



Direktion für Inneres und Justiz

Münstergasse 2
Postfach
3000 Bern 8
+41 31 633 76 76 Tel.
+41 31 634 51 54 Fax

Unsere Referenz: 2019.DIJ.6739 JOI/kna

Entscheid vom 30. April 2020

Notar A.,

Disziplinarverfahren betreffend:
eventueller Berufspflichtverletzung
(Anzeige vom Grundbuchamt X. vom 26. September 2019)

Sachverhalt

A.

Mit Eingabe vom 26. September 2019 machte das Grundbuchamt X., der Direktion für Inneres und Justiz des Kantons Bern (ehemals Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion; nachfolgend DIJ) gestützt auf Art. 46 Abs. 3 des Notariatsgesetzes vom 22. November 2005 (NG; BSG 169.11) Meldung, wonach Notar A. allenfalls eine Berufspflicht verletzt haben könnte und reichte dazu als Beilage eine Kopie der elektronischen Grundbuchanmeldung vom 7. Juni 2019 (Ausfertigung der Urschrift Nr. 6221

vom 6. Juni 2019 von Notar A. mit dem Titel «Öffentliche Urkunde zur Errichtung eines Register-Schuldbriefes») ein. Es wurde ausgeführt, dass Notar A. in Ziffer 3 der Urkunde in Vertretung der seinerzeitigen Verkäuferschaft den Nachgang für das Verkäuferpfandrecht erklärt habe. Es könnte daher ein Fall einer Selbstbeteiligung gemäss Art. 32 Abs. 1 lit. a NG vorliegen, weshalb gemäss Art. 24 lit. c NG keine öffentliche Urkunde entstanden sei.

B.

Mit Verfügung vom 4. Oktober 2019 stellte das bei der DIJ zuständige Amt für Dienstleistungen und Ressourcen (ehemals Amt für Betriebswirtschaft und Aufsicht; nachfolgend ADR) Notar A. eine Kopie der Meldung des Grundbuchamts X. zu. Der Notar wurde aufgefordert, bis am 4. November 2019 eine Stellungnahme dazu einzureichen.

C.

Mit Schreiben vom 8. Oktober 2019 nahm der Notar Stellung und legte dar, dass am 26. September 2019, 16 Wochen nach der Grundbuchanmeldung vom 7. Juni 2019, ihm vom Grundbuchverwalter per Terravis mitgeteilt worden sei, dass sein angemeldetes Geschäft (Urschrift Nr. 6221; Beleg Nr. 2682/2019) nichtig sei und er dieses deshalb zurückziehen solle. Er habe sodann per E-Mail vom 26. September 2019 dem Grundbuchverwalter mitgeteilt, dass er in der Urkunde lediglich darauf hingewiesen habe, dass eine Nachgangserklärung, gemäss Bevollmächtigung im Kaufvertrag, erfolge. In der Urkunde stehe nicht, dass die Erklärung durch Unterzeichnung der Urkunde abgegeben werde. Es liege also keine Selbstbeteiligung gemäss Art. 32 Ziff. 2 NG vor, sondern es werde lediglich auf die Bevollmächtigung im Kaufvertrag hingewiesen und offengelassen, wie die Nachgangserklärung erfolge. Eine Analogie zum Entscheid der Justizdirektion des Kantons Bern vom 7. Oktober 1991 (Der Bernische Notar [BN] 1991, S. 312 ff.), sei nicht gegeben. Weiter führte der Notar aus, dass dem Geschäft lediglich eine separate Nachgangserklärung fehle, deren Einreichung leider vergessen gegangen sei. Diese hätte aber ohne Problem nachgereicht werden können. Der Grundbuchverwalter habe gleichentags per E-Mail geantwortet, dass eine separate Nachgangserklärung hätte eingereicht werden können, dies aber nicht geschehen sei und somit das Geschäft abgewiesen werde. Dies sei mit Hinweis erfolgt, dass eine beschwerdefähige Abweisungsverfügung verlangt werden könne. Notar A führte weiter aus, dass er stets versuche im Interesse seiner Klienten zu handeln, weshalb er das Geschäft zurückgezogen und gleichzeitig mit dem vom Grundbuchverwalter verlangten Inhalt neu beurkundet sowie angemeldet habe. Schliesslich hielt er fest, dass er der Meinung sei, dass seine Urkunde (Urschrift Nr. 6221) gültig gewesen sei und keine Selbstbeteiligung vorliege, sondern einzig vergessen gegangen sei, eine separate Nachgangserklärung einzureichen. Er sei zudem der Meinung, dass das Prüfen eines angemeldeten Geschäfts innerhalb einer nützlichen Frist zu erfolgen habe.

