

VERBAND SOLOTHUR- NISCHER NOTARE

VERBAND
SOLOTHURNISCHER NOTARE

100 JAHRE

100 JAHRE
FESTSCHRIFT

FESTSCHRIFT

Unabhängigkeit und Unparteilichkeit – Bedeutung dieses Gebots für die privaten Notarinnen und Notare des Kantons Solothurn

Sabine Kofmel Ehrenzeller

Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin und Notarin
Titularprofessorin an der Universität Bern

Bernhard Ehrenzeller

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar
Professor für Öffentliches Recht an der Universität St. Gallen

INHALTSVERZEICHNIS

1. Einführung in das Thema	34
2. Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen.....	35
3. Bundesrechtliche Mindestanforderungen an die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Urkundsperson	35
4. Regelung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der privaten Notarinnen und Notare im Kanton Solothurn	36
4.1 Unabhängigkeit als zentrale Berufspflicht	36
4.2 Ausschluss der Ausübung des freien Notariats im Anstellungsverhältnis.....	38
4.3 Pflichten bei der gemeinsamen Führung eines Notariatsbüros durch mehrere Notarinnen und Notare	38
4.4 Unvereinbarkeit einer gleichzeitigen Tätigkeit im kantonalen öffentlichen Dienst.....	38
4.5 Unparteiische Rechtsbelehrung	39
4.6 Ausstandsbestimmungen.....	39
5. Exkurs: Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht	40
6. Exkurs: Pflicht der Anwältin und des Anwalts zur unabhängigen Berufsausübung und Vermeidung von Interessenkollisionen.....	42
7. Nebenerwerbstätigkeiten des privaten Notars und der privaten Notarin als Gefahr für ihre Unabhängigkeit und Unparteilichkeit	44
7.1 Tätigkeit des privaten Notars und der privaten Notarin	44
7.2 Bedeutung der Wirtschaftsfreiheit für die Tätigkeit des Notars und der Notarin.....	45
7.3 Kombination der Notariatstätigkeit mit der Anwaltstätigkeit	46
7.4 Vornahme von Immobiliengeschäften durch Notare oder Notarinnen.....	47
8. Fazit	49

1. EINFÜHRUNG IN DAS THEMA

Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der freiberuflich tätigen Urkundspersonen und damit auch der privaten Notarinnen und Notare des Kantons Solothurn sind von herausragender Bedeutung¹. Wie das Bundesgericht in einem jüngeren, den Kanton Solothurn betreffenden Entscheid² festhält, kommt «einem Notar bei öffentlichen Beurkundungen aufgrund der ihm verliehenen Befugnisse eine Funktion [zu], die mit den höchsten Ansprüchen an seine Seriosität und Vertrauenswürdigkeit einhergeht». Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass der öffentlichen Urkunde eine erhöhte Beweiskraft zukommt. Die öffentliche Urkunde erbringt für die durch sie bezeugten Tatsachen den vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhalts nachgewiesen ist (Art. 9 Abs. 1 Zivilgesetzbuch³). Eine solche Seriosität und Vertrauenswürdigkeit setzt nicht nur einen guten Leumund voraus, sondern verlangt insbesondere auch, dass der Notar seinen Beruf frei von Abhängigkeiten ausübt und im Einzelfall auch unparteilich handelt⁴. Unabhängigkeit einschliesslich der Unparteilichkeit bedeutet, dass der Notar bei seiner Berufsausübung losgelöst ist insbesondere von Interessen des Staates, eines allfälligen Arbeitgebers, einer Klientin oder von eigenen Interessen. Eine absolute Unabhängigkeit kann und soll es jedoch nicht geben, ist die einzelne Notarin doch Teil unserer Gesellschaft und damit nie gänzlich ungebunden⁵. Zu vermeiden sind diejenigen Abhängigkeiten, die das Ziel notarieller Tätigkeit und damit letztlich die Verwirklichung des materiellen Rechts⁶ zu gefährden vermögen⁷.

Für die Erlangung der Berufsausübungsbewilligung als private Notarin im Kanton Solothurn hat die gesuchstellende Person die Erklärung abzugeben, dass sie ihren Beruf unabhängig ausübt⁸. Was diese Unabhängigkeit des privaten und damit selbständigerwerbenden Notars⁹ verlangt, soll nachfolgend erörtert werden. Ein besonderer Fokus wird dabei – mit Blick auch auf die Rechtslage in anderen Kantonen – auf die Frage der Zulässigkeit von Nebenerwerbstätigkeiten im Sinne nicht notarieller, privater Tätigkeiten der Notarin, die bezüglich ihrer Unabhängigkeit problematisch sein können, gelegt. Zu beachten ist dabei, dass diese nicht notarielle Tätigkeit in der Praxis im Vordergrund steht, ist die sachliche Zuständigkeit des privaten Solothurner Notars doch stark begrenzt; für die Beurkundung von Rechtsgeschäften über Grundstücke ist grundsätzlich allein die Amtschreiberin als Amtsnotarin zuständig¹⁰. Um die Bedeutung des Gebots der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit sowie die spezifischen Probleme, die sich insbesondere aus

¹ S. BGE 133 I 259, E. 3.3.

² BGer, Entscheid vom 22.8.2019, 2C_89/2019, E. 7.3.1.

³ ZGB, SR 210.

⁴ Vgl. SANTSCHI DANIEL, Die Ausstandspflicht des Notars, Bern 1992, 7 N. 17.

⁵ Vgl. ROSSAK ERICH, Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars – Zugleich ein Beitrag zur Rechtsstellung des Notars, Augsburg 1986, 178.

⁶ Vgl. STAMPFLI RAOUL, Die Zuständigkeit des freien Notars in Grundbuchsachen nach solothurnischem Recht, in: Jubiläumsschrift 75 Jahre Verband solothurnischer Notare, hrsg. vom Verband solothurnischer Notare, Solothurn 1997, 60.

⁷ Vgl. EICHENBERGER KURT, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern 1960, 27 ff.

⁸ Formular unter

<https://so.ch/fileadmin/internet/staatskanzlei/stk-lj/pdf/130805_Form_Erklaerung_Unabh_Geschaeftsdomizil_Notar.pdf> (1.10.2021) mit Verweis auf § 4 Abs. 2^{ter} EG ZGB des Kantons Solothurn, BGS 211.1.

⁹ S. SOG 1998 Nr. 35; ausführlich STAMPFLI, a.a.O., 51 f.

¹⁰ Dazu unten, Ziff. 7.1, 7.3.

der im Kanton Solothurn gängigen Kombination der Notariats- mit der Anwaltstätigkeit ergeben, vertiefen zu können, sind zunächst die Kompetenzverteilung zwischen dem Bund und den Kantonen im Bereich der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars sowie deren Regelung im Kanton Solothurn näher zu betrachten.

2. KOMPETENZVERTEILUNG ZWISCHEN BUND UND KANTONEN

Zum Schutz der Parteien, zwecks Beweissicherung oder zwecks Schaffung klarer Verhältnisse schreibt der Bundesgesetzgeber für gewisse Rechtsgeschäfte die besondere Form der öffentlichen Beurkundung vor¹¹, so beispielsweise in Art. 184 ZGB für den Ehevertrag. Der (materielle) Begriff der öffentlichen Beurkundung gehört folglich dem Bundesrecht an. Die Kantone werden in Art. 55 Schlusstitel ZGB zur Regelung des Beurkundungsverfahrens sowie der Organisation des Notariatswesens verpflichtet¹². Bei der Ausübung dieser Gesetzgebungskompetenz, die grundsätzlich auch die Regelung der Unabhängigkeit der Urkundsperson umfasst, haben die Kantone jedoch minimale (bundesrechtliche) Anforderungen, die aus dem materiellen Zweck des Instituts der öffentlichen Beurkundung fließen, zu beachten.

