

---

## **Festschrift**

### **100 Jahre Verband bernischer Notare**

Herausgegeben von

PROF. DR. IUR. PETER RUF, Notar/Steuerexperte, Langenthal, und  
DR. IUR. ROLAND PFÄFFLI, Notar/Grundbuchverwalter, Thun



PD DR. IUR. STEPHAN WOLF

## **Zivilrechtliche Organisationsmöglichkeiten für das freiberufliche Notariat – Betrachtungen de lege lata, Gedanken de lege ferenda**

### **Inhaltsübersicht**

- A. Einleitung
- B. Betrachtungen de lege lata
  - I. Rechtsverhältnis zwischen Notar und Klient
    - 1. Allgemeines
    - 2. Hauptberufliche Tätigkeit
    - 3. Nebenberufliche Tätigkeit
  - II. Angestellter Notar
  - III. Bürogemeinschaften
    - 1. Übersicht
    - 2. Gesellschaftsformen
      - 2.1. Recht von 1980
      - 2.2. Geltendes Recht
    - 3. Mögliche Partner für die gemeinsame Büروفührung
- C. Gedanken de lege ferenda
  - I. Einleitende Bemerkungen
  - II. Bewährtes beibehalten
    - 1. Angestellter Notar
    - 2. Bürogemeinschaften
  - III. Neues prüfen – Zur Frage der Ausübung des Notariats in der Form einer juristischen Person
    - 1. Einleitung
    - 2. Stand der Diskussion
    - 3. Kein grundsätzlicher Ausschluss der Möglichkeit der Entstehung des Rechtsverhältnisses des Klienten zu einer juristischen Person
    - 4. Denkbare Varianten
      - 4.1. Einleitung
      - 4.2. Berufsausübung auf Rechnung einer juristischen Person, aber in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung
      - 4.3. Berufsausübung im Namen und auf Rechnung einer juristischen Person
    - 5. Entstehender Regelungsbedarf
      - 5.1. Vorbemerkung
      - 5.2. Insbesondere Sicherstellung der Unabhängigkeit
      - 5.3. Weiterer Regelungsbedarf
- D. Schluss

## A. Einleitung

Tempora mutantur nos et mutamur in illis<sup>1</sup>. Diese Einsicht gilt auch für das – in freilich jeweils sehr unterschiedlichen Ausgestaltungen – auf eine rund zweitausendjährige Geschichte zurückblickende freie Berufsnotariat.

Als Angehöriger eines liberalen Berufes übt der Notar seine Tätigkeit herkömmlicherweise allein oder allenfalls in einer kleinen Gruppe von Notaren oder Notaren und Anwälten aus. In jüngerer Zeit hat sich allerdings das Bedürfnis nach Zusammenarbeit unter Notaren aus verschiedenen Gründen erhöht. Das Notariat ist von allgemein bekannten Erscheinungen wie der gestiegenen Komplexität der Sachverhalte und der zunehmenden Regelungsdichte<sup>2</sup> nicht unbeeinflusst geblieben. Entsprechend hat der Notar anlässlich der Errichtung einer öffentlichen Urkunde in steigendem Ausmass verschiedene, unter sich nicht immer kongruente Teilrechtsgebiete zu berücksichtigen. Im Weiteren beschränken sich die Bedürfnisse der Klientschaft vermehrt nicht nur auf die Vornahme der öffentlichen Beurkundung allein, sondern verlangen darüber hinaus ebenfalls nach einer umfassenden rechtlichen, insbesondere auch steuerrechtlichen, und wirtschaftlichen Beratung. In diesen nebenberuflichen Tätigkeitsbereichen sieht sich denn das Notariat auch zunehmend in Konkurrenz versetzt zu Steuerberatungsfirmen, Banken und Treuhandgesellschaften<sup>3</sup>, die ihrerseits nicht selten global tätig sind.

In Anbetracht des soeben Gesagten stellt sich naturgemäss die Frage nach den zivilrechtlichen Möglichkeiten der Zusammenarbeit für das freiberufliche Notariat. Das hundertjährige Bestehen unseres Verbandes soll deshalb auch Anlass dazu sein, eine Bestandesaufnahme vorzunehmen und – von dieser ausgehend – neue Varianten der Ausübung der notariellen Berufstätigkeit in Erwägung zu ziehen. In diesem Sinne finden sich nachfolgend vorerst Betrachtungen zur Situation de lege lata<sup>4</sup>.

1 Übersetzt: «Die Zeiten ändern sich und wir ändern uns mit ihnen.» Siehe zu dieser aus der Renaissance stammenden, in ihren Ansätzen aber wahrscheinlich wesentlich älteren Sentenz ANDREAS GARTNER, *Proverbialia dictoria*, 1566, und MATTHIAS BORBOINIUS, *Aussprüche*, 1612.

2 Vgl. dazu aus der Sicht der Advokatur MICHAEL PFEIFER, *Der Rechtsanwalt in der heutigen Gesellschaft*, in: ZSR 1996, II, S. 293.

3 Siehe so schon die Ausführungen im Entwurf des Vortrages des Regierungsrates an den Grossen Rat des Kantons Bern betreffend die Teilrevision des Notariatsgesetzes vom 4. Dezember 1996 (zitiert: *Vortragsentwurf*), S. 2.

4 B. sogleich.

Alsdann sollen einige Gedanken de lege ferenda angestellt werden<sup>5</sup>, und schliesslich sind einige Folgerungen zu ziehen<sup>6</sup>.

## B. Betrachtungen de lege lata

### I. Rechtsverhältnis zwischen Notar und Klient

#### 1. Allgemeines

Nach bernischem Recht werden die Tätigkeiten des Notars im Rahmen einer fundamentalen *Dichotomie* in solche hauptberuflicher und solche nebenberuflicher Art gegliedert. Die *hauptberufliche Tätigkeit* umfasst die dem Notar übertragenen, hoheitliche Aufgaben beinhaltenden Bereiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit<sup>7</sup>, d.h. insbesondere die öffentliche Beurkundung (Art. 15 NG), darüber hinaus aber auch die weiteren, in Art. 16 NG angeführten Tätigkeiten mit Ausnahme der Beschwerdeführung<sup>8</sup>. Demgegenüber gehören zur *nebenberuflichen Tätigkeit* des Notars privatwirtschaftliche Verrichtungen; darunter fallen nach der nicht als abschliessend zu verstehenden Aufzählung des Art. 19 NG<sup>9</sup> Aufträge für Rechtsberatung, Vermögensverwaltung, Treuhandfunktionen und Ähnliches.

#### 2. Hauptberufliche Tätigkeit

Das Rechtsverhältnis zum Klienten ist für die hauptberufliche notarielle Tätigkeit insgesamt durch das *kantonale öffentliche Recht* geregelt<sup>10</sup>. Wird die öffentliche Beurkundung durch staatliche Beamte vorgenommen, so tritt der Kunde in ein besonderes verwaltungsrechtliches Verhältnis direkt zu jenem Gemeinwesen, dem die Beurkundungszuständigkeit im entsprechenden Gebiet zukommt<sup>11</sup>. In Kantonen mit freiberuflichem Notariat dagegen entsteht das *öffentlich-rechtliche Verhältnis* immer *zwischen dem Klienten und dem einzelnen*, mit der Vornahme der Beurkun-

5 C. hienach.

6 D. hienach.

7 PETER RUF, *Notariatsrecht*, Skriptum, Langenthal 1955, Rz. 288.

8 Vgl. HANS MARTI, *Bernisches Notariatsrecht*, Bern 1983 (zitiert: MARTI, *Notariatsrecht*), N. 3 zu Art. 16 NG.

9 MARTI, *Notariatsrecht* (Fn. 8), N. 2 zu Art. 19 NG; RUF (Fn. 7), Rz. 289.

10 BGE 99 II 161; 103 Ia 87; LOUIS CARLEN, *Notariatsrecht der Schweiz*, Zürich 1976, S. 36 f. und 155; MARTI, *Notariatsrecht* (Fn. 8), N. 5 zu Art. 2 NG; HANS MARTI, *Notariatsprozess*, Grundzüge der öffentlichen Beurkundung in der Schweiz, Bern 1989, S. 18; CHRISTIAN BRÜCKNER, *Schweizerisches Beurkundungsrecht*, Zürich 1993, Rz. 488.

