

Münstergasse 2  
3011 Bern  
Telefon 031 633 76 76  
Telefax 031 633 76 25

Unser Zeichen: 25.60 - 14.48 SIT/KNA Bern, 20. Mai 2014  
Ihr Zeichen:

## DIE JUSTIZ-, GEMEINDE- UND KIRCHENDIREKTION DES KANTONS BERN



hat im Verfahren

Zwangsmassnahmengericht des Kantons A., .....

Gesuchstellerin

betreffend **Notar B.**, .....; Entbindung vom Berufsgeheimnis

### in Erwägung:

1.

1.1 Mit Verfügung vom 8. April 2014 ersuchte das Zwangsmassnahmengericht des Kantons A. die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern (JGK), Notar B. vom Berufsgeheimnis im Sinne von Art. 36 Notariatsgesetz vom 22. November 2005 (NG)<sup>1</sup> zu entbinden.

Der Notar wurde zuvor im Rahmen eines Strafverfahrens von der Staatsanwaltschaft des Kantons A. mit Editionsverfügung vom 5. März 2014 aufgefordert, Unterlagen einzureichen. Darauf reichte der Notar der Staatsanwaltschaft am 11. März 2014 einen verschlossenen Umschlag ein, mit beigelegtem Gesuch, die Dokumente seien unter Siegel zu legen. Mit Gesuch vom 17.

---

<sup>1</sup> BSG 169.11.

März 2014 stellte die Staatsanwaltschaft dem Zwangsmassnahmengericht sodann den Antrag auf Entsiegelung und Durchsuchung gemäss Art. 248 Abs. 2 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, StPO)<sup>2</sup>. Notar B. hat mit Schreiben vom 7. April 2014, vertreten durch seinen Anwalt, eine Stellungnahme zum Antrag eingereicht. Er beantragte, die Siegelung beizubehalten, eventuell sei die „schriftliche Entbindung von der Geheimnispflicht von der zuständigen Berner Stelle einzuholen“.

1.2 Die Staatsanwaltschaft machte in ihrem Antrag geltend, dass Notar B. nicht im Rahmen seiner hauptberuflichen Tätigkeit tätig gewesen sei. Er habe einzig die „Feinverteilung“ der Mittel aus Hypothekendarlehen vorgenommen (vgl. Ziff. 17 ff. des Antrags). Diese nebenberufliche Tätigkeit unterstehe einzig dem Privatrecht, so dass vorliegend gar kein Berufsgeheimnis geltend gemacht werden könne.

2. Die JGK ist als Aufsichtsbehörde über das Notariat zuständig zur Beurteilung des vorliegenden Gesuchs (Art. 38 Abs. 1 NG). Nachfolgend wird jedoch zu prüfen sein, ob im Kanton Bern überhaupt ein Entbindungsverfahren vom Berufsgeheimnis für Notarinnen und Notare möglich ist.

3.

3.1 In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob die von Notar B. im konkreten Fall ausgeübte Tätigkeit überhaupt unter das Berufsgeheimnis fällt. Gemäss Art. 36 Abs. 1 NG hat der Notar über Tatsachen, die ihm von den Beteiligten beruflich anvertraut worden sind, Stillschweigen zu bewahren. Das Gleiche gilt für Tatsachen, die er für die Beteiligten beruflich erfahren hat. Unbefugten Dritten darf keine Einsicht in Schriftstücke gewährt werden, welche solche Tatsachen enthalten. Die Geheimhaltungspflicht des Notars ist Ausfluss seines ausschliesslichen Rechts, öffentliche Beurkundungen im Kanton Bern vorzunehmen. Wer eine öffentliche Urkunde errichten lassen will, muss einen Notaren aufsuchen und ihm auch zwangsläufig Einblick in seine persönlichen Verhältnisse gewähren. Eine solche Zwangssituation kann dem Bürger nur zugemutet werden, wenn er weiss, dass der Notar von Gesetzes wegen zur Geheimhaltung verpflichtet ist (PETER RUF, Notariatsrecht, Langenthal 1995, Rz. 945).

Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass Notar B. nicht mit der Vorbereitung und Erstellung einer öffentlichen Urkunde rogiert wurde. Aus diesem Grund ist vorliegend nicht von einer (öffentlichrechtlichen) hauptberuflichen Tätigkeit sondern von einer (privatrechtlichen) nebenberuflichen Tätigkeit auszugehen. Notar B. macht zwar geltend, dass er nicht bloss Treuhandfunktionen übernommen habe. Er sei insbesondere mandatiert gewesen, Schuldbriefe entgegen zu

---

<sup>2</sup> SR 312.0.

nehmen und korrekt weiterzuleiten. Diese Arbeiten stehen jedoch nicht im Zusammenhang mit der Erstellung einer öffentlichen Urkunde und sind daher rein privatrechtlicher (auftragsrechtlicher) Natur.

Daraus darf nun aber nicht geschlossen werden, dass überhaupt kein Berufsgeheimnis besteht. Diese auftragsrechtliche Geheimhaltungspflicht hat bundesrechtlichen Charakter und kann nicht notariatsrechtlich abgeändert werden. Unter die privatrechtliche Geheimhaltungspflicht fallen alle Tatsachen, die der Auftraggeber dem Notar anvertraut hat oder dieser in Ausführung des Auftrags erfährt (vgl. KNB<sup>3</sup>-ARON PFAMMATTER, N. 3 f. zu Art. 36 NG mit weiteren Hinweisen). Daran ändert auch der Hinweis der Staatsanwaltschaft nichts, wonach sie mit ihrer Editionsverfügung nur vom Notar selber erstellte Abrechnungen mit den dazu gehörenden Belegen herausverlangt habe (vgl. Ziff. 20 des Antrags). Es liegt in der Natur der Sache, dass sich diese Abrechnungen auf Tatsachen stützen, die dem Notar von seinen Auftraggebern anvertraut wurden. Gestützt auf diese Abrechnungen könnten direkt geheimnispflichtige Tatsachen abgeleitet werden.

3.2 Es ist somit festzuhalten, dass auch für rein privatrechtliche Tätigkeiten des Notars eine Geheimnispflicht besteht. Für den vorliegenden Fall ist einzig relevant, dass ein Berufsgeheimnis besteht. Ob das Berufsgeheimnis öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Natur sei, spielt für den vorliegenden Fall keine Rolle. In diesem geht es um die Frage, ob Notar B. Akten herausgeben muss oder ob er ein Zeugnisverweigerungsrecht geltend machen darf beziehungsweise muss. Das Zeugnisverweigerungsrecht des Notars besteht aber gerade sowohl für die haupt- als auch für die nebenberufliche Tätigkeit. Auch wenn in den einschlägigen Prozessordnungen von Zeugnisverweigerungs*recht* gesprochen wird, ist der Notar verpflichtet, dieses Recht geltend zu machen (KNB-ARON PFAMMATTER, N. 33 zu Art. 36 NG mit weiteren Hinweisen).

3.3 Die JGK geht davon aus, dass Notar B. selber nicht Beschuldigter ist. Ist der Notar nämlich selbst Angeschuldigter, kann er sich grundsätzlich nicht auf ein Zeugnisverweigerungsrecht berufen. Für seine eigenen Verfehlungen hat niemand ein Privileg aufgrund eines Berufsgeheimnisses (KNB-ARON PFAMMATTER, N. 35 zu Art. 36 NG mit weiteren Hinweisen). In diesem Fall wäre ein Entbindungsverfahren somit obsolet. Soweit aber das Berufsgeheimnis im konkreten Fall den Geheimnisherrn und das öffentliche Interesse an der einwandfreien Ausübung des Notariats schützt, muss dafür gesorgt werden, dass keine geschützten Informationen über Klienten offenbart werden (KNB-ARON PFAMMATTER, N. 35 zu Art. 36 NG mit weiteren Hinweisen).

4.

4.1 In einem nächsten Schritt ist zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen ein Notar oder eine Notarin gemäss bernischem Notariatsgesetz überhaupt von einem Berufsgeheimnis ent-

---

<sup>3</sup> Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, herausgegeben durch Stephan Wolf, Bern 2009.

bunden werden kann. Das Berufsgeheimnis entfällt nur, wenn sämtliche Beteiligten die Notarin oder den Notaren davon entbinden, die richtige Erfüllung einer beruflichen Obliegenheit die Bekanntgabe an Dritte erfordert oder wenn die Notarin oder der Notar durch die Gesetzgebung ausdrücklich zur Bekanntgabe an Behörden verpflichtet ist (Art. 36 Abs. 3 NG). Diese Aufzählung ist abschliessend. Eine Entbindung vom Berufsgeheimnis durch eine Behörde ist in der bernischen Notariatsgesetzgebung nicht vorgesehen und deshalb nicht möglich (KNB-ARON PFAMMATTER, N. 25 zu Art. 36 NG). Dies beispielsweise im Gegensatz zur Anwaltsaufsichtsbehörde des Kantons Bern, welche den Anwalt gestützt auf Art. 12 lit. c des kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 (KAG)<sup>4</sup> vom Berufsgeheimnis entbinden kann.