3. BUNDESRECHTLICHE MINDESTANFORDERUNGEN AN DIE UNABHÄNGIGKEIT UND UNPARTEILICHKEIT DER URKUNDSPERSON

Zu den ungeschriebenen bundesrechtlichen Mindestanforderungen gehört zumindest in ihrem Kern die Unabhängigkeit der Urkundsperson¹³. Im Vorentwurf für ein einheitliches Beurkundungsverfahren in der Schweiz vom Dezember 2012¹⁴, der auch hinsichtlich der Unabhängigkeit der Urkundsperson die von der Lehre und Rechtsprechung anerkannten Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung festlegen soll, bestimmt Art. 55f SchlT ZGB mit der Marginalie «Unparteilichkeit» Folgendes:

«¹ Die Urkundsperson wahrt die Interessen der Beteiligten unparteilich.

² Im Fall der Selbstbeteiligung oder der Beteiligung ihr nahestehender Personen tritt sie in den Ausstand».

¹¹ EJPD, Vollständige elektronische Beurkundung ermöglichen, Medienmitteilung vom 14.12.2012, S. <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/beurkundungsverfahren.html>> (1.10.2021).

¹² BSK ZGB II-SCHMID JÜRIG, Art. 55 SchlT, Rz 1 f.; BJ, Bundeskompetenz zur Regelung des Beurkundungsverfahrens (Gutachten), 13.9.2018 S. <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/beurkundungsverfahren.html>> (1.10.2021)), 9 f.

¹³ SANTSCHI, a.a.O., 27; WOLF STEPHAN, in: Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, hrsg. von Stephan Wolf, Bern 2009 (nachfolgend zitiert: KNB-AUTOR), Art. 32 NG, N 3 betreffend die Ausstandspflicht.

¹⁴ S. <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/beurkundungsverfahren.html>> (1.10.2021).

Gemäss dem erläuternden Bericht des Bundesamtes für Justiz¹⁵ bedeutet Abs. 1 von Art. 55f des Vorentwurfs SchlT ZGB, dass die Urkundsperson in ihrer Stellung als unparteiischer Treuhänder die Interessen der Beteiligten in objektiver Weise zu wahren hat. Namentlich die Einbindung der Urkundsperson im geschäftlichen Bereich sei geeignet, ihre Unabhängigkeit zu schwächen. Die Unparteilichkeit sei eine Berufspflicht der Urkundsperson. Besonders vorsichtig soll die Urkundsperson sein, wenn sie die Beurkundung anhand eines von einer Partei vorbereiteten Vertragsentwurfs durchführe. Da die Möglichkeit bestehe, dass in gewissen Formulierungen des Entwurfs einseitige Interessen wahrgenommen würden, habe die Urkundsperson den Urkundeninhalt besonders genau zu prüfen. Auch habe sie darüber zu wachen, dass nicht unbefugte Dritte wie z.B. Liegenschaftsvermittler einer Beurkundung beiwohnen und diese möglicherweise zu beeinflussen versuchen. Die in Abs. 2 von Art. 55f des Vorentwurfs SchlT ZGB verankerte Ausstandspflicht der Urkundsperson ergebe sich daraus, dass diese als Organ der staatlichen, freiwilligen Gerichtsbarkeit objektive und unparteiische Beurkundungen vorzunehmen habe; im Rahmen der Erfüllung staatlicher Aufgaben solle die Urkundsperson «persönlich interesselos» sein. Während die Ausstandspflicht im Fall der Selbstbeteiligung der Urkundsperson oder der Beteiligung ihr nahestehender Personen von Bundesrechts wegen gefordert sei, würden die einzelnen Ausstandsgründe (ausser im Falle bundesrechtlich normierter Beurkundungsverfahren¹⁶) vom kantonalen Recht geregelt.

Im August 2018 wurde als weiterer Schritt im Gesetzgebungsverfahren¹⁷ eine «Groupe de réflexion» zum einheitlichen Beurkundungsverfahren in der Schweiz eingesetzt. Deren Bericht wird auf Ende 2021 erwartet¹⁸.

4. REGELUNG DER UNABHÄNGIGKEIT UND UNPARTEILICHKEIT DER PRIVATEN NOTARINNEN UND NOTARE IM KANTON SOLOTHURN

4.1 Unabhängigkeit als zentrale Berufspflicht

Der Kanton Solothurn regelt das Notariatsrecht im Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches¹⁹ sowie in der Notariatsverordnung²⁰. Hinsichtlich der vorliegenden Thematik hält das EG ZGB in § 4 Abs. 2^{bis} fest, dass der Notar «unabhängig, in eigenem Namen

¹⁵ Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Änderung betreffend öffentliche Beurkundung): Erläuternder Bericht mit Vorentwurf, Dezember 2012, 16 f., s. <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/beurkundungsverfahren.html>> (1.10.2021).

¹⁶ S. Art. 503 ZGB und dazu unten, Ziff. 4.6.

¹⁷ Im Dezember 2013 nahm der Bundesrat von den Ergebnissen des Vernehmlassungsverfahrens Kenntnis und beauftragte das EJPD, eine Botschaft auszuarbeiten, <<https://www.bj.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2013/2013-12-135.html>> (1.10.2021).

¹⁸ Auskunft des BJ vom 21.9.2021; s. <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/beurkundungsverfahren.html>> (1.10.2021). – Zur Unparteilichkeitspflicht des «schweizerischen» Beurkundungsrechts vgl. BRÜCKNER CHRISTIAN, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, Rz 895 ff.

¹⁹ EG ZGB, BGS 211.1.

²⁰ NotV, BGS 129.11.

und auf eigene Verantwortung [amtet]». Mit dieser nachträglich, im Rahmen der Schaffung des Solothurner Anwaltsgesetzes²¹, eingefügten und seit dem 1. Januar 2001 geltenden Bestimmung wird die Unabhängigkeit als zentrale Berufspflicht des Notars ausdrücklich festgehalten. Die Formulierung «amtet» bringt dabei zum Ausdruck, dass der Notar bei seiner Tätigkeit²² nicht wie die Rechtsanwältin einen privatrechtlichen Auftrag erfüllt, sondern eine öffentlich-rechtliche Amtspflicht; bei der Pflicht zur Unabhängigkeit handelt es sich um eine vom öffentlichen Recht bestimmte Amts- bzw. Berufspflicht der Urkundsperson²³.

Die in § 4 Abs. 2^{bis} EG ZGB enthaltene Formulierung «unabhängig, in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung» wurde aus Art. 11 lit. a des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte²⁴ bzw. wohl des Entwurfs oder Vorentwurfs zum BGFA²⁵ (nunmehr Art. 12 lit. b BGFA²⁶), der die Unabhängigkeit als Berufsregel der Anwältin festhält, übernommen²⁷. Beim Erlass von § 4 Abs. 2^{bis} EG ZGB stand allerdings die Selbständigkeit des Notars bzw. der Ausschluss von Notaren in einem Anstellungsverhältnis – und damit die Weisungsungebundenheit des Notars, d.h. seine institutionelle Unabhängigkeit – im Vordergrund. Nach vorliegender Auffassung ist deshalb davon auszugehen, dass das hier verankerte Gebot der Unabhängigkeit des Notars in einem weiten Sinn zu verstehen ist und nicht nur seine Unabhängigkeit im Zuge der Amts- bzw. Berufsausübung umfasst, sondern ebenso seine institutionelle Unabhängigkeit. Hierfür erforderlich ist die Freiheit von Weisungen sowohl von einem öffentlich-rechtlichen Organ als auch von einer natürlichen oder juristischen Person. Für den Anwalt ist die Voraussetzung der institutionellen Unabhängigkeit nunmehr in Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA verankert²⁸. Im Vorentwurf zum BGFA war eine entsprechende Norm noch nicht vorhanden, Eingang gefunden hat sie jedoch in den Entwurf des BGFA (Art. 7 lit. f)²⁹.