D.

Mit Verfügung vom 9. Oktober 2019 stellte das ADR fest, dass der relevante Sachverhalt unbestritten sei. Das ADR schloss den Schriftenwechsel und stellte den Beteiligten nach Prüfung des rechtserheblichen Sachverhalts einen Entscheid der DIJ in Aussicht.

Die Direktion für Inneres und Justiz zieht in Erwägung:

1.

Gemäss Art. 38 Abs. 2 lit. c i.V.m. Art. 1 NG ist die DIJ zuständig für die Durchführung von Disziplinarverfahren, die sich gegen im Notariatsregister des Kantons Bern eingetragene Notare richten. Sie wird dabei gestützt auf Art. 46 Abs. 1 NG entweder von Amtes wegen oder auf Anzeige hin tätig. In Ermangelung spezialrechtlicher Verfahrensvorschriften richtet sich die Durchführung des Disziplinarverfahrens nach den Regeln des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Mai 1989 (VRPG; BSG 155.21).

Die DIJ ist im Rahmen der ihr obliegenden polizeilichen Aufsicht über die Notare verpflichtet, einer Anzeige nachzugehen, die erforderlichen Untersuchungen einzuleiten und im Bedarfsfall auch die erforderlichen Massnahmen anzuordnen (vgl. hierzu JACOBI, N. 13 zu Art. 39 NG, in: Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, Prof. Dr. Stephan Wolf [Hrsg.], Bern 2009 [zit.: KNB], mit weiterführenden Hinweisen).

2.

Es gilt nachfolgend zu prüfen, ob das vom Grundbuchamt X. angezeigte Verhalten von Notar A. disziplinarisch zu ahnden ist.

2.1 Gemäss Art. 45 Abs. 1 NG ist der Notar insbesondere dann disziplinarisch zu bestrafen, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig Berufspflichten verletzt, gegen Bestimmungen des Notariatsgesetzes und seiner Ausführungserlasse verstösst oder das Gebot der einwandfreien Berufsausübung verletzt.

Berufspflichten sind namentlich die in Art. 30 ff. NG erwähnten, nämlich die Urkundspflicht, die Ausstandspflicht, die Wahrheitspflicht, die Rechtsbelehrungspflicht, die Geheimhaltungspflicht und die Interessenwahrungspflicht. Zu den Berufspflichten im Sinne von Art. 45 NG zählen gemäss Lehre und Rechtsprechung ferner alle Vorschriften, die ein Notar bei der Berufsausübung allgemein zu beachten hat (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 8. Dezember 2017, Bernische Verwaltungsrechtsprechung [zit. BVR] 2018 S. 139, E. 2.1; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 7. Oktober 2014, BVR 2015 S. 55 E. 2.1). Ihre Missachtung stellt eine Verletzung von Berufspflichten dar (vgl. KNB-GLATTHARD, N. 21 f. zu Art. 45 NG; HANS MARTI, Bernisches Notariatsrecht, Bern 1983, N. 8 zu Art. 40 aNG).

2.2 Der Notar wurde mit Kaufvertrag vom 29. Mai 2019 dazu ermächtigt, den Nachgang für das im Grundbuch auf den Grundstücken S. Grundbuchblätter Nrn. 6591-8 und 6590-129 eingetragene Verkäuferpfandrecht von CHF 511'400.00 zu erklären. Der Notar kann gemäss Art. 32 Abs. 4 NG in der Urkunde mit weiteren haupt- oder nebenberuflichen Geschäften betraut werden. Es ist somit ohne weiteres zulässig, dass sich der Notar durch den Verkäufer mit der Erteilung einer Nachgangserklärung beauftragen liess. Dazu erstellte Notar A. in der Folge die öffentliche Urkunde zur Errichtung eines Register-Schuldbriefes vom 6. Juni 2019 (Urschrift Nr. 6221). Darin hielt er unter Ziffer 3 «Nachgang Sicherstellungspfandrecht» folgendes fest:

«Gemäss Bevollmächtigung im Kaufvertrag vom 29. Mai 2019 erklärt der unterzeichnete Notar für das im Grundbuch auf den Grundstücken S. Grundbuchblätter Nrn 6591-8 und 6590-129 eingetragene Verkäuferpfandrecht von Fr. 511'400.- den Nachgang gegenüber dem hievor errichteten Registerschuldbrief.».