11 Dies wird regelmässig der Kanton sein.

dung *rogierten Notar*. Dies gilt selbst dann, wenn mehrere Urkundspersonen in Kanzleigemeinschaft praktizieren<sup>12</sup>. Führen mehrere Notare ein *gemeinsames Büro*, sieht Art. 8 Abs. 2 NG nämlich ausdrücklich vor, dass jeder Notar seine hauptberufliche Tätigkeit im eigenen Namen und auf eigene Verantwortung ausübt<sup>13</sup>. Demzufolge steht der für die hauptberufliche Tätigkeit geschuldete Gebührenanspruch (Art. 33 NG) ausschliesslich dem rogierten Notar zu<sup>14</sup>. Dieser allein ist dem Klienten auch vermögensrechtlich verantwortlich (Art. 36 NG). Eine Solidarhaftung allfälliger Büropartner der rogierten Urkundsperson ist ausgeschlossen, dies selbst dann, wenn sich mehrere Notare als Kollektivgesellschaft im Handelsregister haben eintragen lassen<sup>15</sup>. Analog ist die Rechtslage, wenn sich ein Notar bei einem anderen Notar *anstellen* lässt. In diesem Fall übt der Mitarbeiter-Notar seinen Beruf extern in voller Selbständigkeit aus<sup>16</sup>; das öffentlich-rechtliche Verhältnis des Klienten entsteht somit nur zu ihm und nicht zum Arbeitgeber-Notar. Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit trifft ausschliesslich die rogierte Urkundsperson, auch wenn diese ihre Tätigkeit auf Rechnung eines anderen Notars ausübt<sup>17</sup>.

Zusammengefasst lässt sich für den Bereich der hauptberuflichen Tätigkeit festhalten, dass ein gegebenenfalls unter mehreren Notaren intern bestehendes Rechtsverhältnis, wie insbesondere ein Gesellschaftsvertrag oder eine Anstellung, den Klienten nicht berührt<sup>18</sup>. Der Kunde tritt immer in ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis ausschliesslich zu dem im Einzelfall mit der Beurkundung rogierten Notar. Dieser bleibt insbesondere auch, unabhängig von der Organisationsform der Bürogemeinschaft oder dem Bestehen eines Anstellungsverhältnisses, das alleinige Haftungssubjekt<sup>19</sup>.

12 Zu den diesbezüglich de lege lata bestehenden Möglichkeiten B.III. hienach.

13 Dieser im bernischen Recht explizit verankerte Grundsatz ist von allgemeiner Geltung für das freiberufliche Notariat; siehe BRÜCKNER (Fn. 10), Rzn. 491 und 466.

14 MARTI, Notariatsrecht (Fn. 8), N. 3 zu Art. 33 NG.

15 BRÜCKNER (Fn. 10), Rz. 466; RUF (Fn. 7), Rz. 1110; vgl. ebenfalls MARTI, Notariatsrecht (Fn. 8), N. 12 zu Art. 36 NG. Siehe dazu neuerdings auch LEONHARD MÜLLER, Die Haftung der Urkundsperson, Mit besonderer Berücksichtigung des aargauischen Rechts, Diss. Zürich 2000 (zitiert: MÜLLER, Haftung), S. 254, wonach eine solidarische Haftung nur ausnahmsweise in Frage kommt, wenn mehrere Urkundspersonen selbständig tätig werden. Zu einer Mehrheit von haftpflichtigen Urkundspersonen LEONHARD MÜLLER, a.a.O., S. 266 ff., sowie ders., Die Haftung der Urkundsperson im Verhältnis zur Haftung von weiteren haftpflichtigen Personen, in: ZBGR 2001, S. 269 ff.

16 MARTI, Notariatsrecht (Fn. 8), N. 11 zu Art. 2 NG i.f.

17 MÜLLER, Haftung (Fn. 15), S. 255.

18 MARTI, Notariatsrecht (Fn. 8), N. 3 zu Art. 8 NG; vgl. auch RUF (Fn. 7), Rz. 295.

19 RUF (Fn. 7), Rz. 1110; MÜLLER, Haftung (Fn. 15), S. 254 f.

### 3. Nebenberufliche Tätigkeit

Im Bereich der nebenberuflichen Tätigkeit (Art. 19 NG) richtet sich das Rechtsverhältnis zwischen Klient und Notar nach den Regeln des *Privatrechts*<sup>20</sup>. Der zwischen den Parteien abgeschlossene *Vertrag* wird in der Regel als Auftrag (Art. 394 ff. OR) zu qualifizieren sein<sup>21</sup>. Anders als im Hauptberuf, wo die Klientschaft in ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis ausschliesslich zu der von ihr rogierten Urkundsperson tritt<sup>22</sup>, braucht im nebenberuflichen Bereich ein Vertrag nicht zwingend mit dem konkret kontaktierten oder tätig werdenden Notar zu entstehen. Wird ein gemeinsames Büro in Form einer nach aussen auftretenden Gesellschaft geführt oder ist ein Notar bei einem anderen Notar angestellt, so kann der Vertrag sowohl zwischen dem Klienten und dem betreffenden einzelnen Notar als auch zwischen dem Klienten und der Gesellschaft oder dem Arbeitgeber-Notar eingegangen worden sein<sup>23</sup>. Je nachdem ist der beauftragte Notar oder die Gesellschaft oder der Arbeitgeber-Notar Gläubiger des für die nebenberufliche Tätigkeit geschuldeten Honorars (Art. 34 NG)<sup>24</sup>, und es haftet der entsprechende Notar oder aber die Haftung erfasst ebenfalls dessen Mitgesellschafter<sup>25</sup> oder den Arbeitgeber-Notar<sup>26</sup>. Für die Beurteilung, mit wem der Klient den Vertrag über eine notarielle nebenberufliche Tätigkeit abgeschlossen hat, ist das Zivilrecht massgebend. Allgemeingültige und griffige Kriterien zur Abgrenzung, ob das im nebenberuflichen Bereich bestehende privatrechtliche Verhältnis des Klienten mit dem einzelnen Notar oder mit der Gesellschaft bzw. dem Arbeitgeber-Notar begründet wird, fehlen allerdings. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang in einem jüngeren Entscheid<sup>27</sup> erwogen, eine Anwaltssozietät, die ihre Dienst-

20 MARTI, Notariatsrecht (Fn. 8), N. 4 zu Art. 8 NG; vgl. auch DERS., Notariatsrecht (Fn. 8), N. 1 zu Art. 37 NG.

21 MARTI, Notariatsrecht (Fn. 8), N. 2 zu Art. 34 NG; RUF (Fn. 7), Rz. 303.

22 Dazu B.I.2. soeben.

23 Siehe auch RUF (Fn. 7), Rz. 295 i.f., wonach im Rahmen der nebenberuflichen Tätigkeit ein privatrechtliches Verhältnis zwischen dem Klienten und der Gesellschaft (Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft) entstehen kann. MARTI, Notariatsrecht (Fn. 8), N. 4 zu Art. 8 NG, hält in dieser Hinsicht ausschliesslich fest, das Vertragsverhältnis entstehe im Falle einer nach aussen auftretenden Kollektivgesellschaft zwischen dem Klienten und dieser.