§ 4 Abs. 2^{bis} EG ZGB kann als Grundsatznorm für die notarielle Unabhängigkeit betrachtet werden. Konkretisierungen des Unabhängigkeitsgebots finden sich in den Bestimmungen zu den Notaren im Anstellungsverhältnis und zur Zusammenarbeit des Notars mit anderen Notaren, in der Bestimmung betreffend die Unvereinbarkeit einer gleichzeitigen Tätigkeit im kantonalen öffentlichen Dienst sowie insbesondere in den Ausstandsbestimmungen. Diese Konkretisierungen, auf die nachfolgend näher eingegangen wird, verdeutlichen, dass der Gesetzgeber von der Solothurner Notarin sowohl ihre Unabhängigkeit in institutioneller Hinsicht als auch eine unparteiische Berufsausübung verlangt.

²¹ Gesetz über die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwältinnen vom 10.5.2000, BGS 12710.

²² Dazu auch unten, Ziff. 71.

²³ Vgl. SOG 2014, E. 4.3. – Die Notariatstätigkeit hat einen «amtsähnlichen» Charakter, vgl. SCHNYDER THIERRY et al., Der Notar im Kanton Wallis, Bern 2018, 62 ff., 70.

²⁴ BGFA, SR 935.61.

²⁵ S. <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/archiv/anwaltsgesetz-freizuegigkeit.html>> (1.10.2021).

²⁶ Dazu unten, Ziff. 6.

²⁷ S. Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Solothurn vom 21.3.2000, Nr. 602: Gesetz über die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwältinnen (Anwaltsgesetz), Botschaft und Entwurf an den Kantonsrat, 16.

²⁸ Dazu unten, Ziff. 6.

²⁹ Für den Vorentwurf und Entwurf zum BGFA

s. <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/archiv/anwaltsgesetz-freizuegigkeit.html>> (1.10.2021).

4.2 Ausschluss der Ausübung des freien Notariats im Anstellungsverhältnis

Vor Erlass des Solothurner Anwaltsgesetzes konnte als Notarin auch eine Person in einem Anstellungsverhältnis, z.B. zu einer Bank, Versicherung oder Treuhandgesellschaft, tätig werden. Gemäss dem Solothurner Regierungsrat führte diese Situation «zu heiklen und nicht befriedigend lösbaren Unvereinbarkeitsproblemen»³⁰. Nach § 4 Abs. 2^{bis} i.V.m. § 368^{septies} EG ZGB e contrario ist ein solches Anstellungsverhältnis nunmehr ausgeschlossen³¹. Nicht zulässig ist folglich auch, dass der Notar Angestellter eines anderen Notars oder auch einer Anwältin oder Anwalts-Kapitalgesellschaft ist. Vergleichend sei hier auf die anderslautende Regelung im Kanton Bern hingewiesen, wonach die Ausübung des Notariatsberufs im Anstellungsverhältnis zu einer Notarin zulässig ist, sofern sie im Notariatsregister eingetragen ist³². Da der Arbeitgeber-Notar somit dieselben Unabhängigkeitsgebote zu beachten habe wie die von ihm angestellte Notarin, werden hier keine Probleme hinsichtlich des Unabhängigkeitserfordernisses gesehen³³. Gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. b des Berner Notariatsgesetzes, der seit dem 1. Juni 2021 gilt, kann der Notariatsberuf sogar im Anstellungsverhältnis zu einer Notariats-AG oder einer Notariats-GmbH erfolgen, sofern diese durch Personen beherrscht wird, die im Notariatsregister eingetragen sind.

Ob es zulässig ist, dass ein Notar, der bei einer Anwältin oder Anwalts-Kapitalgesellschaft nicht als Notar, sondern als Anwalt angestellt ist, wird weiter unten³⁴ erörtert werden.

4.3 Pflichten bei der gemeinsamen Führung eines Notariatsbüros durch mehrere Notarinnen und Notare

§ 7 NotV mit der Marginalie «Gesellschaftsverhältnis» bestimmt, dass im Fall, dass sich mehrere Notare zur gemeinsamen Führung eines Büros verständigen, jeder Teilhaber das Notariat unter seiner Verantwortung auszuüben hat. Jeder Teilhaber hat seine Aktensammlung sowie die vorgeschriebenen Register gesondert zu führen. Mit dieser Bestimmung soll die (institutionelle) Unabhängigkeit der Notarin von ihren Bürokolleginnen sichergestellt werden.

4.4 Unvereinbarkeit einer gleichzeitigen Tätigkeit im kantonalen öffentlichen Dienst

§ 3 NotV hält ausdrücklich fest, dass die Bekleidung einer ständigen Beamtung oder Anstellung im kantonalen öffentlichen Dienst mit der Ausübung des Notariates unvereinbar ist. Unzulässig wäre folglich z.B. eine ständige (Teilzeit-)Anstellung auf einem Betreibungsamt oder Grundbuch-

³⁰ Auszug aus dem Protokoll vom 21.3.2000, Nr. 602, 16.

³¹ S. auch Weisung des Regierungsrates des Kantons Solothurn an die privaten Notare bezüglich Anpassungen im Beurkundungsrecht 2015 (per 1.1.2016),

<https://so.ch/fileadmin/internet/staatskanzlei/stk-lj/pdf/Weisung_Anpassungen_im_Beurkundungsrecht_2016.pdf> (1.10.2021).

³² Art. 3 Abs. 2 lit. a Berner Notariatsgesetz vom 20.3.2020; Art. 4 Abs. 5 frühere Fassung Berner Notariatsgesetz.

³³ KNB-WOLF/PFAMMATER, N 22 zu Art. 4 NG.

³⁴ Ziff. 7.3.

amt im Kanton Solothurn oder auf dem kantonalen Handelsregisteramt. Unzulässig wäre aber auch eine ständige Beamtung oder Anstellung in einem Bereich des öffentlichen Dienstes, der mit dem Notariat in keinem engeren Zusammenhang steht, also z.B. eine Anstellung im kantonalen Departement für Bildung und Kultur. Nicht ausgeschlossen wird demgegenüber eine nicht ständige Tätigkeit im öffentlichen Dienst des Kantons Solothurn. Zu denken ist hier beispielsweise an eine Mitarbeit in einer kantonalen Kommission.

Mit dieser Unvereinbarkeitsregelung soll die (institutionelle) Unabhängigkeit der privaten Notarin von der staatlichen Verwaltung sichergestellt werden. Weiter dient sie dazu, Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern³⁵. Fraglich ist, ob es hierfür notwendig ist, ständige Beamtungen oder Anstellungen in sämtlichen Bereichen des öffentlichen Dienstes auszuschliessen und nicht nur in solchen, die mit dem Notariat in einem engeren Zusammenhang stehen³⁶.

4.5 Unparteiische Rechtsbelehrung

Zur Tätigkeit des Notars gehört u.a. die Rechtsbelehrung bzw. Beratung³⁷. § 15 NotV hält ausdrücklich fest, dass diese unparteiisch zu erfolgen hat: «Der Notar soll diejenigen, die seine Dienste beanspruchen, unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen beraten. Er achtet besonders darauf, dass Geschäfts- und Rechtsunkundige, die vor ihm rechtsgeschäftliche Erklärungen abgeben, die nötigen Aufschlüsse erhalten und nicht in Unkenntnis der Sachlage zu ihrem Nachteil handeln»³⁸.

4.6 Ausstandsbestimmungen

Zur Sicherstellung seiner Unabhängigkeit gegenüber den im Einzelfall Beteiligten und insbesondere seiner Unparteilichkeit³⁹ trägt der Notar als allgemeine Berufspflicht eine Ausstandspflicht. Wie dargelegt⁴⁰, gehört die Ausstandspflicht zu den bundesrechtlichen Minimalanforderungen. Die einzelnen Ausstandsgründe regelt der Kanton Solothurn in § 13 Abs. 1 NotV, entsprechend § 8 Abs. 1 EG ZGB. Der Notar hat sich demnach «unter Vorbehalt der bundesrechtlichen Ausstandsbestimmungen» in den folgenden Fällen in den Ausstand zu begeben:

- «a) in eigener Sache;
- b) in Sachen der Ehefrau, der Verlobten, der eingetragenen Partnerin, der mit der Urkundsperson eine faktische Lebensgemeinschaft führenden Person, der Verwandten und Verschwägerten in auf- und absteigender Linie ohne Beschränkung sowie der Verwandten und Verschwägerten in der Seitenlinie bis zum dritten Grad römischer Berechnung;

³⁵ Vgl. zum (früheren) Berner Recht KNB-WOLF/PFAMMATER, N 1 und 7 zu Art. 4 NG.

