

4

Interessenkonflikt. Tätigkeit in gleicher Angelegenheit als Notar und als Anwalt.

- Grundsätzlich darf ein Notar, der gleichzeitig als Anwalt tätig ist, in einer streitigen Angelegenheit, die einen von ihm zuvor öffentlich beurkundeten Sachverhalt betrifft, keine der beteiligten Parteien vertreten (E. 3a, b).
- Gemäss bundesgerichtlicher Praxis gilt dieser Grundsatz nur, wenn auf Grund der gesamten Umstände ein konkreter Interessenkonflikt anzunehmen ist; das Verwaltungsgericht vertritt demgegenüber die Auffassung, dass die reine Konstellation einer anwaltlichen Vertretung durch den beurkundenden Notar ausreicht für die Bejahung einer Verletzung der Interessenwahrungspflicht; im vorliegenden Fall hat das Gericht aber auch das Vorliegen eines konkreten Interessenkonflikts bejaht (E. 3c).

Conflitto d'interessi. Attività come notaio e avvocato nella stessa pratica.

- In principio, in una controversia che ha per oggetto un contratto da lui precedentemente documentato pubblicamente, un notaio che svolge pure l'attività di avvocato non può rappresentare nessuna delle parti coinvolte (cons. 3a, b).
- Giusta la prassi del Tribunale federale, questo principio trova applicazione solo se in base all'insieme delle circostanze occorre concludere all'esistenza di un conflitto d'interessi concreto; il Tribunale amministrativo invece sostiene la tesi stando alla quale già la sola costellazione di una rappresentanza legale tramite il notaio rogante basta per ammettere la violazione del dovere di salvaguardare gli interessi delle parti; nell'evenienza, il Tribunale ha però ammessa anche l'esistenza di un conflitto d'interessi concreto (cons. 3c).

Erwägungen:

3. a) Nach Ansicht der Bündner Notariatskommission lässt es sich unter anderem nicht mit dem Grundsatz der Unparteilichkeit vereinbaren, wenn ein Notar in einem Streit, dessen Gegenstand eine öffentliche Urkunde bildet, die dieser Notar errichtet hat, eine der beteiligten Parteien anschliessend anwaltlich vertritt. Dem hält der Beschwerdeführer entgegen, dass ein Notar nach der eigentlichen Beurkundung im Bezug auf die Unparteilichkeit kaum noch etwas falsch machen könne. So stelle insbesondere die Verwendung des Vertragstextes im nachfolgenden Gewährleistungsprozess, wie dies in casu der Fall sei, keine Verletzung des Grundsatzes dar. Es ist demnach in einem ersten Schritt zu prüfen, ob im vorliegenden Fall eine Verletzung der Interessenwahrungspflicht des Notars im Sinne von Art. 24 Abs. 2 NotG vorliegt. Nicht weiter zu prüfen ist hingegen die Verschwiegenheitspflicht, zumal deren Verletzung gemäss den Ausführungen der Vorinstanz nicht nachgewiesen ist.

b) Art. 24 Abs. 2 NotG statuiert die Pflicht des Notars, die Interessen der Beteiligten gleichmässig und objektiv zu wahren. Unter dem Begriff der Interessenwahrungspflicht wird primär jene öffentlich-rechtliche Amtspflicht der Urkundsperson verstanden, welche bei einer analogen privatrechtlichen Betrachtungsweise als die Pflicht zur richtigen Vertragserfüllung zu qualifizieren wäre. Trotz dieser Umschreibung umfasst die Interessenwahrungspflicht jedoch mehr und zum Teil anderes, als was Inhalt einer privatvertraglichen Erfüllungspflicht sein könnte. So gehört beispielsweise die Erledigungspflicht, die besagt, dass die übertragenen Geschäfte innert nützlicher Frist zu erledigen sind, zu den Pflichten eines Notars. Des Weiteren hat jene Person, welche die Urkunde erklärt, die Parteien vor unbedachtem Geschäftsschluss zu schützen, und es ist das Interesse aller Beteiligten an einer gültigen, ihre Zwecke erfüllenden Urkunde zu wahren. Schliesslich und für den vorliegenden Fall besonders wichtig ist die Pflicht, bei Mehrparteengeschäften das Interesse jeder Partei an einer unparteilichen Tätigkeit der Urkundsperson anlässlich der Vorbereitung der Beurkundung, anlässlich des Beurkundungsvorgangs sowie allenfalls anlässlich des Vollzugs des beurkundeten Geschäftes zu wahren. Es gilt der Grundsatz, dass eine Urkundsperson ihre Dienstleistungen von Anfang bis Ende unparteilich erbringt. Der Unparteilichkeitsgrundsatz beinhaltet einerseits die inhaltliche Pflicht zur unparteilichen Interessenwahrung und andererseits verfahrensmässig die Pflicht, bei Mehrparteengeschäften länger dauernde