24 MARTI, Notariatsrecht (Fn. 8), N. 4 zu Art. 34 NG; RUF (Fn. 7), Rz. 1192.

25 Vgl. dazu auch RUF (Fn. 7), Rz. 1110, m.w.H.

26 Für die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Notars aus nebenberuflicher Tätigkeit verweist Art. 37 NG auf die Vorschriften des Obligationenrechts. Siehe zur entsprechenden Haftung MARTI, Notariatsrecht (Fn. 8), N. 1-3 zu Art. 36 NG, RUF (Fn. 7), Rzn. 1064 ff., und neuerdings HUBERT BÄR, Vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Notars und Versicherung, in: BN 2002, S. 181.

27 BGE 124 III 363 ff.

leistungen als einheitliches Unternehmen offeriere und mit einheitlichem Briefkopf und einheitlicher Zahlstelle nach aussen aufzutreten, müsse sich u.U. beim erweckten Rechtsschein der gesellschaftlichen Verbindung behaftet lassen<sup>28</sup>. M.E. müsste das Gleiche analog auch für eine Gesellschaft mehrerer Urkundspersonen im nebenberuflichen Tätigkeitsbereich – nicht aber für den Hauptberuf<sup>29</sup> – gelten<sup>30</sup>. Ob für die Pflichtverletzung eines Notars eine kollektive Haftung seiner Mitgesellschafter besteht, wäre mithin in sinngemässer Übernahme der die Anwaltssozietät betreffenden bundesgerichtlichen Erwägungen danach zu entscheiden, ob ein Gesamtmandat an die einfachen Gesellschafter bzw. die Kollektivgesellschaft oder ein Einzelmandat ausschliesslich an einen bestimmten einzelnen Gesellschafter vorliegt. Das Bundesgericht unterscheidet dabei zwischen Auftrag und Vollmacht und will auf Ersteres abstellen. Dennoch weist es darauf hin, dass es im Falle eines Gesamtmandates an der Anwaltssozietät liege, «mittels entsprechender Gestaltung der Vollmachtsurkunde auch die Haftungsfrage im Voraus zu klären»<sup>31, 32</sup>. Dieses Unterscheidungskriterium, insbesondere die Heranziehung der Vollmacht in ihrer konkreten Ausgestaltung, ist allerdings für den nebenberuflichen notariellen Tätigkeitsbereich insofern von bloss beschränkter Tauglichkeit, als hier die Ausstellung von Vollmachten in Schriftform eher unüblich ist, da es bei den in Frage stehenden Verrichtungen – gemäss Art. 19 NG sind dies Rechtsberatung, Vermögensverwaltung, Treuhandfunktionen und Ähnliches – im Gegensatz zur (forensischen) Anwaltstätigkeit einer solchen förmlich ausgestellten Bevollmächtigung häufig nicht bedarf. Immerhin wäre in Befolgung des vom Bundesgericht erwähnten Kriteriums näher zu prüfen, ob nicht die Frage auch im notariellen nebenberuflichen Bereich mittels entsprechender Gestaltung des Vollmachtsformulars jedenfalls teilweise geklärt werden könnte. Wie weit damit Haftungsbeschränkungen möglich sind, muss allerdings offenbleiben<sup>33</sup>.

28 Dazu BGE 124 III 365–367.

29 Siehe für die diesbezüglich bestehende besondere Regelung des kantonalen öffentlichen Rechts B.I.2. hievor.

30 Ebenso auch schon MÜLLER, Haftung (Fn. 15), S. 255 f.

31 BGE 124 III 367 f.

32 Siehe dazu und zu den damit nach wie vor zahlreichen und bedeutenden offenen Fragen auch die Entscheidungsbereinigungen von PETER NOBEL, Haftung von Anwaltssozietäten, in: recht 1999, S. 111 ff., und ROLF BÄR, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1998, in: ZBJV 1999, S. 591 ff., je m.w.H.

33 So für die Anwaltstätigkeit NOBEL (Fn. 32), S. 113. Zu den hinsichtlich der Haftungsfrage nach wie vor bestehenden Unsicherheiten auch BÄR (Fn. 32), S. 592 f., der von einer faktischen Vermutung gegen das Gesamtmandat ausgeht.

## II. Angestellter Notar

Die Figur des angestellten Notars findet seit der Revision des Notariatsgesetzes von 1980 keine positivrechtliche Erwähnung mehr. Mit der seinerzeitigen Gesetzesrevision sollte aber nicht ausgeschlossen werden, dass ein Notar Mitarbeiter eines anderen Notars sein kann. Vielmehr ist es nach wie vor möglich – und auch begrüssenswert –, dass namentlich junge Notare ihre berufliche Tätigkeit bei einem erfahrenen Kollegen beginnen können<sup>34</sup>. Infolge des Gebotes der Unabhängigkeit der Urkundsperson<sup>35</sup> ist ein solches *Anstellungsverhältnis* jedoch *nur* möglich zu *einem anderen praktizierenden Notar* als Arbeitgeber. Der Arbeitgeber-Notar muss mithin selbst im Besitz der Berufsausübungsbewilligung sein, sodass er dieselben Unabhängigkeitsgebote zu beachten hat wie der von ihm angestellte Notar. Es wäre deshalb unzulässig, wenn ein Notar auf seine Berufsausübungsbewilligung verzichten und in seinem Büro einen Notar anstellen würde<sup>36</sup>. Aus demselben Grunde ist eine Anstellung eines Notars durch einen Fürsprecher oder einen Vertreter eines anderen Berufes ausgeschlossen, auch wenn mit diesen gemäss Art. 8 Abs. 1 NG ein gemeinsames Büro geführt werden darf<sup>37</sup>.

Für die Verrichtung der hauptberuflichen Tätigkeit seitens des angestellten Notars ist – selbstverständlich – das Notariatsrecht massgebend. Ein dem arbeitsvertraglichen Subordinationsverhältnis typischerweise entsprechendes Weisungsrecht des Arbeitgebers<sup>38</sup> kann in diesem Bereich nicht gegeben sein. Wie der angestellte Notar seine hauptberufliche Tätigkeit ausübt, ist – im Rahmen der einschlägigen notariatsrechtlichen Vorschriften – seiner alleinigen Entscheidung zu überlassen. Für das externe Verhältnis zum Klienten gilt – unabhängig vom Bestehen eines Arbeitsvertrages – von Gesetzes wegen, dass der Notar seine hauptberufliche Tätigkeit in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung

34 MARTI, Notariatsrecht (Fn. 8), N. 11 zu Art. 2 NG; vgl. auch DERS., Notariatsrecht (Fn. 8), N. 2 zu Art. 8 NG. Siehe für die Zulässigkeit der Anstellung bei einer anderen Urkundsperson ebenfalls BRÜCKNER (Fn. 10), Rzn. 3466 f.

35 Das Gebot der Unabhängigkeit wird als Grundsatz in Art. 2 Abs. 2 NG aufgestellt und im Einzelnen insbesondere durch die Unvereinbarkeitsvorschriften des Art. 3 NG gesichert.

