

RUNDSCHREIBEN NR. 1/2010

an alle Notariatspersonen des Kantons Graubünden

A. Interessenwahrungspflicht/Unparteilichkeit des Notars

Mit Disziplinentscheid vom 15. April 2009 erteilte die Notariatskommission einem freiberuflich tätigen Notar einen Verweis wegen Verletzung von Art. 24 Abs. 2 NotG. Der Betroffene hatte einen Grundstückskaufvertrag öffentlich beurkundet und später die Käuferschaft in einem diesen Vertrag betreffenden Gewährleistungsprozess gegen die Verkäuferschaft anwaltlich vertreten. Das Verwaltungsgericht (Entscheid vom 18. August 2009, U 09 46, publ. in PVG 2009 Nr. 4) und das Bundesgericht (Urteil vom 16. März 2010, 2C_649/2009) schützten den Beschluss der Notariatskommission, dem im Wesentlichen die folgenden Überlegungen zu Grunde lagen:

Art. 24 Abs. 2 NotG statuiert die Pflicht der Notariatsperson, die Interessen der Beteiligten gleichmässig und objektiv zu wahren. Aus dieser Interessenwahrungspflicht wird unter anderem die Pflicht des Notars zu Unparteilichkeit abgeleitet. Die Unabhängigkeit und Neutralität eines freiberuflich tätigen Notars ist nach Lehre und Rechtsprechung von herausragender Bedeutung (BGE 133 I 259 ff. [262 f.], E. 3.3; Christian Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, Rz. 895 ff.; Peter Ruf, Notariatsrecht, Langenthal 1995, Rz. 988 ff.).

Gestützt auf den Grundsatz der Unparteilichkeit hat ein Notar die Pflicht, bei Mehrparteiengeschäften das Interesse jeder Partei an einer unparteilichen Tätigkeit der Urkundsperson anlässlich der Vorbereitung der Beurkundung, anlässlich des Beurkundungsvorgangs sowie anlässlich des Vollzugs des beurkundeten Geschäftes, soweit mit letzterem betraut, zu wahren. Die generelle Pflicht der Urkundsperson zu Unparteilichkeit auferlegt ihr aber auch für ihr späteres Verhalten – nach der Beurkundung und der Grundbuchanmeldung – Einschränkungen. Namentlich darf ein Notar, praktiziert er gleichzeitig als Rechtsanwalt, gestützt auf den Grundsatz der Unparteilichkeit in einem Streit, dessen Gegenstand eine öffentliche Urkunde bildet, die er errichtet hat, keine der beteiligten Vertragsparteien anwaltlich vertreten. Dies gilt nicht nur, wenn der Rechtsstreit die Entstehung der Urkunde oder die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes betrifft. Das Verbot, die eine Vertragspartei gegen die andere zu vertreten, bezieht sich vielmehr auf sämtliche Streitigkeiten aus dem beurkundeten Vertrag (PVG 2009 Nr. 4, E. 3b; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 11. Dezember 2002, AGVE 2002, S. 366 ff., E. 2c/aa u.

E. 2c/cc; Brückner, a.a.O., Rz. 883 u. Rz. 900 ff.; Ruf, a.a.O., Rz. 1013; vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts vom 23. Oktober 2008, 2C_407/2008, E. 3.3, sowie vom 9. Februar 2010, 2C_518/2009, E. 4.1, m.w.H.).

Das Verwaltungsgericht Graubünden vertritt die Ansicht, dass die reine Konstellation einer anwaltlichen Vertretung durch den beurkundenden Notar für die Bejahung einer Verletzung der Interessenwahrungspflicht ausreicht. Die Rolle des Notars erschöpft sich bekanntlich nicht in erster Linie im Niederschreiben des Parteiwillens, sondern in der Erläuterung der mit dem geplanten Rechtsgeschäft verbundenen Rechtsfolgen und der allenfalls möglichen Alternativen. Bei der anwaltlichen Vertretung durch den Notar besteht folglich das erhebliche Risiko, dass der Betroffene jenes Wissen, welches er sich bei der Erstellung der Urkunde als Notar angeeignet hat, bei der Ausübung der anwaltlichen Vertretung ausnützt. Während eine Urkundsperson die Interessen der Beteiligten gestützt auf Art. 24 Abs. 2 NotG gleichmässig und objektiv wahren muss, ist ein Anwalt nämlich in erster Linie Verfechter von Parteiinteressen und ist als solcher einseitig für seinen Mandanten tätig. Daher ist die Gefahr eines (bewussten oder unbewussten) Missbrauchs des als Notar erlangten Wissens so gross, dass bereits die abstrakte Möglichkeit des Auftretens gegensätzlicher Interessenlagen ausreichen muss, um auf eine unzulässige Vertretung zu schliessen (PVG 2009 Nr. 4, E. 3c, m.w.H.).