4.2 Im bernischen Notariatsgesetz fehlt somit eine gesetzliche Grundlage für ein Entbindungsverfahren vom Berufsgeheimnis vor der Aufsichtsbehörde. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die JGK direkt gestützt auf die bundesrechtliche Norm von Art. 321 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB)<sup>5</sup> zumindest im Bereich des Strafrechts eine Entbindung des Notars vom Berufsgeheimnis verfügen kann. Während sich ein Notar gemäss Abs. 1 der besagten Norm bei einer Verletzung des Berufsgeheimnisses strafbar macht, sieht Abs. 2 Strafflosigkeit vor, wenn der Geheimnisträger das Geheimnis auf Grund einer Einwilligung des Berechtigten oder einer auf Gesuch des Täters erteilten schriftlichen Bewilligung der vorgesetzten Behörde oder Aufsichtsbehörde offenbart hat. Auf der strafprozessualen Seite ist Art. 321 StGB Grundlage für ein Zeugnisverweigerungsrecht aufgrund des Berufsgeheimnisses (Art. 171 Abs. 1 StPO). Die Strafverfolgungsbehörden können den Zeugnisverweigerungsberechtigten nach Art. 171 Abs. 2 lit. b StPO dazu anhalten, bei der kantonalen Aufsichtsbehörde einen Entscheid über die Befreiung von der Geheimhaltungspflicht gemäss Art. 321 Abs. 2 StGB herbeizuführen.

4.3 Die JGK hat die Frage, ob eine Entbindung des Notars vom Berufsgeheimnis direkt gestützt auf Art. 321 Abs. 2 StGB verfügt werden kann, noch nie formell entscheiden müssen. Aus diesem Grund fehlt es auch an einer Gerichtspraxis. Die Materialien äussern sich zur vorliegenden Fragestellung nicht. Auf Anfragen hin hat die JGK jedoch in mündlichen und schriftlichen Antworten die Frage stets verneint. Sie beruft sich dabei auf die Lehre zum bernischen Notariatsgesetz, welche besagt, dass die Notariatsaufsichtsbehörde den Notaren, ohne eine entsprechende Legitimierung im Notariatsgesetz selbst, auch nicht gestützt auf Art. 321 Abs. 2 StGB zur Preisgabe eines Berufsgeheimnisses ermächtigen kann (KNB-PFAMMATTER, N. 25 zu Art. 36 NG; HANS MARTI, Bernisches Notariatsrecht, Bern 1983, N. 12 zu Art. 31 aNG; ALFRED SANTSCHI, Die Berufspflichten des bernischen Notars, Winterthur 1959, S. 121; vgl. auch MICHEL MOOSER, Le droit notarial en Suisse, Rz. 252, welcher sich jedoch nicht explizit auf das bernische Notariatsrecht bezieht).

---

<sup>4</sup> BSG 168.11.

<sup>5</sup> SR 311.0.

BRÜCKNER vertritt zwar die Auffassung, dass die bundesrechtliche Strafbarkeit gemäss Art. 321 StGB auch dann entfalle, wenn die Aufsichtsbehörde ohne entsprechende gesetzliche Grundlage vom Berufsgeheimnis entbinde (vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, Rz. 1172 ff.). Aus strafrechtlicher Sicht (und aus Sicht des Notars) kann es durchaus zutreffen, dass auch ein „falscher“ Geheimhaltungsdispens dazu führt, dass ein Notar oder eine Notarin nicht wegen Verletzung des Berufsgeheimnisses verurteilt werden kann. Aber auch BRÜCKNER verlangt nicht, dass ein Kanton entgegen seiner kantonalrechtlichen Rechtslage zwingend ein Entbindungsverfahren einführen müsse.