36 Siehe RUF (Fn. 7), Rz. 295.

37 Vgl. PETER RUF/ROLAND PFÄFFLI, Revision des Notariatsrechts im Kanton Bern, in: BN 1998, S. 285; ebenso auch BRÜCKNER (Fn. 10), Rzn. 3471 f. Diesbezüglich a.M. noch RUF (Fn. 7), Rz. 295 i.f., wonach ein arbeitsvertragliches Verhältnis auch zu einem Anwalt als Arbeitgeber zulässig ist; ebenso nun auch MÜLLER, Haftung (Fn. 15), S. 255, Anm. 82.

38 Vgl. Art. 321 d OR.

ausübt; ebenso hat jeder Notar seine Urschriftensammlung und die Register gesondert zu führen (Art. 8 Abs. 2 NG)<sup>39</sup>. Regelungsgegenstand des Arbeitsvertrages kann somit im hauptberuflichen Bereich ausschliesslich die Ausgestaltung des internen Verhältnisses zwischen angestelltem Notar und Arbeitgeber-Notar sein, so etwa die Festlegung der Arbeitszeiten, der Lohn oder die Abtretung des Gebührenanspruchs an den Arbeitgeber<sup>40</sup>. Im nebenberuflichen Bereich kann der Arbeitsvertrag dagegen ebenfalls den Inhalt sowie die Art und Weise der Ausübung der Arbeitstätigkeit des angestellten Notars regeln; freilich sind auch hier die Unvereinbarkeitsvorschriften und die Standesregeln zu beachten<sup>41</sup>.

### III. Bürogemeinschaften

#### 1. Übersicht

Die Führung eines gemeinsamen Büros ist für den bernischen Notar an sich zulässig (vgl. Art. 8 Abs. 1 NG). Dabei stellen sich freilich zwei Fragen von grundsätzlicher Bedeutung, nämlich einerseits jene nach den *rechtlichen Formen* der Bürogemeinschaft<sup>42</sup> und andererseits jene nach den *möglichen Partnern*, mit denen ein Notar ein gemeinsames Büro führen darf<sup>43</sup>.

#### 2. Gesellschaftsformen

##### 2.1. Recht von 1980

Nach dem bis am 1. Juli 1998 in Kraft gestandenen bernischen Recht von 1980 konnten mehrere Notare oder Notare und Anwälte ein gemeinsames Büro führen (aArt. 8 Abs. 1 NG). Dabei standen für die Vereinbarung der Zusammenarbeit die Formen der *einfachen Gesellschaft*, der *Kollektiv-* und der *Kommanditgesellschaft* zur Verfügung<sup>44</sup>. Ausgeschlos-

39 Siehe auch RUF/PFÄFFLI (Fn. 37), S. 285.

40 Nicht zu verkennen ist, dass u.U. auch solche das interne Verhältnis betreffenden Vereinbarungen in ein gewisses Spannungsverhältnis zum Berufsrecht des Notaren geraten können. So hat, unabhängig von der intern vertraglich vereinbarten Arbeitszeitenregelung, auch der angestellte Notar extern die öffentlichrechtlichen Vorgaben, etwa aus der Unvereinbarkeit (Art. 3 NG) oder der Urkundspflicht (Art. 25 NG), zu beachten.

41 Siehe zur Abgrenzung der unzulässigen von den zulässigen nebenberuflichen Tätigkeiten allgemein RUF (Fn. 7), Rzn. 289 ff.

42 Dazu B.III.2. sogleich.

43 B.III.3. hienach.

44 Kollektiv- und Kommanditgesellschaft wurden als mögliche Gesellschaftsformen in aArt. 8 Abs. 2 NG ausdrücklich erwähnt.

sen war dagegen die Berufsausübung im Namen oder auf Rechnung einer juristischen Person (vgl. aArt. 2 Abs. 2 NG, der in der Revision von 1998 unverändert geblieben ist)<sup>45</sup>.

##### 2.2. Geltendes Recht

Im heute, nach der Teilrevision von 1998 geltenden Recht werden die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft als mögliche Formen der Zusammenarbeit unter Notaren nicht mehr erwähnt. Im seinerzeitigen Vortrag des Regierungsrates wurde die Variante der Kollektivgesellschaft zusammen mit den weiteren Handelsgesellschaften gar ausgeschlossen<sup>46</sup>. Damit fragt sich, ob die Führung des Notariatsbüros in der Form der Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft nicht mehr zulässig sein soll<sup>47</sup>. Gegen eine Unzulässigkeit der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft spricht, dass der in Art. 2 Abs. 2 NG verankerte Ausschlussbereich weiterhin nur die juristische Person beschlägt. Anlässlich der Revision wurde im Grossen Rat zur – im früheren Recht die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft erwähnenden<sup>48</sup> – Bestimmung von Art. 8 NG keine Diskussion geführt. Es liegen mithin keinerlei Anhaltspunkte dafür vor, dass nach dem Willen des Gesetzgebers mit der revidierten Fassung eine Beschränkung der Möglichkeiten des gesellschaftsrechtlichen Zusammenschlusses, wie sie nach dem Recht von 1980 bestanden, einhergehen sollte. Andererseits war die «Erweiterung und Öffnung der Zusammenarbeits- bzw. Organisationsformen für die Notariatstätigkeit» gerade eines der deklarierten Ziele der Revision von 1998; über Anwälte hinaus sollte eine Zusammenarbeit auch mit Vertretern anderer Berufe ermöglicht werden<sup>49, 50</sup>. Aus alledem ist zu schliessen, dass mit der Teilrevision

45 Zum Ganzen auch: MARTI, Notariatsrecht (Fn. 8), N. 2 zu Art. 8 NG; RUF (Fn. 7), Rz. 295.; RUF/PFÄFFLI (Fn. 37), S. 283. Siehe sodann insbesondere den Entscheid der Justizdirektion des Kantons Bern, in: BN 1976, S. 116 ff., und dazu ebenfalls die Jahresberichte 1974/75 und 1975/76 des Präsidenten des Verbandes bernischer Notare (VbN), in: BN 1975, S. 26, und BN 1976, S. 131 f.

46 Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat betreffend die Teilrevision des Notariatsgesetzes vom 2. Juli 1997 (zitiert: Vortrag), S. 2, Bemerkungen zu Art. 8 Abs. 1 und 2 Entwurf Notariatsgesetz (E NG).

47 Allgemein und losgelöst von der hier zu behandelnden Frage nach der Auffassung des bernischen Gesetzgebers kritisch zur Führung von Notariatsbüros in der Form der Kommandit- oder Kollektivgesellschaft BRÜCKNER (Fn. 10), Rz. 3465.

48 Siehe aArt. 8 Abs. 2 NG und dazu B.III.2.1. soeben.

49 Vortrag (Fn. 46), S. 2, Bemerkungen zu Art. 8 Abs. 1 und 2 E NG. Dazu auch RUF/PFÄFFLI (Fn. 37), S. 283 f.

50 Der Vorentwurf der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern sah ursprünglich gar eine vollständige Öffnung der zivilrechtlichen Organisationsformen unter Einbezug der Kapitalgesellschaften vor (Art. 2 Abs. 2 VE NG); dazu ausführlicher C.III.4.2. hienach.

von 1998 seitens des Gesetzgebers keine Beschränkung der Organisationsmöglichkeiten, wie sie auf Grund des Rechts von 1980 bestanden hatten, gewollt war. Folglich darf der Notar auch weiterhin im Rahmen einer *einfachen Gesellschaft*, einer *Kollektiv-* oder einer *Kommanditgesellschaft* mit anderen Notaren und Anwälten sowie – neu – auch mit Vertretern anderer Berufe<sup>51</sup> ein gemeinsames Büro führen<sup>52, 53</sup>.

