

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

Unser Zeichen: 26.11 - 17.28 JAD/kna Bern, 7. August 2017
Ihr Zeichen:

DIE JUSTIZ-, GEMEINDE- UND KIRCHENDIREKTION DES KANTONS BERN



_____ hat in der Aufsichtssache gegen

Notar A.,

betreffend

Verstoss gegen die Pflicht zur Individualisierung von Klientenguthaben ge-
mäss Art. 28 Abs. 4 Notariatsverordnung (NV)¹

¹ BSG 169.112.

in Erwägung:

1.

1.1 Mit Eingabe vom 20. April 2017 erstattete der Hauptrevisor des Verbandes bernischer Notare VbN namens und im Auftrag der Revisionskommission des Verbandes (RevKo) bei der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion (JGK) Anzeige gegen Notar A. Anlass dazu gab ein wiederholter Verstoss des Notars gegen die Pflicht zur Individualisierung von Klientenguthaben, den die Revisoren bei der Revision 2016 im Büro des Notars festgestellt hatten. Aus dem der Anzeige beigelegten Revisionsprotokoll vom 12. Dezember 2016 und dem Protokoll der RevKo vom 10. April 2017 geht hervor, dass Notar A. in der Erbschaft der Frau M.R. (Konto Nr. 117034) in der Zeit vom 25. Juli 2016 bis 15. September 2016, also während 52 Tagen, einen Betrag von durchschnittlich CHF 400'000.-- auf seinem Klientengelder-Sammelkonto deponiert und diesen nicht nach den Vorschriften von Art. 28 Abs. 4 NV (Individualisierungspflicht) auf einem separaten Konto angelegt hatte. Bereits in den Jahren 2013 und 2015 seien Verstösse gegen die Individualisierungspflicht festgestellt und von der RevKo beim Notar abgemahnt worden.

1.2 Nach ständiger Praxis der RevKo wird der fehlbare Notar bei erstmaliger Feststellung eines einfachen Verstosses gegen die Individualisierungspflicht – und sofern es sich um eine geringe Anzahl von Fällen handelt – schriftlich abgemahnt. Im Wiederholungsfall innert drei Jahren wird er erneut abgemahnt mit der Androhung einer Anzeige an die Disziplinarkommission des VbN (DiKo) oder an die JGK. Beim dritten Verstoss erfolgt je nach Schwere des Falls eine Anzeige an die DiKo oder die JGK. Bei dem von den Revisoren vorliegend im Jahre 2016 festgestellten Fall handelte es sich um den dritten Verstoss innert drei Jahren, weshalb die Anzeige vorerst bei der DiKo eingereicht wurde. Nachdem sich jedoch herausgestellt hatte, dass Notar A. nicht Mitglied des VbN ist und deshalb der Verbandsaufsicht nicht unterliegt, erfolgte die Anzeige an die JGK.

1.3 Mit Verfügung vom 25. April 2017 forderte der instruierende Notariatsinspektor Notar A. zur Stellungnahme auf. Mit Eingabe vom 3. Mai 2017 stellte dieser den Antrag, auf die Anzeige der RevKo sei nicht einzutreten. Zur Begründung führt er aus, er habe Mitte Juli 2016 die Teilungsabrechnung in der Erbschaft R. vorbereitet.

Es sei geplant gewesen, dass die Abrechnung und die Auszahlung der Gelder an die Erben während seiner Ferien (17. Juli bis 14. August 2016) durch seine Sekretärin und seinen bevollmächtigten Stellvertreter erfolgen werde. Weil es zu Schwierigkeiten bei der Saldierung von Guthaben gekommen sei, hätten jedoch die Arbeiten in dieser Zeit nicht abgeschlossen werden können. Bei seiner Rückkehr aus den Ferien habe er die 40-Tagefrist gemäss Art. 28 Abs. 4 NV, auf die er durch eine Aktennotiz seiner Sekretärin hingewiesen worden sei, zur Kenntnis genommen und die notwendigen Abklärungen getroffen. In der Folge habe sich ergeben, dass die Anweisungen an die Erben ca. zwei Wochen nach Ablauf der Frist gemäss Art. 28 Abs. 4 NV hätten erfolgen können. Im Hinblick darauf habe er verzichtet, zu Lasten der Erben unnötige Kosten auszulösen. Die Zahlungen an die Erben seien dann am 15. September 2016, also 13 Tage nach Ablauf der 40-tägigen Frist, erfolgt.

Im Weiteren macht der Notar geltend, er habe im Jahre 2013 die 40-Tagefrist einmalig überschritten, den Fehler aber selber bemerkt und behoben. In den anderen drei Fällen (2015 und 2016, *Red.*) sei die Frist gemäss Art. 28 Abs. 4 NV zwar moderat überschritten worden; dies sei jedoch im Interesse der Klientschaft geschehen. Denn hätte er in diesen Fällen bei Ablauf der Frist die Gelder auf einem separaten Konto von seinen eigenen Geldern separiert, hätte dies die Stellung seiner Mandanten nicht verbessert; die Gelder seien ja getrennt von seinen eigenen Geldern gewesen, indem sie auf dem Klientengelder-Sammelkonto gelegen hätten. Durch die Separierung hätte er nur unnötige Zusatzaufwendungen ausgelöst durch Rechenschaftslegung über ein weiteres Konto, das er nur für wenige Tage geführt hätte. Abgesehen davon, dass ein solches Vorgehen auf Unverständnis seitens der Klientschaft stiesse, würde es unnötige Diskussionen darüber auslösen, wer die Zusatzkosten zu tragen hätte.