einseitige Klientenkontakte zu vermeiden und die übrigen Beteiligten über erfolgte einseitige Kontakte offen zu informieren (vgl. Christian Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, Rz. 877 ff.). Gemäss den Ausführungen des Bundesgerichts in dem vom Beschwerdeführer zitierten Entscheid 2C_407/2008 vom 23. Oktober 2008 müssen jene Notare, welche gleichzeitig als Rechtsanwälte tätig sind, die Unvereinbarkeitsbestimmungen sowohl des Notariatsrechts als auch jene des Anwaltsrechts respektieren. Praktiziere ein Notar gleichzeitig als Fürsprecher, so dürfe er in einer streitigen Angelegenheit, die einen von ihm zuvor öffentlich verkündeten Sachverhalt betreffe, keine der beteiligten Parteien vertreten (vgl. dazu auch Entscheid des Verwaltungsgerichts Aargau vom 1. Dezember 2002, AGVE 2002, S. 366 ff., E. 2c aa). Es wird diesbezüglich auf verschiedene Literaturstellen verwiesen; so hält unter anderem auch Peter Ruf (Notariatsrecht, Langenthal 1995, Rz. 1013) ausdrücklich fest, dass ein Notar in einem Streit, dessen Gegenstand eine durch ihn errichtete öffentliche Urkunde bilde, im Anschluss keine der beteiligten Parteien anwaltlich vertreten dürfe. Dies ergebe sich aus seiner Interessenwahrungspflicht. Das Bundesgericht vergleicht diese Konstellation im erwähnten Entscheid (E. 3.3) mit jener, in welcher ein Anwalt vorgängig der Mandatsübernahme eine richterliche Funktion wahrnimmt. Auch hier erlange er als Richter Kenntnis von wesentlichen Tatsachen, welche auch die spätere Gegenpartei betreffen, was einer Übernahme eines Anwaltsmandates entgegen stehe. Zu diesen aussagekräftigen Ausführungen im Bundesgerichtsentscheid sowie zu den übrigen zitierten Literaturstellen äussert sich der Beschwerdeführer nicht. Er verweist einzig auf das Werk von Christian Brückner (a.a.O., Rz. 902 ff.) und macht diesbezüglich geltend, dass eine Urkundsperson in einem Rechtsstreit lediglich dann keine der Parteien anwaltlich vertreten dürfe, wenn nach der Errichtung der Urkunde deren Entstehung, die Gültigkeit des Geschäfts oder die Rechtmässigkeit der protokollierten Veranstaltung streitig sei. Daraus schliesst der Beschwerdeführer, dass in anderen Fällen, so beispielsweise bei einem nachfolgenden Gewährleistungsprozess, kein hinreichender Grund bestünde, eine anwaltliche Vertretung für unzulässig zu erklären. Ob dieser Schluss jedoch tatsächlich der Auffassung des Autors entspricht, erscheint zumindest zweifelhaft, zumal bereits in Rz. 907 des zitierten Werks ausdrücklich von weiteren möglichen Anwendungsfällen der Unparteilichkeitspflicht die Rede ist. Abgesehen davon hat sich das Bundesgericht ausdrücklich den Meinungen jener Au-

toren angeschlossen, wonach eben der frühere Notar bei Streitigkeiten aus einem von ihm beurkundeten Vertrag keine der Vertragsparteien anwaltlich vertreten darf.