Es ist nachfolgend zu prüfen, ob es sich bei dieser Formulierung der Klausel um eine Willenserklärung des Notars handeln könnte und er dadurch das Verbot der formellen Selbstbeteiligung verletzt haben könnte.

2.3 Gemäss Art. 32 Abs. 1 lit. a NG darf ein Notar bei der Errichtung einer öffentlichen Urkunde und bei damit im Zusammenhang stehenden Berufsfunktionen nicht mitwirken, wenn er selbst beteiligt ist. Formell beteiligt ist, wer am Beurkundungsverfahren als Urkundspartei teilnimmt und dabei eigene Willens- oder Wissenserklärungen beurkunden lässt. Ferner ist Urkundspartei, wer in eigenem Namen oder als Vertreter Willenserklärungen beurkunden lässt. Wenn die Urkundspartei demnach als Vertreter auftritt, ist nur sie formell beteiligt, nicht auch der Vertretene, dieser ist seinerseits materiell beteiligt (m.w.H. KNB-WOLF, N. 23 ff. zu Art. 32 NG). Schliesslich ist zu beachten, dass gemäss Art. 24 Abs. 1 lit. c NG keine öffentliche Urkunde entsteht, wenn der Notar wegen Selbstbeteiligung ausgeschlossen ist.

Notar A. führte in seiner Stellungnahme aus, dass er lediglich darauf hingewiesen habe, dass eine Nachgangserklärung gemäss Bevollmächtigung im Kaufvertrag erfolge und dass in der Urkunde nicht stehe, dass die Erklärung durch Unterzeichnung der Urkunde abgegeben werde. Weiter führte er aus, dass keine Analogie zum Entscheid der Justizdirektion des Kantons Bern vom 7. Oktober 1991 (BN 1991, S. 315) gegeben sei. Dem Geschäft fehle lediglich eine separate Nachgangserklärung, deren Einreichung leider vergessen gegangen sei.

Grundsätzlich weist Notar A. zu Recht darauf hin, dass keine direkte Analogie zum Entscheid der Justizdirektion des Kantons Bern vom 7. Oktober 1991 (BN 1991, S. 315) besteht. In jenem Sachverhalt ging es um eine Pfandausdehnung, welche zwingend öffentlich beurkundet werden muss. Vorliegend geht es hingegen um eine Nachgangserklärung. Die Nachgangserklärung ist eine *rechtsgeschäftliche Willenserklärung*, mit welcher der Berechtigte gegenüber dem Inhaber eines anderen

Rechts erklärt, er setze sein Recht in den Nachgang zu jenem anderen Recht (ADRIAN MÜHLEMATTER, STEFAN STUCKI, Grundbuchrecht für die Praxis, 2. Aufl. 2017, S. 71). Durch einen solchen «Rangrücktritt» verzichtet der Grundpfandgläubiger auf ein bestimmtes, wirtschaftlich sicheres zu Gunsten eines weniger werthaltigen Verwertungssubstrats (vgl. FASEL, N. 5 zu Art. 812 ZGB, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016). Grundsätzlich ist die Nachgangserklärung formfrei gültig (BGE 90 II 393, E. 5; m.w.H. ADRIAN MÜHLEMATTER, STEFAN STUCKI, Grundbuchrecht für die Praxis, 2. Aufl. 2017, S. 71). Jedoch wirkt die Änderung der Rangordnung erst dinglich, wenn sie im Grundbuch eingetragen ist (JÖRG SCHMID, BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 5. Aufl. 2017, S. 473 f.). Zur Anmeldung eines Nachgangs bedarf es daher der Schriftlichkeit (vgl. Art. 48 Abs. 1 der Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 [GBV; SR 211.432.1]). Im Kanton Bern reicht es aus, das publizierte Formular «*Nachgangserklärung*» auszufüllen und beim Grundbuchamt einzureichen (zu finden unter: https://www.jgk.be.ch/jgk/de/index/direktion/organisation/gba/formulare_bewilligungen.html). Demnach hätte der Notar lediglich das ausgefüllte Formular seiner Urschrift Nr. 6221 beilegen müssen. Es ist hingegen nicht notwendig, dass eine Klausel dazu in der Urkunde selbst aufgenommen wird.