### 3. Mögliche Partner für die gemeinsame Büroführung

Gemäss Art. 8 Abs. 1 NG können Notare mit Vertretern anderer Berufe ein gemeinsames Büro führen. Nach dem Vortrag des Regierungsrates ist die Bestimmung so zu verstehen, «dass Notarinnen und Notare namentlich mit Fürsprecherinnen und Fürsprechern, Steuerexpertinnen und Steuerexperten, Buchhalterinnen und Buchhaltern, Architektinnen und Architekten usw. zusammenarbeiten dürfen»<sup>54</sup>. Die Aufzählung ist, wie sich aus den Worten «namentlich» und «usw.» ergibt, keine abschliessende. Für die Grenzziehung hinsichtlich der zulässigen Partner ist deshalb auf die allgemeine Unvereinbarkeitsbestimmung des Art. 3 Abs. 3 NG abzustellen. Danach dürfte der Notar kein gemeinsames Büro mit Vertretern anderer Berufe dann führen, wenn dadurch die *unabhängige und einwandfreie Berufsausübung* oder das *Ansehen des Notariatsstandes* nicht mehr gewährleistet wären<sup>55, 56</sup>.

51 Siehe dazu Näheres in B.III.3. sogleich.

52 Gl.M. RUF/PFÄFFLI (Fn. 37), S. 284 f.

53 In den Kantonen mit freiberuflichem Notariat finden sich über die für die Berufsausübung zulässigen Gesellschaftsformen in aller Regel keine positivrechtlichen Vorschriften. In der Praxis werden regelmässig Personengesellschaften, jedenfalls die einfache Gesellschaft, zugelassen; allgemeine Ablehnung erfährt dagegen die juristische Person.

54 Vortrag (Fn. 46), S. 2, Bemerkungen zu Art. 8 Abs. 1 und 2 E NG.

55 Siehe so auch RUF/PFÄFFLI (Fn. 37), S. 285, welche für die Grenzziehung allerdings ausschliesslich auf das Standesrecht verweisen und dafür nicht auf Art. 3 Abs. 3 NG abstellen.

56 Hinsichtlich des Kreises der Personen, mit denen der Notar ein gemeinsames Büro führen darf, finden sich in den Kantonen mit freiberuflichem Notariat unterschiedliche Vorschriften. Die kantonalen Regelungen lassen sich rechtsvergleichend in drei Kategorien einteilen: In eine restriktive Regelung, wonach ein Notar nur mit einem anderen Notar ein Gesellschaftsverhältnis eingehen darf (so Art. 5 LN GE, Art. 9 Abs. 2 LN VD), in eine mittlere, welche eine Gesellschaft ebenfalls zwischen Notaren und Anwälten zulässt (so Art. 7 NG FR, Art. 11 Abs. 3 LN TI, Art. 11 Abs. 1 NG VS, Art. 5 Abs. 1 lit. a LN NE, Art. 10 Abs. 2 LN JU), und in eine die Zusammenarbeit auch mit Vertretern weiterer Berufe zulassende liberale Ordnung (Art. 8 Abs. 1 NG BE, Praxis in UR und GR).

## C. Gedanken de lege ferenda

### I. Einleitende Bemerkungen

Im Anschluss an die Darstellung der de lege lata bestehenden Situation<sup>57</sup> sollen nunmehr einige Gedanken de lege ferenda geäussert werden. Die Ausführungen sind im Sinne eines Diskussionsbeitrages zu verstehen, dies insbesondere im Hinblick auf eine künftige Revision des Notariatsrechtes<sup>58</sup>.

### II. Bewährtes beibehalten

#### 1. Angestellter Notar

De lege ferenda ist an der Möglichkeit festzuhalten, dass ein praktizierender Notar sich durch einen anderen im Besitz der Berufsausübungsbewilligung befindlichen Notar anstellen lassen kann<sup>59</sup>. Ein solches Anstellungsverhältnis ist geeignet, jungen Kollegen den Einstieg in die Praxis der Beurkundungstätigkeit fachlich und u.U. auch wirtschaftlich zu erleichtern. Zugleich wird damit für die Beteiligten eine sonst praktisch inexistente und deshalb überaus willkommene Gelegenheit geschaffen, sich im Hinblick auf das spätere Eingehen einer Partnerschaft gegenseitig zu prüfen.

#### 2. Bürogemeinschaften

In der bernischen Praxis bewährt hat sich auch die Möglichkeit, das Notariatsbüro als Personengesellschaft (einfache Gesellschaft, Kollektiv- und Kommanditgesellschaft) mit anderen Notaren oder auch mit Vertretern anderer Berufe zusammen zu führen<sup>60</sup>. Nach den Erfahrungen der letzten Jahre wurde damit die Unabhängigkeit der einzelnen Urkundspersonen nicht beeinträchtigt. Für die öffentliche Beurkundung als hoheitliche Aufgabe wird jene dadurch abgesichert, dass der Notar gemäss Art. 8 Abs. 2 NG seine hauptberufliche Tätigkeit ausnahmslos im eigenen Namen und auf eigene Verantwortung ausübt. Der Umstand, dass nach der heute bereits bestehenden Regelung die Gebührenerhe-

57 Siehe B. soeben.

58 Vgl. diesbezüglich den Hinweis auf die Absichten der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern in: Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern vom 22. Januar 2002, Jahrgang 2002, Heft 1, S. 23.

59 Dazu eingehender schon B.II. hievor.

60 Siehe ausführlich B.III. hievor.

bung durch den beurkundenden Notar im eigenen Namen, aber auf Rechnung einer Gesellschaft zugelassen wird, hat – soweit ersichtlich – unter dem Aspekt der Unabhängigkeit ebenfalls keine Schwierigkeiten bereitet<sup>61</sup>.

### III. Neues prüfen – Zur Frage der Ausübung des Notariats in der Form einer juristischen Person

#### 1. Einleitung

Eine eigentliche *pièce de resistance* in der künftigen Diskussion der hier zu behandelnden Thematik wird die Frage darstellen, ob die Ausübung des Notariatsberufes in der Form einer juristischen Person, insbesondere einer Aktiengesellschaft, ermöglicht werden soll. Dabei geht es nicht um die bereits heute als unbedenklich zugelassenen Aktiengesellschaften als Infrastruktur-Gemeinschaften, etwa für das Halten der Büroliegenschaft, aber auch für die Bestreitung aller Betriebskosten inklusive der Angestelltenlöhne<sup>62</sup>. Vielmehr stellt sich die Frage, ob die Gebührenerhebung direkt durch die juristische Person erfolgen oder ob – noch weitergehend – überhaupt das Rechtsverhältnis der Klientschaft, das heute im Hauptberuf ausschliesslich zum rogierten Notar entsteht<sup>63</sup>, direkt zur juristischen Person begründet werden könnte.

Nachfolgend ist vorab der Stand der Diskussion zusammenzufassen<sup>64</sup> sowie zu erläutern, warum die Möglichkeit der Entstehung des Rechtsverhältnisses des Kunden zu einer juristischen Person jedenfalls nicht bereits dem Grundsatz nach ausgeschlossen ist<sup>65</sup>. Alsdann sollen die verschiedenen denkbaren Varianten dargestellt werden<sup>66</sup>. Schliesslich ist auf den bei einer Zulassung der Rechtspersönlichkeit aufweisenden Notariatsgesellschaft entstehenden Regelungsbedarf hinzuweisen<sup>67</sup>.