³⁶ Vgl. den nunmehr aufgehobenen Art. 4 Abs. 2 Notariatsgesetz des Kantons Bern (Fassung vom 22.11.2005), BSG 169.11.

³⁷ Dazu unten, Ziff. 7.1.

³⁸ Zur Bedeutung der Unparteilichkeit bei der Rechtsbelehrung CARLEN LOUIS, Notariatsrecht der Schweiz, Zürich 1976, 126.

³⁹ Vgl. KNB-WOLF, N 2 zu Art. 32 NG.

⁴⁰ Ziff. 3.

- c) in Sachen von Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, an denen er beteiligt ist;
- d) in Sachen einer natürlichen oder juristischen Person, deren gesetzlicher Vertreter oder Bevollmächtigter er allein oder mit Dritten zusammen ist»⁴¹.

Ein Teil dieser Ausstandsgründe gilt auch für die von der Notarin vorzunehmende Beglaubigung als spezieller Beurkundung (s. § 27 EG ZGB, § 39 NotV).

Bundesrechtliche Ausstandsbestimmungen sind im ZGB enthalten (Art. 503). Diese (abschliessenden) Ausstandsgründe gelten zwingend in den Beurkundungsverfahren des schweizerischen Zivilgesetzbuches. Diese sog. ZGB-Verfahren werden in Art. 499 ff. ZGB für die öffentliche letztwillige Verfügung sowie in Art. 512 ZGB für den Erbvertrag geregelt. Die Ausstandsgründe nach § 13 NotV, die für das Beurkundungsverfahren nach Solothurner Recht (§ 23 ff. NotV) gelten, sind hier nicht anwendbar⁴².

Nach allgemeiner Auffassung – und entsprechend der Regelung für die Richterinnen⁴³ – ist für die Frage der Ausstandspflicht nicht relevant, ob im konkreten Fall eine rechtlich unerwünschte Beeinflussung des Notars tatsächlich vorliegt. Bereits der Anschein, dass er nicht unabhängig ist, verpflichtet ihn, sich im Einzelfall seiner notariellen Funktionen zu enthalten⁴⁴.

5. EXKURS: ANSPRUCH AUF EIN UNABHÄNGIGES UND UNPARTEISCHES GERICHT

Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung⁴⁵ wie auch Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention⁴⁶ verankern einen Anspruch auf ein «unabhängiges und unparteiisches» Gericht. Dieses fundamentale (justiziable) Verfahrensrecht umfasst die Garantie auf unbefangene, unvoreingenommene und unparteiische Richterinnen wie auch auf institutionell unabhängige Gerichte⁴⁷. Die institutionelle Unabhängigkeit der Gerichte wird zudem in Art. 191c BV festgehalten, und zwar als allgemeiner Grundsatz der Behördenorganisation⁴⁸; Art. 191c BV stellt die organisationsrechtliche Seite des Anspruchs auf ein verfassungsmässiges Gericht nach Art. 30 Abs. 1 BV dar⁴⁹.

⁴¹ § 13 NotV.

⁴² Vgl. KNB-WOLF, N 1 und N 11 zu Art. 48 NV sowie N 6 f. zu Art. 32 NG; BICHSEL MARTIN/PFÄFFLI ROLAND, ZGB-Beurkundungsverfahren als alternatives Beurkundungsverfahren im Kanton Bern, BN 2020, 375.

⁴³ S. unten, Ziff. 5.

⁴⁴ Vgl. KNB-WOLF, N1 zu Art. 32 NG; BVR 2018, 139, 145, E. 3.2; PFAMMATTER ARON, Zur notariellen Interessenwahrungspflicht eines zuvor als Anwalt tätig gewordenen Notars, ZWR 2011, 371 ff., 377.

⁴⁵ BV, SR 101.

⁴⁶ EMRK, SR 0.101.

⁴⁷ STEINMANN GEROLD, St. Galler Kommentar zu Art. 30 BV, Rz 7; zum Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht nach Art. 6 Abs. 1 EMRK ausführlich GRABENWARTER / PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Auflage, München 2021, 511 ff.

⁴⁸ S. KIENER REGINA, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, 25 ff.

⁴⁹ STEINMANN, St. Galler Kommentar zu Art. 191c BV, Rz 4.

In einem Entscheid zur Unabhängigkeit des Kantonsgerichts des Kantons Luzern von dessen Notariatsprüfungskommission hält das Bundesgericht in Wiedergabe seiner ständigen einschlägigen Rechtsprechung fest: «Es soll garantiert werden, dass keine sachfremden Umstände, welche ausserhalb des Prozesses liegen, in sachwidriger Weise zugunsten oder zulasten einer Partei auf das gerichtliche Urteil einwirken. Art. 30 Abs. 1 BV soll zu der für einen korrekten und fairen Prozess erforderlichen Offenheit des Verfahrens im Einzelfall beitragen und damit ein gerechtes Urteil ermöglichen». Die Garantie des verfassungsmässigen Gerichts wird bereits verletzt, «wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit hervorrufen. Für die Ablehnung wird nicht verlangt, dass ein Gerichtsmitglied tatsächlich befangen ist». Im vorliegenden Fall kam das Bundesgericht zum Schluss, dass «weder in organisatorischer noch in personeller Hinsicht eine 'so enge Beziehung' des Kantonsgerichts zur Notariatsprüfungskommission dargetan [ist], dass [der] Anspruch auf ein unabhängiges, unparteiisches Gericht verletzt wäre»⁵⁰.

Die institutionelle Unabhängigkeit verlangt insbesondere, dass der Richter von der Exekutive oder Legislative unabhängig ist. Auch ist die Unabhängigkeit z.B. nicht gewahrt, wenn die Richterin aus einem sachbezogenen privatrechtlichen Abhängigkeitsverhältnis weisungsgebunden ist⁵¹.

Das Notariatsverfahren ist zwar kein gerichtliches Verfahren im Sinne von Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK und fällt daher nicht in den sachlichen Anwendungsbereich dieser Bestimmungen. Folglich hat die Notarin hinsichtlich ihrer Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nicht den strengen Anforderungen dieser Normen zu genügen. Wie der Regierungsrat des Kantons Solothurn allerdings zu Recht ausführt, ist der Notar ein «mit hoheitlicher Beurkundungsbefugnis ausgestatteter Repräsentant des Staates»⁵². Angesichts des daraus folgenden hoheitlichen Charakters der Notariatstätigkeit besteht nichts desto trotz eine Nähe der Notariatstätigkeit zur Tätigkeit von Richterinnen. Dies zeigt sich auch darin, dass das Notariat zur Gerichtsbarkeit gehört, zwar nicht zur streitigen, sondern zur nichtstreitigen bzw. freiwilligen⁵³. Bei der Auslegung des Gebots der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Notarin können nach vorliegender Auffassung die Anforderungen an die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Gerichts daher mutatis mutandis berücksichtigt werden.

⁵⁰ BGer, Entscheid vom 2.6.2014, 2C_1192/2013 = ZBGR 96/2015, 417, E. 2.1, 2.2.

⁵¹ STEINMANN, St. Galler Kommentar zu Art. 30 BV, Rz 15.

⁵² Zit. in Verwaltungsgericht SO, Entscheid vom 3.12.2018, VWBES.2018.145, E. 4.

