. 8 Abs. 1 BV – von einer solchen Entlastung profitieren würden.

3. Motion Brönnimann

3.1 Forderung der Motion Brönnimann

181 Die Motion Brönnimann fordert, soweit die Notariatsgebühren betreffend, das Folgende:

„Modernisierung des bernischen Notariats - Revision des Notariatsgesetzes

1. Der Regierungsrat wird beauftragt, dem Grossen Rat eine Revision des Notariatsgesetzes vorzulegen.

2. Bei der Revision sind insbesondere folgende Punkte zu berücksichtigen: [...]

b. Die Minimalgebühren sind aufzuheben. [...]

e. Der für notarielle Handlungen investierte Zeitaufwand ist bei der Gebührenfestlegung verstärkt zu berücksichtigen.“

182 Ziel des Vorstosses ist es, „eine Senkung der Belastung der Gebührenpflichtigen bei Beibehaltung oder Verbesserung der bisherigen Qualitätsstandards“ zu erreichen.

183 Gefordert wird vom Motionär, dass der Tarifrahmen nach unten geöffnet wird; die im Tarif festgelegte bzw. festzulegende Gebühr würde sich demnach als Maximalgebühr verstehen. Im Gegensatz zur Motion Bhend soll aber offenbar nicht ein zum Gebührensystem paralleles Vertragssystem etabliert werden, sondern die Gebühr würde weiterhin einseitig-hoheitlich durch den Notar (gestützt auf gesetzliche Bemessungskriterien) festgelegt. In der Begründung der Motion wird zwar auf die nach Ansicht des Motionärs sinnvollen Wettbewerbselemente hingewiesen, welche es zu stärken gelte. Eine Forderung nach einer Festlegung des Notariatsentgelts gestützt auf eine Parteiabrede (nach dem Grundsatz von Angebot und Nachfrage) ist der Motion nach dem Verständnis des Unterzeichnenden aber nicht zu entnehmen. Die Gebühren wären demnach weiterhin auf Einhaltung der gebührenrechtlichen Vorgaben kontrollierbar.

184 Weiter verlangt die Motion, dass die hauptberuflichen, notariellen Dienstleistungen verstärkt nach dem investierten Zeitaufwand in Rechnung gestellt werden. Jedenfalls mittelbar zielt die Motion damit darauf ab, die Querfinanzierung einzuschränken. Bei einer Gebührenmessung nach Aufwand- bzw. Zeittarif wäre die Querfinanzierung nur noch bei einem Rahmen-Zeittarif über den Rahmen der Stundenansätze möglich.

185 Die Motion sieht keine Befreiung von der Aufsicht oder einer anderen Berufspflicht vor.

3.2 Stellungnahme zur Motion Brönnimann

186 Zur Motion Brönnimann ist zunächst festzuhalten, dass bereits heute der Zeitaufwand bei der Auslegung von Art. 52 Abs. 1 NG das primäre Kriterium für die Gebührenfestlegung darstellt. Da dies aus dem Wortlaut der Bestimmung indessen nicht klar hervorgeht und demnach möglicherweise auch in der Praxis bei der Anwendung Unsicherheiten bestehen, erscheint es dem Unterzeichnenden sinnvoll, wenn die erstrangige Bedeutung des Zeitaufwands bei der Gebührenfestsetzung auch im Gesetzestext festgehalten würde.

187 Ob die weiteren Bemessungskriterien, welche derzeit in Art. 52 Abs. 1 NG verankert sind, beibehalten werden sollen, ist innerhalb des verfassungsrechtlichen Rahmens eine politische Frage. Aus juristischer Sicht erscheinen die weiteren, im geltenden Art. 52 Abs. 1 NG verankerten Kriterien sachlich berechtigt, aber nicht rechtlich zwingend (vgl. Kap. II.3.1). Da der Motionär „die stärkere Berücksichtigung“ der Komponente „Zeitaufwand“ verlangt, nicht aber eine gänzliche Einschränkung der Gebührenbemessung auf den Zeitaufwand, geht der Unterzeichnende davon aus, dass auch nach seinem Anliegen weiterhin mehrere Bemessungskriterien bestehen sollen. Erneut ist darauf hinzuweisen, dass das Gebührensystem und damit auch die Bemessungskriterien in Art. 52 Abs. 1 NG relativ jung sind und demnach die politische Legitimation der weiteren Bemessungskriterien kaum in grundsätzlicher Weise in Frage stehen dürften. Dies hat aber der Gesetzgeber, nicht der Unterzeichnende zu beurteilen.

