

RUNDSCHREIBEN

NR. 3/2012

an alle patentierte Notarinnen und Notare des Kantons Graubünden

Sehr geehrte Damen und Herren

Die Notariatskommission wurde kürzlich mit der Frage der Zulässigkeit der Erbringung von Notariatsdienstleistungen im Rahmen einer Notariats-AG konfrontiert. Konkret geht es um die Frage, ob ein patentierter Notar im Kanton Graubünden seine Notariatsdienstleistungen als Angestellter seiner Anwalts- und Notariats-AG (im konkreten Fall ist er alleiniger Eigentümer der Aktien der Gesellschaft) erbringen kann. Die Notariatskommission nimmt zu dieser Frage als Aufsichtsbehörde über das gesamte Notariatswesen und im Rahmen der Auskunftserteilung über notariatsrechtliche Belange von allgemeiner Bedeutung (Art. 5 Abs. 1 sowie Art. 5 Abs. 2 lit. h des Notariatsgesetzes) folgendermassen Stellung.

- 1) Die Frage der zivilrechtlichen Organisationsmöglichkeiten freiberuflicher Rechtsanwälte und Notare wird seit Jahren thematisiert. Im Bereich der Anwaltstätigkeit besteht ein allgemeiner Konsens darüber, dass es mit dem Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) vereinbar ist, sich als Anwalt bei einer als Aktiengesellschaft organisierten Anwaltskanzlei anstellen zu lassen und die Anwaltstätigkeit auszuüben (vgl. BGE 2C_237/2011 vom 7. September 2012 mit einem Überblick über den Stand der Lehre und den Regelungen in den Kantonen).

Im Notariatsbereich liegen bisher – soweit ersichtlich – keine Gerichtsurteile zu dieser Frage vor. Immerhin besteht aber heute weitestgehend Einigkeit darüber, dass aus rechtlicher Sicht die Ausübung des Notariatsberufes in der Form der juristischen Person nicht ausgeschlossen ist (vgl. dazu Stefan Wolf, Zivilrechtliche Organisationsmöglichkeiten für das freiberufliche Notariat – Betrachtungen de lege lata, Gedanken de lege ferrenda, in: Festschrift 100 Jahre Verband Bernischer Notare, S. 314 ff., mit

weiteren Hinweisen, Langenthal 2003)¹. In diesem Sinne werden notarielle Dienstleistungen in verschiedenen Kantonen denn auch unter dem Dach einer Aktiengesellschaft angeboten².

- 2) Das Notariatsgesetz des Kantons Graubünden vom 18. Oktober 2004 (NG) äussert sich zur Frage der Anstellungsverhältnisse in Art. 8 unter dem Titel „Unvereinbarkeit“. Demnach darf nicht als Notariatsperson amten, wer entweder voll bzw. hauptamtlich im Dienst des Bundes, des Kantons, eines Regionalverbandes, eines Bezirks bzw. einer Gemeinde steht oder bei einer dem Schweizerischen Bankengesetz unterstellten Unternehmung angestellt oder daran massgebend beteiligt ist. Weitere Unvereinbarkeitsregelungen, insbesondere hinsichtlich der Tätigkeit in einer als juristische Person konstituierten Notariatsgesellschaft bestehen nicht. Folglich geht die Notariatskommission davon aus, dass **die Erbringung von Notariatsdienstleistungen in einer Notariats-AG (was der Gegenstand der Anfrage ist) nach der heutigen Gesetzeslage nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist, sofern die nachstehenden Rahmenbedingungen, insbesondere die Unabhängigkeit des Notars, gewährleistet werden.**

- 3) Werden notarielle Dienstleistungen im Rahmen einer juristischen Person erbracht, sind aus Sicht der Notariatskommission – vor allem mit Blick auf die Wahrung der Unabhängigkeit des einzelnen Notars – verschiedene Rahmenbedingungen zu beachten:
 - a) Urkundsperson ist der Notar bzw. die Notarin im Sinne von Art. 1 NG. Die Notariatsperson ist auch Adressat der verschiedenen Amtspflichten gemäss Art. 21 ff. NG. Folglich entsteht auch nur ein Rechtsverhältnis zwischen dem Klienten und dem Notar/Notarin persönlich. Mit der juristischen Person, bei welcher die Notariatsperson angestellt ist, entsteht aus Sicht des Klienten kein Rechtsverhältnis, **der Notar übt seine Tätigkeit im eigenen Namen und auch auf eigene Verantwortung aus.** Er allein ist auch für die Einhaltung der Berufspflichten verantwortlich und haftet für allfällig durch ihn verursachte Vermögensschäden; er kann auch disziplinarisch belangt werden.