⁵³ BGer, Entscheid vom 11.5.2015, 2C_335/2013, E. 2.1; vgl. BGer, Entscheid vom 6.9.2018, 2C_183/2018, E. 5.3.1: «Bereits im Kreis Schreiben an die praktizierenden Notare des Kantons Bern vom 30. März 1965 [...] hielt die damalige Justizdirektion des Kantons Bern (heute: JGK) in diesem Zusammenhang fest, der Notar sei vor allem ein Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit und seine Stellung sei mit derjenigen eines Richters vergleichbar. Er habe daher alles zu unterlassen, was Anlass zu Zweifeln an seiner Unparteilichkeit und Unabhängigkeit geben könnte».

6. EXKURS: PFLICHT DER ANWÄLTIN UND DES ANWALTS ZUR UNABHÄNGIGEN BERUFS AUSÜBUNG UND VERMEIDUNG VON INTERESSENKOLLISIONEN

Anders als ein Richter oder eine Notarin, die eine unparteiische Position einzunehmen haben⁵⁴, hat der Anwalt geradezu die Aufgabe, die Interessen seiner Klientschaft und damit in einem Verfahren einseitig die Interessen einer Partei zu wahren⁵⁵. Das BGFA verlangt in Art. 12 lit. c im Sinne einer Berufsregel hierfür, dass die Anwälte «jeden Konflikt [meiden] zwischen den Interessen ihrer Klientschaft und den Personen, mit denen sie geschäftlich oder privat in Beziehung stehen». Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung reicht «die bloss abstrakte Möglichkeit des Auftretens gegensätzlicher Interessenlagen nicht aus, um auf eine unzulässige Vertretung zu schliessen; verlangt wird vielmehr ein sich aus den gesamten Umständen ergebendes konkretes Risiko eines Interessenkonflikts». Umgekehrt ist «nicht erforderlich, dass sich das konkrete Risiko realisiert hat und der Anwalt sein Mandat schlecht oder zum Nachteil des Klienten ausgeführt hat». Gegen Art. 12 lit. c BGFA verstösst beispielsweise «der Anwalt, der zuvor als Notar für ein Ehepaar einen Ehevertrag abschliesst, mit welchem Gütertrennung vereinbart wird, und anschliessend als Anwalt den einen der Ehepartner in einem Verfahren im Zusammenhang mit dem Güterstand und/oder Scheidung vertritt». Ebenso verstösst gegen diese Norm, «wer als Notar ein Testament oder einen Erbvertrag beurkundet und anschliessend als Anwalt im Streit um diesen Akt einen darin begünstigten Erben oder Vermächtnisnehmer vertritt»⁵⁶.

Damit zusammenhängend verlangt das BGFA als weitere Berufsregel, dass die Anwältinnen ihren Beruf «unabhängig, in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung» ausüben (Art. 12 lit. b BGFA). Die Pflicht zur unabhängigen Berufsausübung soll gewährleisten, dass die Anwältin den Interessen ihres Auftraggebers gegenüber allen anderen Belangen stets den Vorrang einräumen kann. Im Vordergrund steht dabei das Fehlen von beruflichen, persönlichen sowie wirtschaftlichen Abhängigkeiten⁵⁷. In Art. 10 der Standesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbands wird sodann festgehalten, dass die Unabhängigkeit insbesondere bedingt, «dass keine Bindungen bestehen, welche Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte bei der Berufsausübung irgendwelchem Einfluss von Dritten, die nicht in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind, aussetzen» und «Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte [...] keine Tätigkeiten aus[üben], die mit ihrer Unabhängigkeit nicht vereinbar sind»⁵⁸.

⁵⁴ S. oben, insb. Ziff. 4.6 und Ziff. 5; s. auch BGer, Entscheid vom 22.8.2019, 2C_89/2019 = ZBGR 2020, 327, E. 7.3.1:

«Der Notar nimmt in seiner Funktion keine Parteiinteressen wahr».

⁵⁵ S. BRAZEROL RICCARDO/WYLER SEBASTIAN, Beurkundungskompetenz für Rechtsanwälte im Kanton Zürich?, AJP 2020, 861 ff., 864, 866.

⁵⁶ BGer, Entscheid vom 22.1.2015, 2C_814/2014, E. 4.1.1, 4.1.4.

⁵⁷ S. FELLMANN WALTER, in: Fellmann/Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte, 2. Aufl., Zürich et al. 2011, Art. 12 / III. Art. 12 lit. b: Unabhängigkeit N 58.

⁵⁸ <[https://www.sav-fsa.ch/de/documents/dynamiccontent/7229_schweizerische_standesregeln_d_22-06-2012-\(2\).pdf](https://www.sav-fsa.ch/de/documents/dynamiccontent/7229_schweizerische_standesregeln_d_22-06-2012-(2).pdf)> (1.10.2021).

Während Art. 12 lit. b BGFA die Unabhängigkeit bei der Ausübung des Anwaltsberufs betrifft und von der Anwältin im Einzelfall abzuschätzen ist, ob ein Interessenkonflikt vorliegt, hat Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA die institutionelle Unabhängigkeit zum Gegenstand: Für den Register- eintrag müssen die Anwälte «in der Lage sein, den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben; sie können Angestellte nur von Personen sein, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind»⁵⁹. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht «bei angestellten Anwälten grundsätzlich eine (widerlegbare) Vermutung für das Fehlen der erforderlichen Unabhängigkeit [...]». [D]ie Frage, ob diese gegeben ist, [hängt] nicht von der Rechtsform der Anwaltskanzlei ab, sondern von deren konkreten Organisationsstruktur [...]. Ist diese so ausgestaltet, dass lediglich registrierte Anwälte Einfluss nehmen können, sind die gesetzlichen Vorgaben gewahrt. Die Voraussetzung kann auch bei Körperschaften erfüllt sein. Der Zweck von Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA erfordert nicht, körperschaftliche Rechtsformen von Anwaltskanzleien generell zu untersagen»⁶⁰. Da auch die Anwaltstätigkeit im Monopolbereich (Vertretung von Parteien vor Gericht, die allein vom Registereintrag nach Art. 8 Abs. 1 BGFA betroffen ist) grundsätzlich in den Schutzbereich der von Art. 27 BV garantierten Wirtschaftsfreiheit fällt, ist bei der Auslegung des Begriffs der Unabhängigkeit im Sinne von Art 8 Abs. 1 lit. d BGFA dieses Grundrecht mit zu berücksichtigen⁶¹.

Obwohl der Rechtsanwalt eine gewisse Mitverantwortung für das korrekte Funktionieren des Rechtsstaats trägt und wie dargelegt mit Art. 12 BGFA besonderen Berufsregeln untersteht, lässt sich die Stellung des Rechtsanwalts nicht mit jener eines Notars vergleichen, hat dieser doch an der Staatsgewalt als solcher teil⁶². Obwohl sowohl § 4 Abs. 2^{bis} EG ZGB für den Notar als auch Art. 12 lit. b BGFA für die Rechtsanwältin übereinstimmend verlangen, dass das Amt bzw. der Beruf «unabhängig, in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung» ausgeübt wird, ja das BGFA beim Erlass von § 4 Abs. 2^{bis} EG ZGB sogar als Vorlage diente⁶³, können diese beiden Bestimmungen folglich nicht einheitlich ausgelegt werden. Notare unterstehen einem strengeren Massstab als Anwältinnen. Zudem ist stets zu beachten, dass der Notar im Gegensatz zum Anwalt keine Parteiinteressen wahrnimmt⁶⁴.

⁵⁹ Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA; dazu FELLMANN, a.a.O., Art. 12 / III. Art. 12 lit. b: Unabhängigkeit N 60 f.; s. auch § 9 Abs. 1 des Solothurner Anwaltsgesetzes.

⁶⁰ BGer, Entscheid vom 11.1.2016, 2C_560/2015, E. 3.1.

⁶¹ BGE 130 II 87, E. 3.

⁶² BGE 133 I 259, E. 3.4.

⁶³ S. oben, Ziff. 4.1.