c) Der Beschwerdeführer weist darauf hin, dass im bundesgerichtlichen Urteil 2C_407/2008 ausdrücklich verlangt werde, dass nicht nur die abstrakte Möglichkeit des Auftretens gegensätzlicher Interessenlagen gegeben sei, sondern dass vielmehr ein sich aus den gesamten Umständen ergebender konkreter Interessenkonflikt bestehen müsse (vgl. BGE 134 II 108). Gemäss den Ausführungen des Beschwerdeführers liege ein solcher im vorliegenden Fall jedoch gerade nicht vor, zumal ihm der Text des Vertrages vorgelegt worden sei und er weder in Motive noch in die finanziellen Verhältnisse Einblick erhalten habe. Auch hätten die gerügten Mängel am Kaufobjekt nichts mit dem Kaufvertragsabschluss zu tun, weshalb ein konkreter Interessenkonflikt zu verneinen sei.

Gemäss Ausführungen auf der Homepage des Schweizerischen Notarenverbands (<http://www.schweizernotare.ch>) steht zum «Notariatswesen in der Schweiz», dass sich die Rolle des Notars eben gerade nicht in erster Linie im Niederschreiben des Parteiwillens erschöpfe, sondern in der Erläuterung der mit dem geplanten Rechtsgeschäft verbundenen Rechtsfolgen und der allenfalls möglichen Alternativen. Es besteht bei der anwaltlichen Vertretung durch den Notar jeweils 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 gleichmässig und objektiv wahren muss (Art. 24 Abs. 2 NotG), ist ein Anwalt nämlich in erster Linie Verfechter von Parteiinteressen und ist als solcher einseitig für seinen Mandanten tätig (BGE 106 Ia 100, S. 105; 131 IV 154, S. 158). Dass diese Konstellation äusserst heikel, wenn nicht gar untersagt ist, dürfte bzw. müsste jedem Notar bekannt sein. Gestützt auf diese Überlegungen vertritt das Verwaltungsgericht Graubünden die Ansicht, dass die reine Konstellation einer anwaltlichen Vertretung durch den beurkundenden Notar ausreicht für die Bejahung einer Verletzung der Interessenwahrungspflicht. Die Gefahr eines (bewussten oder unbewussten) Missbrauchs des als Notar erlangten Wissens ist so gross, dass bereits die abstrakte Möglichkeit des Auftretens gegensätzlicher Interessenlagen ausreichen muss, um auf eine unzulässige Vertretung zu schliessen. Darüber hinaus wäre in casu aufgrund der folgenden Überlegungen auch ein kon-

kreter Interessenkonflikt zu bejahen. Wie die Vorinstanz nämlich zu Recht argumentiert hat, ist jede Streitigkeit, die mit einem Vertrag zusammenhängt, auch eine Auslegungstreitigkeit. Im vorliegenden Fall stellt sich unter anderem die Frage, welche Gewährleistungsregeln zur Anwendung kommen, namentlich ob eine werkvertragliche Nachbesserungspflicht gestützt auf die SIA-Norm 18 besteht oder ob lediglich kaufrechtliche Rechtsbehelfe zur Anwendung gelangen. Da diese Frage im relevanten Kaufvertrag offensichtlich nicht ausdrücklich geregelt ist, erfordert deren Klärung eine Auslegung des Vertrages. Wie selbst die Notariatskommission ausführt, schreibt ein Notar nicht nur den Parteiwillen nieder, sondern erläutert unter anderem die mit dem geplanten Rechtsgeschäft verbundenen Rechtsfolgen. Dies gilt selbst dann, wenn die Parteien, wie vom Beschwerdeführer vorgebracht, bereits mit dem vorformulierten Vertrag an den Notar gelangen. Wenn der Beschwerdeführer im zur Diskussion stehenden Gewährleistungsprozess nun eine der beiden Parteien anwaltlich vertritt, so ist ein konkreter Interessenkonflikt zu bejahen. Die Amtspflichtverletzung ist daher ausgewiesen und die Kommission hat dem Beschwerdeführer zu Recht eine Disziplinarmaßnahme auferlegt. Die Beschwerde ist in diesem Punkt demnach abzuweisen.

U 09 46

Urteil vom 18. August 2009

Die dagegen an das Bundesgericht erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wurde mit Urteil vom 16. März 2010 abgewiesen soweit darauf eingetreten wurde (2C_649/2009).