Das Verbot des Notars, der ein Rechtsgeschäft beurkundet hat, in einem nachfolgenden Rechtsstreit als Anwalt der einen Partei zu wirken, kann auch daraus abgeleitet werden, dass er infolge seiner Interessenwahrungspflicht beiden Parteien als unabhängiger Zeuge zur Verfügung stehen muss (Beschluss der Notariatskommission vom 11. Mai 1999, publ. in ZGRG 3/99, S. 87 ff., E. 5; Hans Marti, Bernisches Notariatsrecht, Bern 1983, N 8 zu Art. 32 NG BE, m.w.H.; Ruf, a.a.O., Rz. 1013).

Gestützt auf die vorangehend zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts erweist es sich somit als nicht zulässig, dass ein freiberuflich tätiger Notar ein Anwaltsmandat übernimmt, das eine Streitigkeit aus einem zuvor selbst beurkundeten Vertrag betrifft. Die Vertretung der anfragenden Partei durch einen Büropartner erachtete die Notariatskommission als problematisch, doch fällt der Entscheid über diese Frage in die Kompetenz der Aufsichtscommission über die Rechtsanwälte.

B. Zuständigkeit des Kreisnotars für Beurkundungen

Nach Art. 2 Abs. 2 NotG sind Kreisnotarinnen und Kreisnotare für die in ihrem Kreis anfallenden Beurkundungen zuständig, das heisst für Rechtsgeschäfte über Grundstücke, die ganz oder teilweise in ihrem Kreis liegen, und für andere Geschäfte, sofern mindestens eine Urkundspartei im Kreis wohnhaft ist oder ihren Sitz hat. Sie üben ihre Funktionen in ihrem Kreis aus (vgl. zur örtlichen und sachlichen Zuständigkeit der Kreisnotare im Einzelnen das Rundschreiben Nr. 1/1999). Ein Kreisnotar ist bei seiner Tätigkeit folglich an seinen Amtskreis gebunden, weshalb es sich als unzulässig erweist, eine Sacheinlagegründung zu beurkunden, die zwei in Graubünden gelegene Grundstücke betrifft, von denen indes nur eines im eigenen Kreis liegt. Die Sacheinlage eines Grundstücks beinhaltet

tet nämlich nicht nur eine gesellschaftsrechtliche, sondern auch eine sachenrechtliche Komponente.

C. Homepage der Notariatskommission

Auf der Homepage der Notariatskommission sind neben Informationen zur Kommission auch Formulare zum Protokollbuch A und B sowie diejenigen Rundschreiben, die seit 1999 veröffentlicht wurden und auch unter dem neuen Notariatsgesetz noch Gültigkeit haben, abrufbar. Die Adresse lautet:

<<http://www.gr.ch/DE/institutionen/verwaltung/djsg/ds/dienstleistungen/Kom/Seiten/Notariatskommission.aspx>>

Für allfällige Fragen steht Ihnen der Unterzeichnete zur Verfügung.

Für die Notariatskommission:

Dr. iur. Gieri Caviezel

Kopie z. K. an:

- Grundbuchinspektorat Graubünden, lic. iur. Ludwig Decurtins, Rohanstrasse 5, 7000 Chur
- Handelsregister Graubünden, lic. iur. Arno Lombardini, Rohanstrasse 5, 7000 Chur
- Notariatsinspektor Dr. iur. Hans-Rudolf Bener, Hartbertstrasse 1, 7001 Chur
- Departement für Justiz, Sicherheit und Gesundheit Graubünden, Departementssekretär lic. iur. Matthias Fässler, Hofgraben 5, 7000 Chur