⁶⁴ Vgl. BGer, Entscheid vom 22.08.2019, 2C_89/2019, E. 7.3.1 = ZBGR 2020, 327, 334, E. 7.3.1; Verwaltungsgericht SO, Entscheid vom 3.12.2018, VWBES.2018.145, E. 5.2.

7. NEBENERWERBSTÄTIGKEITEN DES PRIVATEN NOTARS UND DER PRIVATEN NOTARIN ALS GEFAHR FÜR IHRE UNABHÄNGIGKEIT UND UNPARTEILICHKEIT

7.1 Tätigkeit des privaten Notars und der privaten Notarin

Die Haupt- bzw. Kerntätigkeit des privaten Solothurner Notars besteht in der Errichtung von öffentlichen Urkunden⁶⁵. Ebenfalls als notarielle und damit amtliche Tätigkeiten gelten gemäss der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn Nebenleistungen der Urkundsperson im Zusammenhang mit einer öffentlichen Beurkundung, beispielsweise die «Beratung, welche im Hinblick auf eine öffentliche Beurkundung im Rahmen üblicher notarieller Berufserfahrung erteilt wird» sowie die «Formulierung von Verträgen und anderen individuellen Willenserklärungen, deren gültiges Vorliegen für das zu beurkundende Geschäft oder dessen registerliche Eintragungsfähigkeit eine notwendige Voraussetzung und von der Urkundsperson von Amtes wegen zu prüfen ist». Nicht als notarielle, sondern als private Tätigkeit betrachtet wird demgegenüber die rechtsberatende Tätigkeit wie z.B. die Beratung über die Liquidation und Nachfolgeregelung einer als Vertragspartei auftretenden GmbH⁶⁶. Die Abgrenzung zwischen notarieller und nicht notarieller Tätigkeit dürfte im Einzelfall schwierig sein.

Die notarielle Tätigkeit der privaten Solothurner Notarin ist – im Gegensatz etwa zum Berner Notar – in sachlicher Hinsicht begrenzt: für die öffentliche Beurkundung von Rechtsgeschäften über Grundstücke ist grundsätzlich allein der Amtschreiber zuständig⁶⁷. Für die Beurkundung von Vorverträgen zu Kaufverträgen sowie von Eheverträgen, Vermögensverträgen nach Artikel 25 PartG⁶⁸ und Sacheinlage- und Sachübernahmeverträgen (z.B. im Zusammenhang mit der Gründung von Gesellschaften) ist jedoch – im Sinne einer Ausnahme – auch dann, wenn es um Grundstücke geht, nicht nur der Amtschreiber zuständig, sondern ebenfalls der private Notar⁶⁹.

Das Gebot der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit hat für alle notariellen Tätigkeiten und damit auch für die genannten notariellen Nebenleistungen zu gelten⁷⁰. Für die Rechtsbelehrung bzw. Beratung ist das Gebot der Unparteilichkeit ausdrücklich festgehalten (§ 15 NotV)⁷¹.

Abhängigkeiten der Notarin können insbesondere ihre notariellen Nebenleistungen beeinflussen. So ist es denkbar, dass sie z.B. beim Unterbreiten von Varianten für die Ausgestaltung eines konkreten Ehevertrags von sachfremden Faktoren beeinflusst wird. Nachfolgend sollen mögliche Abhängigkeiten des privaten Notars aufgrund von Tätigkeiten, die ausserhalb seiner notariellen

⁶⁵ S. § 1 Abs. 2 NotV.

⁶⁶ SOG 2014 Nr. 25, E. 4.3, 4.7.

⁶⁷ Sog. «Mischform» im Gegensatz zum ausschliesslich freien Notariat wie z.B. im Kanton Bern oder zum Monopol des Amtsnotariats wie im Kanton Zürich, STAMPFLI, a.a.O., 52 f.

⁶⁸ Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare, SR 211.231.

⁶⁹ § 5 Abs. 1 EG ZGB; s. dazu STAMPFLI, a.a.O., 51, 54 ff.

⁷⁰ SOG 2014 Nr. 25, E. 4.3 zur Unparteilichkeit.

⁷¹ Dazu oben, Ziff. 4.5.

Tätigkeit liegen, d.h. aufgrund einer allfälligen privaten Nebenerwerbstätigkeit, aufgezeigt und mögliche Sicherungen dargelegt werden. Zu erörtern ist dabei insbesondere auch die Bedeutung der verfassungsrechtlich garantierten Wirtschaftsfreiheit.

7.2 Bedeutung der Wirtschaftsfreiheit für die Tätigkeit des Notars und der Notarin

Aufgrund der ihm verliehenen Beurkundungsbefugnis ist der Notar Träger einer hoheitlichen Funktion und kann sich im Rahmen seiner notariellen Tätigkeit, da er an der Staatsgewalt teilhat, nicht auf die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV und Art. 17 Abs. 1 der Solothurner Kantonsverfassung berufen⁷³; dass das Notariat im (internationalen) Verhältnis mit der EU nicht mehr als «Ausübung hoheitlicher Befugnisse» gelten soll, ändert daran nichts⁷⁴. Dies erlaubt es dem Kanton Solothurn denn auch, für die öffentliche Beurkundung von Grundstücksgeschäften den Amtschreiber als Amtsnotar weitgehend für allein zuständig zu erklären⁷⁵. Die Nebenerwerbstätigkeit der privaten Notarin, beispielsweise ihre Tätigkeit als Vermögens- oder Liegenschaftsverwalterin, als Finanz- oder Vorsorgeberaterin, als Verwaltungs- oder Stiftungsrätin oder auch als forensisch tätige Anwältin ist im Gegensatz dazu privatrechtlicher Natur und fällt demnach in den Schutzbereich nach Art. 27 BV sowie Art. 17 Abs. 1 KV⁷⁶. Allerdings nicht vom Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit erfasst wird die Frage, «welche Erwerbstätigkeiten neben der hoheitlichen Funktion als Urkundsperson zulässigerweise ausgeübt werden dürften»⁷⁷. Denn diese Frage bildet «Teil der gesetzlichen Ausgestaltung der Haupttätigkeit als Notarin oder Notar»⁷⁸. Als Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit hat sich der Notar auch im nebenberuflichen Bereich zwecks Sicherung seiner – im Kern bundesrechtlich geforderten⁷⁹ – Unabhängigkeit und Neutralität gewisse Beschränkungen gefallen zu lassen⁸⁰. Zu einer Gefährdung der Unabhängigkeit kann jegliche Beteiligung der Notarin am Wirtschaftsleben führen. Wie das Bundesgericht⁸¹ festhält, besteht die Gefahr, dass vor allem das persönliche Engagement des Notars in der Wirtschaftswelt zu Gewinnzwecken seine Unabhängigkeit und das notwendige Vertrauen, das Privatpersonen in den Notar haben müssen, wenn sie seine Dienste in Anspruch nehmen, untergraben könnte. Ebenfalls als problematisch betrachtet werden Nebenerwerbstätigkeiten, bei denen die Notarin in erheblicher Weise die Interessen des Arbeitgebers zu wahren hat⁸², was bei Tätigkeiten in einem Anstellungsverhältnis regelmässig der Fall sein dürfte. Gemäss Bundesgericht ist es «Sache des kantonalen Gesetzgebers, abzuwägen, in welchem Ausmass er Nebenbeschäftigungen seiner Notare gestatten oder deren Neutralität absichern wolle»⁸³. Der Kanton Solothurn hat

⁷² KV, BGS 111.1.

⁷³ BGE 133 I 259, E. 2.2. zu Art. 27 BV; BVR 2016, 147, E. 3.2.5; vgl. SOG 1998 Nr. 35.

⁷⁴ BVR 2016, 147, E. 3.2.3.

⁷⁵ § 5 Abs. 1 EG ZGB.

⁷⁶ Vgl. BVR 2016, 147, E. 3.2.5 zu Art. 29 Abs. 2 Berner Notariatsgesetz.

⁷⁷ BVR 2016, 147, E. 3.2.5.