Die Frage der Formbedürftigkeit ist jedoch für das vorliegende Verfahren nicht relevant. Entscheidend ist einzig, ob der Notar eine eigene Willenserklärung verkündet hat und somit formell selbst beteiligt ist. Der Notar hat die Formulierung «*Gemäss Bevollmächtigung [...] erklärt der unterzeichnete Notar [...] den Nachgang gegenüber dem hievor errichteten Registerschuldbrief.*» Aus dem allgemeinen Sprachverständnis kann die Formulierung nur so verstanden werden, dass direkt mit dieser Erklärung eine bestehende Rechtslage verändert werden soll. In dieser Form ist die Klausel daher als Willenserklärung zu qualifizieren. Ein Zusatz «*erklärt der Notar durch Unterzeichnung*» ist für diese Qualifikation nicht notwendig. Der Notar hätte zwar in der Tat anstatt einer förmlichen Willenserklärung nur einen Hinweis auf eine separat zu erteilende Nachgangserklärung in die Urkunde aufnehmen können. Dieser Vorbehaltscharakter hätte jedoch aus der umstrittenen Klausel klar hervorgehen müssen (beispielsweise mit der Formulierung: «*die Erklärung für den Nachgang wird mit separatem Formular erteilt*»). Der Notar ist die Fachperson für die sprachliche Redaktion einer öffentlichen Urkunde, so dass es zu seinem Verantwortungsbereich gehört, dass der blosser Vorbehaltscharakter einer rechtlich unverbindlichen Hinweisklausel zweifelsfrei verstanden wird. Im vorliegenden Fall ist es zudem bezeichnend, dass das Notariat mit der Grundbuchanmeldung eben gerade kein separates Formular eingereicht hat.

Es ist somit erstellt, dass es sich bei der hiervor genannten Klausel um eine Willenserklärung handelt und damit eine aktive formelle Beteiligung des Notars vorliegt. Das Grundbuchamt hat daher zu Recht festgehalten, dass gemäss Art. 24 Abs. 1 lit. c NG keine gültige Urkunde entstanden ist. Notar A. hat durch die Beurkundung einer eigenen Willenserklärung das Verbot der Selbstbeteiligung missachtet und damit eine Berufspflicht verletzt.

3.

3.1 Verletzt der Notar vorsätzlich oder fahrlässig Berufspflichten oder verstösst er gegen die Bestimmungen des Notariatsgesetzes und seiner Ausführungserlasse, das Gebot der unabhängigen und einwandfreien Berufsausübung oder gegen das Ansehen des Notariats, wird er unabhängig von der vermögens- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit disziplinarisch bestraft (Art. 45 Abs. 1 NG). In leichten Fällen kann von einer Bestrafung abgesehen werden, wenn anzunehmen ist, dass der Notar den Beruf künftig einwandfrei ausüben wird (Art. 45 Abs. 2 NG).

Wie in Ziffer 2.3 hiervor ausgeführt, hat Notar A. gegen das Verbot der Selbstbeteiligung verstossen, indem er eine eigene Willenserklärung beurkundet hat. Dadurch ist gemäss Art. 24 Abs. 1 lit. c NG keine öffentliche Urkunde entstanden. Angesichts der Tatsache, dass es sich bei der Verletzung der Ausstandspflicht um eine der zentralsten Berufspflichten handelt, kann kein leichter Fall im Sinne von Art. 45 Abs. 2 NG angenommen werden (vgl. Entscheid der DIJ 26.11 – 18.13 vom 22. August 2018, E. 4.1). Notar A. ist deshalb mit einer disziplinarischen Sanktion zu belegen.

3.2 Art. 47 Abs. 1 NG sieht als Disziplinar massnahmen den Verweis, eine Busse von bis zu CHF 20'000.00, die Suspendierung des Eintrages im Notariatsregister für die Dauer von einem Monat bis zu zwei Jahren und die Löschung des Eintrages im Notariatsregister vor.