61 Vgl. aber diesbezüglich für den Fall, dass die Gesellschaft auch Nicht-Notare umfasst, die Kritik von BRÜCKNER (Fn. 10), Rz. 3465, Anm. 71 i.f.

62 Dazu BRÜCKNER (Fn. 10), Rzn. 3463 f. mit Anm. 70.

63 Siehe B.I.2. hievor.

64 C.III.2. sogleich.

65 C.III.3. hienach.

66 C.III.4. hienach.

67 C.III.5. hienach.

#### 2. Stand der Diskussion

Die eben aufgeworfenen Fragen werden, was das Notariat betrifft<sup>68</sup>, im Schrifttum bisher nur ansatzweise und kontrovers behandelt. Einerseits wird der für Bern in Art. 2 Abs. 2 NG verankerte Ausschluss der Ausübung des Notariatsberufes im Namen oder auf Rechnung einer juristischen Person als «anachronistisch» kritisiert und die Zulassung einer Notariatsaktiengesellschaft auch im Hinblick auf die Zielsetzung der Bewahrung der Unabhängigkeit als «ohne grosse Schwierigkeiten» möglich erachtet<sup>69</sup>. Nach anderer Auffassung wäre dagegen mit der Erhebung der Beurkundungsgebühren auf Rechnung einer juristischen Person als Arbeitgeberin des Notars die Unabhängigkeit gefährdet<sup>70</sup>; als unzulässig wird insbesondere auch die Ausübung der Beurkundungstätigkeit durch Notare als Angestellte ihrer eigenen Aktiengesellschaften eingestuft<sup>71</sup>.

#### 3. Kein grundsätzlicher Ausschluss der Möglichkeit der Entstehung des Rechtsverhältnisses des Klienten zu einer juristischen Person

Aus rechtlicher Sicht erscheint es jedenfalls nicht bereits dem Grundsatz nach als ausgeschlossen, dass das im hauptberuflichen Tätigkeitsbereich gegebene öffentlich-rechtliche Verhältnis zwischen dem Klienten und einer als juristische Person konstituierten Notariatsgesellschaft entsteht. Sind nämlich zur Vornahme der öffentlichen Beurkundung staatliche Beamte zuständig, so wird das besondere verwaltungsrechtliche Rechtsverhältnis des Klienten ebenfalls zu einer juristischen Person begründet, und zwar zu einer solchen öffentlichen Rechts, konkret zum

68 Etwas weiter fortgeschritten ist die Diskussion hinsichtlich der Gemeinschaften unter Anwälten. Fürsprecher nehmen allerdings anders als der Notar im Hauptberuf grundsätzlich nicht öffentlichrechtliche Aufgaben wahr, sodass insoweit ein wesentlicher Unterschied zwischen diesen beiden juristischen Berufen besteht. Siehe zum Zusammenschluss mehrerer Anwälte aus dem Schrifttum insbesondere: HERBERT BRUNNER, Die Anwaltsgemeinschaft, Diss. Freiburg 1977, Arlesheim 1977, besonders S. 448 ff. zur Anwaltsgemeinschaft als Aktiengesellschaft; PFEIFER (Fn. 2); DOMINIQUE DREYER, L'avocat dans la société actuelle, in: ZSR 1996, II, S. 395 ff.; vgl. auch NOBEL (Fn. 32), S. 113, der seine Besprechung von BGE 124 III 363 ff. mit der Frage schliesst: «Steht die Anwalts-AG oder -GmbH damit vor der Tür?» Allerdings lässt auch das am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltgesetz, BGFA; SR 935.61) die Frage nach der Möglichkeit der Zusammenarbeit mehrerer Fürsprecher in der Form der juristischen Person offen.

69 RUF (Fn. 7), Rzn. 252 und 295. Dem Grundsatz nach offen für den Zusammenschluss von Notaren in einer Handelsgesellschaft neuerdings auch MÜLLER, Haftung (Fn. 15), S. 256 f., der allerdings davon ausgeht, dass nur eine natürliche Person mit der Beurkundungstätigkeit betraut werden kann.

70 Vgl. BRÜCKNER (Fn. 10), Rzn. 3463–3465 und 3468–3474.

71 BRÜCKNER (Fn. 10), Rz. 3474.



Gemeinwesen, dem die entsprechende Zuständigkeit zukommt<sup>72</sup>. Dies wird in aller Regel der Kanton sein<sup>73</sup>. Nun bestehen allerdings zweifellos ganz erhebliche Unterschiede, ob die öffentliche Beurkundung durch eine öffentlich-rechtliche Körperschaft oder eine juristische Person im Sinne des Privatrechts vorgenommen wird. Einmal ist der Kanton als solcher auf Grund der verfassungsrechtlichen Ordnung grundsätzlich, d.h. innerhalb der bundesrechtlichen Schranken, zuständig zur Regelung der öffentlichen Beurkundung<sup>74</sup>. Mithin besteht, wenn der Staat die Ausübung der Beurkundungstätigkeit selbst – durch seine Beamten – vornimmt, Identität zwischen dem Träger der Regelungskompetenz und demjenigen, zu welchem die Klienten in das öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnis treten. Angesichts der durch Körperschaften öffentlichen Rechts im Rahmen ihres Handelns allgemein zu beachtenden verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Grundsätze (Rechtsgleichheit, Legalitätsprinzip usw.) ist die Unabhängigkeit der Ausübung der Beurkundungstätigkeit damit prinzipiell gewährleistet; zugleich wird damit auch regelmässig die Gefahr, dass die juristische Person öffentlichen Rechts sachfremde, einseitige und rein private Zwecke verfolgt, gebannt sein. Wenn dagegen die Vornahme der öffentlichen Beurkundung an juristische Personen im Sinne des Privatrechts übertragen wird, so tritt damit neben oder besser zwischen den Staat als Träger der Regelungskompetenz und die die Beurkundung effektiv vornehmende (natürliche) Urkundsperson ein weiteres Rechtssubjekt, nämlich eben die mit Rechtspersönlichkeit ausgestattete Notariatsgesellschaft. Mit Blick auf die Wahrung der Unabhängigkeit des einzelnen Notars entsteht damit Regelungsbedarf<sup>75</sup>.

#### 4. Denkbare Varianten

##### 4.1. Einleitung

Für die Regelung der Führung des Notariatsbüros als juristische Person sind jedenfalls zwei Varianten vorstellbar. Einerseits könnte dem Notar

72 Vgl. auch BRÜCKNER (Fn. 10), Rz. 489.

73 Dazu schon B.I.2. hievord.

74 Siehe Art. 122 Abs. 2 BV, wonach für die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung in Zivilsachen die Kantone zuständig sind. Unausgesprochen ist unter diese Kompetenznorm auch die öffentliche Beurkundung als Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu subsumieren; vgl. RUF (Fn. 7), Rz. 133. Wer diese Auffassung nicht teilt, wird – ohne dass sich am Ergebnis etwas ändert – für die Begründung der kantonalen Zuständigkeit die Bestimmung des Art. 55 SchlT ZGB im Sinne eines echten Vorbehalts heranziehen müssen; siehe zum Ganzen RUF (Fn. 7), Rzn. 130 ff., m.w.H.