BRÜCKNER weist weiter darauf hin, die Geheimhaltungspflicht freiberuflicher Urkundspersonen stehe unter dem generellen Vorbehalt der eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnispflicht und über die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde (vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER, a.a.O, Rz. 1176 ff.). Gemäss Art. 171 Abs. 2 StPO darf ein Notar oder eine Notarin nur dann vom Zeugnisverweigerungsrecht keinen Gebrauch machen, wenn eine Anzeigepflicht besteht oder eine schriftliche Entbindung vom Berufsgeheimnis durch die Aufsichtsbehörde vorliegt. BRÜCKNER hält zwar dafür, dass es nicht im freien Ermessen der Urkundsperson sein könne, einen aufsichtsrechtlichen Geheimhaltungsdispens zu beantragen. Dies wäre wohl durchaus zutreffend, wenn im bernischen Notariatsgesetz eine entsprechende gesetzliche Grundlage für ein Entbindungsverfahren vorhanden wäre. Nach der hier vertretenen Auffassung ist aber Art. 171 StPO eine prozessuale Folgenorm der bundesrechtlich geschützten Berufsgeheimnisse. Diese Bestimmung kann daher auch keine Grundlage dafür sein, dass ein Kanton ein Entbindungsverfahren einführen muss.

Auch anderen Lehrmeinungen lässt sich nichts anderes entnehmen. Im Gegenteil wird sogar ausdrücklich hingenommen, dass in gewissen Fällen kein Entbindungsverfahren möglich ist (vgl. zum Beispiel bei Verteidigern ohne Anwaltspatent oder bei privaten Revisoren: BSK Strafrecht II<sup>6</sup>-NIKLAUS OBERHOLZER, N. 19 zu Art. 321 StGB; BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse. Volume II - Troisième édition, Bern 2010, N. 53 zu Art. 321 StGB; STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich 2008, N. 30 zu Art. 321 StGB). TRECHSEL weist sogar darauf hin, dass offenbar auch im Kanton Waadt wegen der absoluten Auffassung vom Berufsgeheimnis keine entsprechende Zuständigkeit vorgesehen sei. Diese Lösung wird vom Autor nicht kritisiert.

4.4 Die JGK kommt somit zum Schluss, dass gemäss bernischem Notariatsgesetz kein Verfahren um Entbindung vom Berufsgeheimnis möglich ist. Aus dem Bundesrecht lässt sich keine Verpflichtung für einen Kanton ableiten, ein solches Verfahren vorzusehen. Da kein Entbindungsverfahren möglich ist, kann auf das Gesuch nicht eingetreten werden. Es kann daher offenbleiben, ob ein Entbindungsgesuch von einem Gericht oder einer Staatsanwaltschaft beantragt werden kann. Nach dem Wortlaut von Art. 321 Abs. 2 StGB könnte nur der Notar

---

<sup>6</sup> Basler Kommentar Strafrecht II, Art. 111 - 392 StGB, herausgegeben durch Marcel Niggli und Hans Wiprächtiger, 2. Auflage, Basel 2007.

selbst, der Aufsichtsbehörde ein Gesuch um Entbindung vom Berufsgeheimnis einreichen. Gerichtsbehörden oder Dritte sind zur Stellung des Gesuchs nicht legitimiert (u.a. TRECHSEL, N. 31 zu Art. 321 StGB).

5. In analoger Anwendung von Art. 108 Abs. 2 des Kantonalen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Mai 1989 (VRPG)<sup>7</sup> werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**erkannt:**

1. Auf das Gesuch um Entbindung von Notar B. vom Berufsgeheimnis wird nicht eingetreten.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Diese Verfügung ist wie folgt zu eröffnen:
  - Zwangsmassnahmengericht des Kantons A., ..... (mit eingeschriebenem Brief);
  - Kantonale Staatsanwaltschaft, .....(mit eingeschriebenem Brief);
  - Avocat M. ....(mit eingeschriebenem Brief).

Der Justiz-, Gemeinde und  
Kirchendirektor

Christoph Neuhaus, Regierungspräsident

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde innert 30 Tagen seit Eröffnung schriftlich beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Die Beschwerde ist mindestens im Doppel einzureichen und muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; greifbare Beweismittel sind beizulegen.

---

<sup>7</sup> BSG 155.21