188 Eine Öffnung des Tarifrahmens nach unten in dem Sinne, dass die Minimalgebühr aufgehoben wird, hätte zur Folge, dass auch die Mittelgebühr wegfällt. Jedenfalls könnte dem arithmetischen Mittel zwischen Fr. 0.- und der Maximalgebühr nicht die Bedeutung der heutigen Mittelgebühr zukommen, welche im gelten-

den System als Basis für die konkrete Gebührenbemessung dient.¹¹⁹ Dies bedeutet wiederum, dass bei Aufhebung der Minimalgebühr ein System mit (nur noch) einer Maximalgebühr eingeführt wird. Ein solches System mit Maximalgebühr besteht heute im Kanton Tessin.

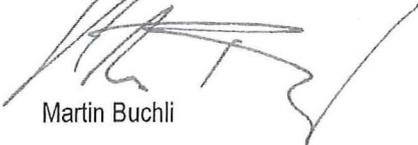
189 Eine Aufhebung der Minimalgebühr würde demnach zu einer grundlegenden Änderung des Gebührensystems führen. Ob in einem System mit Maximal-, aber ohne Mittel- und Minimalgebühren die konkreten Notariatsgebühren insgesamt tiefer ausfallen würden, lässt sich nach Ansicht des Unterzeichnenden nicht abschätzen. Die Aufhebung der Minimalgebühren führt jedenfalls nicht per se zu tieferen Notariatsgebühren. Entscheidender sind diesbezüglich die konkreten Tarife in der Ausführungsgesetzgebung.

190 In einem System, das einen nach unten offenen Gebührenrahmen und damit nur eine Maximalgebühr kennt – und bei dem die Mittelgebühr demnach nicht als Basis für die Gebührenfestlegung dienen kann –, gibt es nach Ansicht des Unterzeichnenden zwei Möglichkeiten für die konkrete Festlegung der Gebühr:

- *Erstens:* Als Ausgangspunkt wird die Maximalgebühr genommen. Von dieser werden aufgrund der Bemessungskriterien Abzüge gemacht (z.B. Abzug wegen geringem Zeitaufwand, geringer Komplexität der Angelegenheit, keiner zeitlichen Dringlichkeit, unbedeutender Wichtigkeit etc.). Dies entspricht der Praxis im Kanton Tessin.
- *Zweitens:* Es wird der konkrete Zeitaufwand mit einem angemessenen Stundenansatz multipliziert. Das Resultat entspricht der Gebühr, wobei im Falle einer Gebühr oberhalb der Maximalgebühr auf diese herabkorrigiert wird. Es ist prima vista davon auszugehen, dass der Motionär diese zweite Möglichkeit bevorzugt. Juristisch ist gegen ein solches System nichts einzuwenden. Eine andere Frage ist es, ob ein solcher Systemwechsel – wie vom Motionär beabsichtigt – zu grundsätzlich tieferen Notariatsgebühren führen würde. Der Unterzeichnende ist in diesem Punkte eher skeptisch und vermutet, dass die Mehrheit der Rechtsgeschäfte in einem solchen System schlicht zum Maximalansatz abgerechnet würde.

191 Um dem Anliegen des Motionärs zur stärkeren Berücksichtigung des Zeitaufwandes zu entsprechen, könnten einzelne Geschäfte von der Rahmen- in die Aufwand- bzw. Zeitgebühr überführt werden. Im heutigen System, bei welchem die konkrete Zuweisung der Geschäfte zu den Gebührenarten auf Verordnungsstufe erfolgt, erschiene es dem Unterzeichnenden diesfalls angezeigt, auch die Geschäfte der Aufwand- bzw. Zeitgebühr in der Verordnung über die Notariatsgebühren zu bestimmen. Um den Anwendungsbereich der Zeitgebühr zu erweitern, wäre aber auf Gesetzesstufe Art. 52 Abs. 4 NG mit einem Buchstaben zu den Aufwandgebühren zu ergänzen. Dies ist nicht nur rechtlich möglich, sondern erscheint nach Ansicht des Unterzeichnenden auch sinnvoll.

Freundliche Grüsse


Martin Buchli

¹¹⁹ Gemäss dem Bericht der BDO AG Solothurn werden drei Viertel der Rechtsgeschäfte auch zum Mittelwert abgerechnet.