Dieser Massnahmenkatalog ist einerseits abschliessend, andererseits nach der Schwere der Sanktion in aufsteigender Reihenfolge gegliedert. Bei der Festsetzung der konkreten Massnahme ist stets das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu beachten (vgl. zum Ganzen auch KNB-GLATTHARD, N. 1 ff. zu Art. 47 NG, mit weiteren Hinweisen). Das alte Notariatsgesetz des Kantons Bern vom 28. August 1980, welches bis am 30. Juni 2006 in Kraft war, sah explizit vor, dass die Disziplinarstrafe nach dem Verschulden des Notars bestimmt werde, unter Berücksichtigung seiner Beweggründe und der gefährdeten oder verletzten Interessen sowie nach der Art und Weise der bisherigen Berufsausübung (Art. 43 aNG). Zwar fehlt im neuen Notariatsgesetz ein expliziter Hinweis auf die Bemessung. Der Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat betreffend das Notariatsgesetz vom 16. März 2005 (zit.: Vortrag NG) hält jedoch im Bereich des Disziplinarwesens ausdrücklich fest, dass die bisherigen Regelungen zur disziplinarischen Verantwortlichkeit ohne materielle Änderungen ins neue Recht übernommen wurden (vgl. Vortrag NG Ziff. 3.30, S. 12). Das Abstellen auf das konkrete Verschulden unter Berücksichtigung der Beweggründe, der tangierten Interessen sowie der bisherigen Berufsausübung ergibt sich letztlich auch aus der Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips und ist daher in der Lehre unbestritten (vgl. dazu KNB-GLATTHARD, N. 35 zu Art. 45 NG, mit Verweis auf die altrechtliche Rechtsprechung; vgl. u.v. auch Entscheid der JGK 26.11-13.9 vom 9. September 2014, E. 5.2). Reicht eine mahnende Strafe aus, um zu bewirken, dass ein fehlbarer Notar seinen Beruf inskünftig wieder einwandfrei ausüben wird, so darf folglich nicht über einen Verweis oder eine Busse hinausgegangen

werden (vgl. hierzu auch KNB-GLATTHARD, N. 6 und 36 zu Art. 45 NG sowie N. 4 zu Art. 47 NG, mit weitergehenden Hinweisen auf die einschlägige Rechtsprechung).

3.3 Im vorliegenden Fall würdigt die DIJ das Verschulden von Notar A. als leicht bis mittelschwer. Indem der Notar – wenn auch nicht vorsätzlich, so doch fahrlässig – gegen die Ausstandspflicht gemäss Art. 32 NG verstossen hat, hat er eine zentrale Berufspflicht verletzt. Der Notar hätte bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit den Fehler ohne Weiteres vermeiden können. Es handelt sich zwar um einen überflüssigen und irgendwie auch unerklärlichen Fehler, weil die Klausel mit der Nachgangserklärung gar nicht hätte beurkundet werden müssen. Es kann jedoch trotzdem nicht von einer Bagatelle gesprochen werden, da durch die Selbstbeteiligung des Notars gar keine öffentliche Urkunde entstanden ist. Der Notar hat damit die Rechtssicherheit gefährdet und dem Vertrauen der Klientschaft in das bernische Notariat geschadet. Es darf nicht sein, dass ein Notar eine eigene Willenserklärung beurkundet – sei es in eigenem Namen oder als Vertreter. Aus diesem Grund kann vorliegend nicht bloss ein Verweis ausgesprochen werden. Zu Gunsten des Notars ist festzuhalten, dass er sich durch die Selbstbeteiligung keinen materiellen Vorteil verschaffen wollte. Ein Verweis kommt auch deswegen nicht in Frage, weil bei Notar A. erst kürzlich die Verletzung einer notariellen Berufspflicht festgestellt wurde. Dazumal wurde in Anwendung von Art. 45 Abs. 2 NG noch von einer disziplinarischen Bestrafung abgesehen (vgl. Entscheid 2018.DIJ.7482 vom 26. Juni 2019 publiziert in: BN 2020, S. 294 ff.). Die DIJ gelangt daher zum Schluss, dass eine Busse am unteren Rand der gesetzlichen Bandbreite festzusetzen ist. Aufgrund der genannten Umstände erscheint vorliegend eine Busse in der Höhe von CHF 1'000.00 als angemessen.

4.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die auf CHF 500.00 bestimmten Kosten nach den Grundsätzen von Art. 107 Abs. 1 VRPG i.V.m. Art. 8 der Verordnung über die Gebühren der Kantonsverwaltung vom 22. Februar 1995 (Gebührenverordnung [GebV; BSG 154.21]) Notar A. zur Bezahlung auferlegt.

Demnach entscheidet die Direktion für Inneres und Justiz:

1.

Notar A. wird wegen der Verletzung der Ausstandspflicht zu einer **Busse** von **CHF 1'000.00** verurteilt.

2.

Die **Verfahrenskosten**, bestimmt auf **CHF 500.00**, werden Notar A. zur Bezahlung auferlegt.

3.

Zu eröffnen:

- Notar A., (mit eingeschriebenem Brief)
- Grundbuchamt X, (A-Post)

Die Direktion für Inneres und Justiz

Evi Allemann
Regierungsrätin

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde innert 30 Tagen seit Eröffnung schriftlich beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, 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.