⁷⁸ BVR 2016, 147, E. 3.2.5; vgl. BGE 133 I 259, E. 3.3.

⁷⁹ S. oben, Ziff. 3; s. auch BSK ZGB II-SCHMID, Art. 55 SchlT, Rz 30.

⁸⁰ S. KNB-WOLF/PFAMMATTER, N 8 zu Art. 2 NG; vgl. BGE 133 I 259, E. 3.3.

⁸¹ SJ 2000 97, E. 3.

⁸² S. BSK ZGB II-SCHMID, Art. 55 SchlT, Rz 30 mit weit. Nachw.

⁸³ BGE 133 I 259, E. 3.3.; s. dazu BVR 2018, 139, E. 3.1.

– anders als für die Richterinnen⁸⁴ – keine einschlägigen Bestimmungen erlassen. Demgegenüber hält beispielsweise das Tessiner Notariatsgesetz ausdrücklich fest, dass die Funktion des Notars u.a. unvereinbar ist mit der Tätigkeit eines Immobilienvermittlers, eines Finanzberaters oder einer «nicht zufälligen Gewerbstätigkeit» sowie generell in Fällen, in denen es zu einer direkten oder indirekten Interessenkollision kommen kann⁸⁵. Auch gemäss der Rechtsprechung des Berner Verwaltungsgerichts⁸⁶ sind nicht nur all jene Nebenerwerbstätigkeiten untersagt, die im Rahmen der Haupttätigkeit als Urkundsperson zu einem tatsächlichen Interessenkonflikt führen, sondern – entsprechend der Regelung der Ausstandspflichten, wo ein objektiver Anschein der Befangenheit genüge – auch jene, die lediglich mit einer Möglichkeit von Interessenkonflikten verbunden sind. Dass der Notar gewissen (lukrativen) Nebenerwerbstätigkeiten nicht nachgehen könne, werde mit einer interkantonal vergleichsweise grosszügig bemessenen öffentlich-rechtlichen Kausalabgabe ausgeglichen.

7.3 Kombination der Notariatstätigkeit mit der Anwaltstätigkeit

Eine die Unabhängigkeit potentiell gefährdende Nebenerwerbstätigkeit des privaten Notars ist die Anwaltstätigkeit. Die Kantone Genf und Waadt untersagen die gleichzeitige Tätigkeit als Notar und Rechtsanwalt denn auch ausdrücklich⁸⁷. Das Bundesgericht hat die Unvereinbarkeitsbestimmung des Kantons Genf, die den dortigen (freiberuflichen) Notarinnen nebst der Advokatstätigkeit (fast) alle Formen von Nebenerwerbstätigkeiten verbietet, für verfassungsmässig erklärt⁸⁸.

Im Kanton Solothurn ist die – nach Auffassung des Bundesgerichts grundsätzlich unproblematische⁸⁹ – kombinierte Tätigkeit als Anwalt und Notar weit verbreitet, wobei umfangmässig in der Regel nicht die Notariats-, sondern die Anwaltstätigkeit im Vordergrund stehen dürfte⁹⁰. Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich die Frage, wie die in § 4 Abs. 2^{bis} EG ZGB verlangte (institutionelle) Unabhängigkeit des Notars⁹¹ gesichert werden kann, wenn er als Anwalt (nicht als Notar⁹²) in einem Anstellungsverhältnis steht. Für den Fall, dass der Notar als Anwalt bei einer Anwalts-Kapitalgesellschaft angestellt ist, bestimmt der seit dem 1. Januar 2016 geltende § 7^{bis}

⁸⁴ § 91^{bis} des Gesetzes über die Gerichtsorganisation (GO), BGS 125.12.

⁸⁵ Legge sul notariato, Raccolta delle leggi del Cantone Ticino 952.100., Art. 23:

«La funzione di notaio è incompatibile:

[...]

c) con le professioni e funzioni [...] di mediatore immobiliare, di mediatore e consulente finanziario, con l'esercizio di un'attività commerciale non casuale e comunque nei casi nei quali direttamente o indirettamente può esserci collisione di interessi».

⁸⁶ BVR 2016, 147, E. 4.1.

⁸⁷ Art. 4 Abs. 1 Loi sur le notariat des Kantons Genf, E 6 05: «Les fonctions de notaire sont incompatibles avec celles [...] d'avocat [...]»; Art. 5 Abs. 1 Loi sur le notariat des Kantons Waadt, 178.11: «Le notaire ne peut exercer les professions d'avocat, [...]».

⁸⁸ BGer, SJ 1990 97; BGE 133 I 259, E. 3.3.

⁸⁹ S. BGE 130 II 87, E. 4.1.

⁹⁰ Vgl. STAMPFLI, a.a.O., 51, wonach das freie Notariat für sich allein keine genügende Erwerbsgrundlage biete.

⁹¹ Dazu oben, Ziff. 4.1.

⁹² Zur Anstellung als Notar oben, Ziff. 4.2.

NotV diesbezüglich, dass der Notar die Büroinfrastruktur der Anwalts-Kapitalgesellschaft mitbenutzen kann, «wenn die unabhängige und weisungsungebundene Berufsausübung als Notar gewährleistet ist». Hierfür erforderlich ist eine Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag. Beispielsweise verpflichtet sich darin die Anwalts-Kapitalgesellschaft, im Briefkopf und auf der Homepage auf die Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Notars hinzuweisen⁹³. Wird die Notarin bei einer Anwaltskanzlei als Einzelfirma – oder auch bei einer Bank, Treuhandgesellschaft oder Versicherung – als Anwältin angestellt, gilt Obiges nach vorliegender Auffassung sinngemäss.

Wenn auch die kombinierte Tätigkeit als Rechtsanwalt und Notar im Kanton Solothurn generell zulässig ist, kann sie im Einzelfall problematisch sein und die Ablehnung eines Mandats verlangen. Nach vorliegender Auffassung bedeutet das in § 4 Abs. 2^{bis} EG ZGB verankerte Erfordernis der unabhängigen Amtsausübung, dass die Notarin im Einzelfall nicht tätig werden darf, wenn sie bereits eine der Parteien anwaltlich vertreten und sich damit einseitig für die Interessen einer der Parteien eingesetzt hat. Hat die Notarin beispielsweise als Anwältin in einem Trennungsprozess den Ehemann vertreten, fehlt ihr für die nachträgliche Beurkundung eines Ehevertrags zwischen den gleichen Parteien die erforderliche Unabhängigkeit⁹⁴. Vergleichend kann hier auf die Regelung im Kanton Wallis hingewiesen werden, wonach der Notar keine Urkunde errichten darf, die direkt eine Angelegenheit betrifft, in der er als Anwalt tätig war⁹⁵.

7.4 Vornahme von Immobiliengeschäften durch Notare oder Notarinnen

Wie gezeigt⁹⁶, ist im Kanton Solothurn die private Notarin ausnahmsweise auch für die Beurkundung von Rechtsgeschäften über Grundstücke sachlich zuständig. Angesichts des wirtschaftlichen Vorteils, der einem Notar, der gleichzeitig beispielsweise mit Immobilien handelt, aus Informationen im Zusammenhang mit einer ein Grundstück betreffenden Beurkundung erwachsen kann, stellt sich die Frage, inwieweit das Gebot der Unabhängigkeit bei der Berufsausübung einer Nebenbeschäftigung des Notars im Immobilienbereich Schranken setzt.