75 Dazu ausführlicher C.III.5. hienach.

erlaubt werden, *zwar auf Rechnung der juristischen Person, aber nach wie vor in eigenem Namen* und auf eigene Verantwortung tätig zu sein<sup>76</sup>. Andererseits wäre auch eine Lösung denkbar, wonach der Notar *im Namen und auf Rechnung der juristischen Person* praktizieren dürfte<sup>77</sup>.

##### 4.2. Berufsausübung auf Rechnung einer juristischen Person, aber in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung

Die Möglichkeit der Ausübung der hauptberuflichen notariellen Tätigkeit auf Rechnung einer juristischen Person ist im Vorfeld der 1998 in Kraft getretenen Teilrevision des Notariatsgesetzes *bereits einmal zur Diskussion gestellt* worden. Der am 5. Dezember 1996 durch die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern in die Vernehmlassung geschickte Vorentwurf des Notariatsgesetzes (VE NG) hielt in Art. 2 Abs. 2 fest, dass der Notar seinen Beruf unabhängig und auf eigene Verantwortung ausübe und dass er innerhalb dieses Rahmens die zivilrechtliche Form frei wählen könne. Im begleitenden Vortragsentwurf wurde dazu ausgeführt, angesichts der steigenden Konkurrenz durch Banken, Treuhänder usw. sei den Notaren die Möglichkeit einzuräumen, auch auf Rechnung einer juristischen Person tätig zu sein. Mit einer solchen Lösung werde ebenfalls dem Bedürfnis der Klienten entsprochen, welche der Urkundsperson Aufgaben anvertrauen können, die mit der bisherigen Regelung ausgeschlossen waren. Dabei sei jedoch sicherzustellen, dass der Notar seinen Beruf «unabhängig» ausüben könne, auch wenn er für Rechnung einer juristischen Person, z.B. einer Aktiengesellschaft, tätig werde<sup>78</sup>. Der Urkundsperson solle es deshalb zwar möglich sein, ihren *Gebührenanspruch* einer Handelsgesellschaft *abzutreten*; gegen aussen habe jedoch immer der Notar, nicht aber die Handelsgesellschaft, in Erscheinung zu treten. Entsprechend sah Art. 8 Abs. 2 VE NG eine Verpflichtung des Notars vor, *seine hauptberuflichen Tätigkeiten in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung auszuüben*, unabhängig davon, ob er auf eigene Rechnung oder auf Rechnung einer zivilrechtlichen Gesellschaft arbeitet<sup>79</sup>. Für die nebenberuflichen Verrichtungen wurde damit implizit vorgeschlagen, dass der Notar nicht nur auf Rechnung, sondern auch im Namen der juristischen Person tätig werden könne<sup>80</sup>.

76 Dazu C.III.4.2. sogleich.

77 Dazu C.III.4.3. hienach.

78 Vortragsentwurf (Fn. 3), S. 2, Bemerkungen zu Art. 2 Abs. 2 VE NG.

79 Siehe Vortragsentwurf (Fn. 3), S. 3, Bemerkungen zu Art. 8 Abs. 2 VE NG.

80 Vgl. so auch die Würdigung in der Vernehmlassung des Verbandes bernischer Notare vom 10. März 1997 (zitiert: Vernehmlassung VbN), S. 2.

Der eben geschilderte, in Art. 2 Abs. 2 VE NG enthaltene Vorschlag der Öffnung der zivilrechtlichen Organisationsformen wurde im Vernehmlassungsverfahren kritisch aufgenommen. Dabei kam insbesondere die *Befürchtung* zum Ausdruck, dass die Tätigkeit eines Notars für eine Kapitalgesellschaft, z.B. eine AG oder eine GmbH, die *unabhängige Berufsausübung* massiv *in Frage* stellen müsste. Von einer Öffnung auf alle zivilrechtlichen Formen wurde deshalb in der Folge abgesehen<sup>81</sup>.

Nach der dem seinerzeit seitens der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern unterbreiteten Vorschlag zu Grunde liegenden Konzeption würde das *Rechtsverhältnis des Klienten* im Bereiche des Hauptberufes nach wie vor *zum rogierten Notar persönlich* entstehen. Diesen träfe auch die Verantwortung für die Einhaltung der Berufspflichten; ebenso wäre er Haftungssubjekt. Der Gebührenanspruch dagegen würde – im Unterschied zu den heute gegebenen Möglichkeiten – der juristischen Person zustehen. Im Nebenberuf sodann wäre nach der hier dargestellten Regelung der Abschluss eines Vertragsverhältnisses des Kunden direkt mit der juristischen Person möglich.

#### 4.3. Berufsausübung im Namen und auf Rechnung einer juristischen Person

Eine noch weitergehende Variante als die eben behandelte Lösung bestünde darin, die Ausübung der Notariatstätigkeit nicht nur auf Rechnung, sondern auch im Namen einer juristischen Person zuzulassen. Bei dieser Regelung würde das im Hauptberuf vorliegende *öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnis des Klienten* nicht mehr zum individuell die Beurkundung vornehmenden Notaren, sondern *zur juristischen Person* begründet.

Unter dieser Regelungsalternative müsste die juristische Person als solche für die Einhaltung der notariellen Berufspflichten einstehen. Sie wäre auch Haftungssubjekt. Der Gebührenanspruch stünde direkt ihr zu. Im *Nebenberuf* wäre ebenfalls die *juristische Person Vertragspartnerin* des Klienten.

## 5. Entstehender Regelungsbedarf

### 5.1. Vorbemerkung

Sollte sich der Gesetzgeber dazu entschliessen, die juristische Person zur Ausübung notarieller Tätigkeit zuzulassen, so entstünde in verschiedener Hinsicht Regelungsbedarf. Darauf soll nachfolgend eingegangen

81 Zum Ganzen Vortrag (Fn. 46), S. 4. Siehe zur nunmehr bestehenden Rechtslage B.III.2. hievor.

werden. Im Vordergrund stünden Massnahmen zur *Sicherstellung der Unabhängigkeit des einzelnen*, nunmehr auf Rechnung oder auf Rechnung und im Namen einer Körperschaft tätig werdenden *Notars*<sup>82</sup>. Darüber hinaus ergäbe sich auch *weiterer Regelungsbedarf*<sup>83</sup>.

### 5.2. Insbesondere Sicherstellung der Unabhängigkeit

Bei einer allfälligen Zulassung der Ausübung des Notariatsberufes in der Organisationsform der juristischen Person wird die Sicherstellung der Unabhängigkeit des beurkundenden Notars von der Körperschaft, welche – jedenfalls formal betrachtet – seine Arbeitgeberin wäre, ein zwingendes Erfordernis. Die Kunden müssen die *Gewähr* haben, *dass der rogierte Notar ihre Interessen losgelöst von irgendwelchen Bindungen gleichmässig und unparteiisch wahr* (vgl. Art. 32 NG) und dass er auch *alle weiteren Berufspflichten ohne jede Beeinflussung durch Dritte erfüllen kann*.