 - b) Von zentraler Bedeutung ist, dass die **Unabhängigkeit des Notars** auch bei der Berufsausübung in einer Notariatsgesellschaft in jeder Hinsicht gewahrt ist. Die Erfüllung der Amtspflichten, wie sie sich aus den einschlägigen Bestimmungen (vgl. insbesondere Art. 21 ff. NG) ergeben, ist auch in einer Notariatsgesellschaft sicherzustellen. Dazu gehört – trotz fehlender ausdrücklicher Regelung im Notariatsgesetz – insbesondere die Unabhängigkeit des Notars. Die Urkundsparteien müssen jederzeit die Gewähr haben, dass der Notar ihre Interessen losge-

¹ Der in diesem Aufsatz enthaltene Hinweis auf Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Rz. 3474, wonach die Ausübung der Beurkundungstätigkeit durch Notare als Angestellte ihrer eigenen Aktiengesellschaft als unzulässig bezeichnet wird, dürfte überholt sein. Gemäss § 8 der Notariatsverordnung des Kantons Basel Stadt ist „die Anstellung als Notarin oder Notar bei einer Gesellschaft mit oder ohne juristische Persönlichkeit, deren Hauptzweck die Erbringung von notariellen und allenfalls anwaltschaftlichen Rechtsdienstleistungen ist und die durch aktiv tätige Notarinnen und Notare entweder allein oder zusammen mit im Anwaltsregister eingetragenen Anwältinnen und Anwälten beherrscht wird“ zulässig. Von dieser Bestimmung macht auch der Autor des Schweizerischen Beurkundungsrechts Gebrauch.

² Nach den Abklärungen der Notariatskommission handelt es sich dabei mindestens um die Kantone Basel Stadt, Zug, Obwalden und Uri.

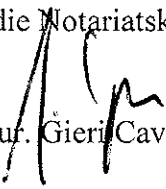
löst von irgendwelchen Bindungen gleichmässig und unparteiisch wahr und dass er auch alle weiteren Berufspflichten ohne jede Beeinflussung durch Dritte erfüllen kann.

Analog den entsprechenden Anforderungen im Anwaltsbereich einerseits (vgl. dazu ausführlich BGE 2C_237/2011 vom 7. September 2012, E. 17) und in Anlehnung an die für den Kanton Basel Stadt im Notariatsbereich für diesen Fall geltenden Regelung andererseits (§ 8 der Notariatsverordnung) ist die Unabhängigkeit mit einer klaren **Organisationsstruktur** sicherzustellen. Demnach muss sich der Hauptzweck der Gesellschaft (mit oder ohne juristische Persönlichkeit) auf die Erbringung von notariellen und allenfalls anwaltlichen Rechtsdienstleistungen beschränken. Ausserdem können lediglich aktiv tätige Notarinnen und Notare entweder allein oder allenfalls zusammen mit im Anwaltsregister eingetragenen Anwältinnen und Anwälten Aktionäre der Notariatsgesellschaft sein. Dieselben Anforderungen sind an die obersten Leitungs- und Verwaltungsorgane der Gesellschaft zu stellen. Schliesslich ist auch sicherzustellen, dass die Notariatspersonen keinen Weisungsbefugnissen Dritter unterstehen (vgl. zu den organisatorischen Anforderungen im Übrigen den Entscheid der Zürcher Aufsichtskommission über Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte vom 5. Oktober 2006, in: ZR 105/2006, Nr. 71, S. 294 ff.).

- c) Da die Beurkundungsbefugnis eine individuelle Verleihung ad personam (und nicht an eine Notariatsgesellschaft) ist, ist auch die **Entschädigung** für die entsprechende Notariatsdienstleistung grundsätzlich als individuelle öffentlich-rechtliche Forderung der betreffenden Urkundsperson zu qualifizieren. Die Abtretbarkeit derartiger Forderungen an die Notariatsgesellschaft beurteilt sich nach Art. 164 OR bzw. nach den entsprechenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften (vgl. ZK Spirig, N. 142 ff. und N. 182 zu Art. 164 OR). Soweit ersichtlich enthält das öffentliche Recht keine Vorschriften, welche einer Abtretung der Gebührenansprüche entgegenstehen (vgl. auch Wolf, a.a.O., S. 370)³. Selbstverständlich wäre die Notariatsgesellschaft aber nicht berechtigt, Gebührenforderungen durchzusetzen, dies steht ausschliesslich der Notariatsperson selber zu (Art. 1 Abs. 3 der Verordnung über die Notariatsgebühren).
- 4) Unter Berücksichtigung der dargestellten Rahmenbedingungen und der weiteren Pflichten, welche sich aus der bestehenden Gesetzgebung für die Notariatspersonen ergeben, bejaht die Notariatskommission die Möglichkeit, Notariatsdienstleistungen im Rahmen einer Notariatsgesellschaft (mit oder ohne juristische Persönlichkeit) zu erbringen. Selbstverständlich erfolgt diese Beurteilung ausschliesslich auf der Grundlage der heutigen Gesetzeslage. Künftige Änderungen der Beurteilungsgrundlagen bleiben deshalb ausdrücklich vorbehalten.

³ Mit Blick auf das Notariatsgeheimnis drängt sich u.U. die Befreiung vom Notariatsgeheimnis als Voraussetzung für die Forderungsabtretung auf. Dies wäre insbesondere dann geboten, wenn der Gesellschaft zusammen mit der Forderungsabtretung auch die Namen der Urkundsparteien mitgeteilt würden. Im vorliegenden Fall, in dem der Notar alleiniger Eigentümer der Aktien der Anwalts- und Notariats-AG ist, ist die Befreiung entbehrlich.

Für die Notariatskommission:


Dr. iur. Gieri Caviezel

Geht an:

- Alle patentierte Notarinnen und Notare
- Departement für Justiz, Sicherheit und Gesundheit Graubünden, Departementssekretär
lic. iur. Matthias Fässler, Hofgraben 5, 7000 Chur
- Notariatsinspektor Dr. iur. Hans-Rudolf Bener, Postfach 86, 7002 Chur
- Grundbuchinspektorat Graubünden, lic. iur. Ludwig Decurtins, Rohanstrasse 5, 7000
Chur