Mehrere kantonale Notariatsrechte enthalten für die Urkundspersonen ein Verbot des Liegenschaftshandels und der Liegenschaftsvermittlung. Im Kanton Aargau beispielsweise sind «der gewerbsmässige Handel im Grundstückverkehr und die Vermittlung von Grundstücken gegen Provision»⁹⁷ unvereinbar mit der Ausübung der Beurkundungstätigkeit. Eine ähnliche Bestim-

⁹³ S. Merkblatt «Mitbenutzung der Büroinfrastruktur einer Anwalts-Kapitalgesellschaft durch den Notar» der Staatskanzlei Legistik und Justiz des Kantons Solothurn vom 22.12.2015. Gemäss Weisung des Regierungsrates des Kantons Solothurn an die privaten Notare bezüglich Anpassungen im Beurkundungsrecht 2015 (per 1.1.2016), <https://so.ch/fileadmin/internet/staatskanzlei/stk-lj/pdf/Weisung_Anpassungen_im_Beurkundungsrecht_2016.pdf> (1.10.2021), ist mit der Anstellung des auch als Notar tätigen Anwalts bei einer Anwalts-Kapitalgesellschaft die notarielle Unabhängigkeit gemäss diesem Merkblatt nachzuweisen.

⁹⁴ Zur Problematik der Anwaltstätigkeit einer Person, die im Einzelfall zuvor als Notarin tätig war, oben, Ziff. 6.

⁹⁵ Art. 20 Abs. 2 Notariatsgesetz des Kantons Wallis, SGS 178.1; dazu kritisch PFAMMATTER, ZWR 2011, 371 ff.

⁹⁶ Oben, Ziff. 71.

⁹⁷ § 7 Abs. 1 lit. c Beurkundungs- und Beglaubigungsgesetz des Kantons Aargau, SAR 295.200.

mung kennt der Kanton Wallis⁹⁸. Ausdrücklich zulässig ist im Kanton Wallis demgegenüber die Liegenschaftsverwaltung⁹⁹. Gemäss der Rechtsprechung des Berner Verwaltungsgerichts¹⁰⁰ führt eine Beteiligung am Liegenschaftshandel – anders als die Liegenschaftsverwaltung – bei Urkundspersonen «zwangsläufig zum Risiko von Interessenkonflikten. Angesichts der Gefahr, dass die Urkundsperson Marktinformationen, die ihr von der Klientschaft anvertraut werden, für eigene Zwecke verwendet, ist jede Betätigung im Grundstückshandel geeignet, die Neutralität der Notarin [...] in Frage zu stellen». Eine Nebenerwerbstätigkeit als Liegenschaftshändler sei daher nicht nur im Kanton Bern, sondern auch nach allgemeiner schweizerischer Rechtsauffassung mit dem Ansehen des Notariatsberufs nicht vereinbar. Entsprechendes hielt das Bundesgericht denn auch bereits in BGE 133 I 259¹⁰¹ hinsichtlich des gewerbmässigen Liegenschaftshandels fest. Der seit dem 1. Juni 2021 geltende Art. 4a des Berner Notariatsgesetzes statuiert nunmehr sowohl den Liegenschaftshandel als auch die nicht bloss gelegentliche Liegenschaftsvermittlung als mit dem Notariatsberuf unvereinbar. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung¹⁰² unterscheidet sich eine Beteiligung am Liegenschaftshandel als Organ einer Immobiliengesellschaft nicht von einer selbständigen Betätigung der Urkundsperson als Liegenschaftshändler. Unter dem Gesichtspunkt der Unabhängigkeit des Notars grundsätzlich unproblematisch ist hingegen die Übernahme von Beratungsmandaten von Immobiliengesellschaften¹⁰³.

Nach vorliegender Auffassung sind der Liegenschaftshandel und die Liegenschaftsvermittlung, sofern diese vom Notar gewerbmässig ausgeübt werden, auch im Kanton Solothurn, wo der private Notar bei Rechtsgeschäften über Grundstücke nur in beschränktem Ausmass zuständig ist, grundsätzlich nicht vereinbar mit der Tätigkeit als Notar. Denn auch bei der Beurkundung z.B. eines Vorvertrags zu einem Grundstückskauf – und insbesondere bei den damit verbundenen notariellen Nebenleistungen¹⁰⁴ – kann die genannte (private) Nebenerwerbstätigkeit der Notarin ihre Unabhängigkeit gefährden. Die formell-gesetzliche Grundlage für diese Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit bildet § 4 Abs. 2^{bis} EG ZGB. Geht es um die Verurkundung eines Rechtsgeschäfts im Zusammenhang mit Grundstücken, bei dem der Notar sogar selber beteiligt ist, er beispielsweise zwischen den Parteien des Vorvertrags über ein bestimmtes Grundstück als Vermittler aufgetreten ist, trifft ihn eine Ausstandspflicht¹⁰⁵. Eine Verletzung der Ausstandspflicht bejaht hat das Solothurner Verwaltungsgericht¹⁰⁶ in einem Fall, wo ein Notar einen Vorvertrag für einen Grundstückskauf zwischen dem Verkäufer und einer GmbH beurkundete und der Notar die Stammanteile des Verkäufers vorgängig selber übernommen hatte.

⁹⁸ S. Art. 21 Abs. 1 lit. c Notariatsgesetz Kanton Wallis.

⁹⁹ Art. 22 Abs. 2 Notariatsgesetz Kanton Wallis: «Sofern er in eigenem Namen handelt, ist der Notar im Übrigen ermächtigt, amtlich oder in privatem Auftrag Immobilien und Güter zu verwalten».

¹⁰⁰ BVR 2016, 147, E. 4.2 (zu Art. 4 Abs. 3 frühere Fassung Berner Notariatsgesetz).

¹⁰¹ E. 3.3, Fall zum basel-städtischen Notariatsgesetz.

¹⁰² BGE 133 I 259, E. 3.3.

¹⁰³ Vgl. BGE 133 I 259, E. 3.4.

¹⁰⁴ S. oben, Ziff. 7.1.

¹⁰⁵ § 8 Abs. 1 lit. a EG ZGB; § 13 Abs. 1 lit. a NotV; dazu oben, Ziff. 4.6.

¹⁰⁶ SOG 2014 Nr. 25.

8. FAZIT

Das Gebot der notariellen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit genießt in der Schweiz einen hohen Stellenwert, wobei festzuhalten ist, dass die Begriffe der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit in der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre nicht einheitlich verwendet werden. Zudem gibt es hinsichtlich dieses Gebots ein Ineinandergreifen von Bundesrecht und kantonalem Recht. Minimalanforderungen an die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des privaten Notars im Kanton Solothurn ergeben sich aus dem ungeschriebenen Bundesrecht. Das EG ZGB und die NotV verlangen vom privaten Notar eine darüber hinausgehende institutionelle Unabhängigkeit (insbesondere eine von Weisungen losgelöste Stellung) sowie Unabhängigkeit bei der Amts- bzw. Berufsausübung. § 4 Abs. 2^{bis} EG ZGB bildet dabei die Grundsatznorm. Einzelne Konkretisierungen der Berufspflicht der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit finden sich in weiteren Bestimmungen des Solothurner Notariatsrechts, beispielsweise in § 8 EG ZGB, der mit der Aufzählung der Ausstandsgründe die Unabhängigkeit der Notarin im Einzelfall sichert. Eine Gefährdung der notariellen Unabhängigkeit – die einerseits höheren Anforderungen zu genügen hat als die anwaltliche Unabhängigkeit und andererseits tieferen Anforderungen als die richterliche Unabhängigkeit – kann sich auch aus (privaten) Nebenerwerbstätigkeiten der Notarin ergeben. Mehrere kantonale Notariatsgesetze verbieten gewisse Nebenerwerbstätigkeiten denn auch ausdrücklich, wobei ein entsprechendes Verbot eine Einschränkung der verfassungsrechtlich garantierten Wirtschaftsfreiheit bedeutet. Hier drängt sich die Frage auf, ob nicht auch im Solothurner EG ZGB eine Regelung, wonach der Notar keine Nebenerwerbstätigkeiten ausüben darf, die seine Unabhängigkeit beeinträchtigen oder beeinträchtigen können, sinnvoll wäre. Eine solche Ergänzung des Gesetzes würde die notarielle Unabhängigkeit und Unparteilichkeit zusätzlich sichern, die Rechtssicherheit erhöhen und letztlich zur Sicherung des hohen Ansehens der privaten Notare und Notarinnen des Kantons Solothurn beitragen.