Die unabdingbare Sicherstellung der Unabhängigkeit des Notars erforderte *eine Reihe von Massnahmen*<sup>84</sup>. So wäre vorab zu verlangen, dass sich der Zweck der Gesellschaft auf die Ausübung des Notariats und die mit diesem vereinbaren Tätigkeiten beschränkt. Sodann dürften Mitverwaltungs- und Vermögensrechte nur praktizierenden Notaren zustehen. Eine Notariatsaktiengesellschaft dürfte keine Inhaberaktien ausgeben. Im Falle des Konkurses oder Todes eines Aktionär-Notars müssten dessen Aktien von den verbleibenden Notaren oder allenfalls von neu als Aktionären aufzunehmenden Urkundspersonen übernommen werden. Eine derartige Beschränkung der Mitgliedschaft auf Notare bewirkte eine jedenfalls für die Aktiengesellschaft, aber auch für andere Körperschaften atypische Selektion, denn der freie Wechsel der Mitgliedschaft würde durch eine strenge Vinkulierung der Namenaktien beschränkt oder gar durch ein Übertragungsverbot gänzlich ausgeschlossen<sup>85</sup>. Die Verwaltung hätte sich ausschliesslich aus praktizierenden Notaren zusammensetzen<sup>86</sup>. Regelmässig würde die Gesamtheit der Aktionäre die

82 C.III.5.1. sogleich.

83 C.III.5.2. hienach.

84 Vgl. zum Folgenden im Wesentlichen bereits die Vernehmlassung VbN (Fn. 80), S. 2 ff.

85 Siehe so für die Anwaltschaft als Aktiengesellschaft auch BRUNNER (Fn. 68), S. 455.

86 Mit einer solchen Regelung dürften an einer als juristische Person konstituierten Notariatsgesellschaft nur praktizierende Notare beteiligt sein, was gegenüber der heute hinsichtlich Personengesellschaften gegebenen Rechtslage – zu dieser B.III.2. und 3. hievor – eine Einschränkung bedeutete. Eine Zusammenarbeit mit Vertretern auch anderer Berufe wäre nur dadurch möglich, dass die Notariatsgesellschaft ihrerseits mit weiteren Vertretern auch anderer Berufe eine entsprechende Vereinbarung trifft, evtl.

Verwaltung bilden<sup>87</sup>. Im Weiteren müsste vorgeschrieben werden, dass Dritte und damit insbesondere auch die juristische Person, auf deren Rechnung der Notar tätig ist, nicht befugt sind, der Urkundsperson Weisungen betreffend die Übernahme, Ausübung und Beendigung von Beurkundungshandlungen zu erteilen. Mittels geeigneter Vorkehrungen müsste sodann sichergestellt werden, dass die Berufspflichten des Notars seinen vertraglichen Pflichten Dritten gegenüber in jedem Falle vorgehen. Die Aufsichtsbehörde über das Notariat hätte vor Zulassung der Notariatsgesellschaft zur Berufstätigkeit anhand der Statuten und der weiteren getroffenen Vereinbarungen zu prüfen, ob all diese Auflagen erfüllt sind; ihr obläge auch die periodische Vornahme von Nachprüfungen.

### 5.3. Weiterer Regelungsbedarf

Die Eröffnung der Möglichkeit, den Notariatsberuf auf Rechnung oder auf Rechnung und im Namen einer juristischen Person auszuüben, bedingte eine *Überprüfung zahlreicher weiterer bisheriger notariatsrechtlicher Bestimmungen*. So müssten etwa die Regelungen über die Unvereinbarkeit (Art. 3 NG) sowie der Zulassung zur Berufsausübung (Art. 5 NG), die Berufspflichten, insbesondere die Ausstandsgründe<sup>88</sup>, und die Verantwortlichkeitsbestimmungen neu gefasst werden. Im Weiteren wären auch die Registrierung der Urschriften, das strafrechtliche Berufsgeheimnis bzw. die notariatsrechtliche Geheimhaltungspflicht und nicht zuletzt die Revision, insbesondere das Erbringen des Nachweises der Zahlungsbereitschaft, neu zu konzipieren.

eine Personengesellschaft eingehen würde, oder aber indem die Beteiligung an der Notariatsgesellschaft unter entsprechender Zweckerweiterung auch Nicht-Notaren ermöglicht würde. In diesem zweiten Sinne wurde in der Vernehmlassung VbN (Fn. 80), S. 3, für den Fall der Zulassung der juristischen Person vorgeschlagen, dass Mitverwaltungsrechte neben Notaren auch Anwälten zukommen dürften.

<sup>87</sup> Vgl. BRUNNER (Fn. 68), S. 463.

<sup>88</sup> Formal betrachtet müssten die Ausstandsgründe jedenfalls bei Entstehung des Rechtsverhältnisses des Klienten zur juristischen Person in Bezug auf die Letztere normiert werden. Auf Grund einer materiellen, nach Sinn und Zweck fragenden Betrachtungsweise müssten aber neben den Ausstandspflichten der juristischen Person als solcher zusätzliche Ausstandsgründe auch für den im Einzelfall die Beurkundung vornehmenden Notaren statuiert werden, wie sie heute in Art. 27 f. NG vorgesehen sind. Andernfalls wäre es beispielsweise möglich, dass ein Notar einen Kaufvertrag, in dem seine Ehefrau als Verkäuferin auftritt, beurkunden könnte, da ja eben die Ausstandsgründe nicht im Verhältnis zu der die Beurkundung vornehmenden (natürlichen) Person, sondern ausschliesslich zur Notariatsgesellschaft statuiert wären. Im hier postulierten Sinne sieht denn etwa für das Beamtennotariat § 20 NG ZH für den die Amtshandlung vornehmenden Notaren ebenfalls Ausstandsgründe vor.

## D. Schluss

Welche zivilrechtlichen Möglichkeiten für die Ausübung der notariellen Berufstätigkeit zur Verfügung stehen sollen, ist letztlich ein durch den Gesetzgeber zu treffender Entscheid. Dabei wird in jedem Fall das allgemeine *Interesse an einem unabhängigen und gut funktionierenden Notariat prioritär zu berücksichtigen* sein. Nichts spricht dagegen, an Bewährtem festzuhalten<sup>89</sup>. Bestehendes soll dort, wo es als sinnvoll erachtet wird, auch fortentwickelt werden. Im Sinne einer Neuerung die Ausübung der notariellen Tätigkeit ebenfalls in der Form der juristischen Person zuzulassen, erscheint nicht grundsätzlich als ausgeschlossen. Eine solche Erweiterung der Organisationsmöglichkeiten setzte freilich insbesondere mit Blick auf die Wahrung der Unabhängigkeit, deren Bedeutung für die Berufsausübung des Notars nicht genug hervorgehoben werden kann, eine detaillierte und zwingende Regelung der Notariatsgesellschaft voraus. Im Rahmen einer vorläufigen Beurteilung erweist sich eine auf solche Weise im kantonalen Recht spezialgesetzlich zu verankernde Notariatsgesellschaft als relativ komplizierte Konstruktion, so dass es sich fragt, ob deren Einführung insgesamt als sinnvoll erscheint<sup>90</sup>. Soweit ersichtlich lässt denn heute auch kein Kanton mit freiberuflichem Notariat die Vornahme der öffentlichen Beurkundung auf Rechnung oder auf Rechnung und im Namen einer juristischen Person zu. Mit dieser *hic et nunc* gezogenen Folgerung soll aber selbstverständlich nicht ex ante ausgeschlossen sein, die Frage gegebenenfalls anlässlich einer Revision der Notariatsgesetzgebung nochmals zu thematisieren.

<sup>89</sup> Dazu schon C.II. hievor.

<sup>90</sup> Siehe kritisch auch schon die sich grundsätzlich gegen die Möglichkeit der Organisation von Notariatsbüros in Form einer Aktiengesellschaft oder einer GmbH aussprechende Vernehmlassung VbN (Fn. 80), S. 2.