In rechtlicher Hinsicht macht Notar A. geltend, gestützt auf Art. 37 Abs. 1 Notariatsgesetz², wonach der Notar die Interessen der Beteiligten nach bestem Willen und Gewissen gleichmässig und unparteiisch zu wahren hat, sei er verpflichtet gewesen, in den Fällen, in denen er die 40-Tagefrist überschritten habe, so zu handeln, wie es im Interesse der Mandanten gelegen habe. Nach seiner Auffassung habe sein Vorgehen den sorgfältigen Umgang mit fremden Geldern dargestellt, nämlich die Vermeidung von unnötigen Bankspesen und Zusatzaufwendungen, die sich in seiner Rechnung an die Klientschaft kostenerhöhend ausgewirkt hätten.

² BSG 169.11.

Eine andere Betrachtungsweise wäre seiner Auffassung nach nur dann zulässig, wenn die Gelder der Mandanten auf dem Klientengelder-Sammelkonto gefährdet gewesen wären, was aber zu keinem Zeitpunkt der Fall gewesen sei. Das Überschreiten der Frist gemäss Art. 28 Abs. 4 NV sei nicht aus Nachlässigkeit oder Pflichtvergessenheit geschehen, sondern nur deshalb, weil er sich gestützt auf Art. 37 Abs. 1 NG dazu verpflichtet gefühlt habe. Früher habe er die ihm anvertrauten Klientengelder in jedem seiner Fälle bereits lange vor Ablauf der Frist auf einem separaten Konto angelegt, schon nur um eine saubere Abrechnung über die Vergütungszinsen und die Verrechnungssteuer erstellen zu können. Die drei gerügten Fälle aus den Jahren 2015 und 2016 beträfen alle einen Zeitraum, in welchem Geld keine Zinsen mehr abgeworfen habe und die Banken im Gegenzug hohe Spesen verrechnet hätten. Aufgrund der veränderten Verhältnisse am Finanzmarkt obliege dem Notar einerseits eine Treuepflicht gegenüber seinen Mandanten, sodann die Interessenwahrungspflicht gemäss Art. 37 Abs. 1 NG, im Weiteren die Pflicht, mit anvertrauten Geldern sorgsam umzugehen und unnötige Kosten im Interesse des Mandanten zu vermeiden, sowie die generelle Schadensminderungs- und Schadensvermeidungspflicht. Bei teleologischer Auslegung von Art. 28 Abs. 4 NV erscheine sein Vorgehen als angemessen, richtig und im Interesse seiner Mandanten, ohne dabei die Interessen, die der Verordnungsgeber in Art. 23 - 30 NV statuiert habe, zu verletzen; denn die Klientengelder seien in der Buchhaltung des Notars erfasst gewesen und auf dem Klientenkonto der Erbgemeinschaft eingebucht worden; die Buchhaltung sei zudem ordnungsgemäss geführt worden, und die Klientengelder seien von den Geldern des Notars separiert gewesen. Die einzige moderate Abweichung von Art. 28 Abs. 4 habe darin bestanden, dass er die Gelder 13 Tage zu lange auf dem Klientengelder-Sammelkonto angelegt und nicht ein Klientengelder-Separatkonto eröffnet habe. Nachteile seien seinen Mandanten dadurch nicht entstanden, dafür aber geldwerte Vorteile.

Selbst wenn die Auffassung der RevKo in Hinblick auf Art. 28 Abs. 4 NV zuträfe, wäre zu beachten, dass dessen Verletzung im vorliegenden Fall einen Bagatellfall darstellte, der die Durchführung eines Disziplinarverfahrens nicht rechtfertigen würde. Zudem erscheine seine Interpretation, wonach die Interessenwahrung nach Art. 37 Abs. 1 NG der Ordnungsvorschrift von Art. 28 Abs. 4 NV vorgehe, als sachgerecht, mindestens aber vertretbar.

Im Weiteren ist der Notar der Meinung, im bernischen Notariat werde aufgrund des Umstandes, dass Mitglieder des VbN bei der Verletzung der Individualisierungspflicht vor einer Anzeige an die JGK in der Regel an die DiKo verwiesen, Nichtmitglieder dagegen direkt bei der JGK angezeigt würden, mit verschiedenen Ellen gemessen. Dies sei rechtstaatlich unzulässig.

Schliesslich beruft sich der Notar auf Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)³, wonach er Anspruch auf ein öffentliches, kontradiktorisches Verfahren vor einem unabhängigen Richter habe. Nach ständiger Rechtsprechung erfüllten Aufsichtsorgane die Anforderung an einen unabhängigen Richter nicht; zudem sei das Verfahren nicht öffentlich.

2.

2.1 Gemäss Art. 28 Abs. 4 NV hat der Notar unter dem Titel «Geldverkehr» die ihm anvertrauten Gelder des einzelnen Klienten, die den Betrag von CHF 20'000.-- übersteigen, innert 40 Tagen auf den Namen des Berechtigten oder auf den Namen des Notars bei einer Schweizer Bank anzulegen (Individualisierung); werden sie auf den Namen des Notars angelegt, ist unter Angabe des Berechtigten ein Treuhandkonto zu eröffnen. Alle individualisierten Gelder sind als Aktivkonten in der Buchhaltung zu führen oder in der Klientengelderkontrolle zu registrieren (Art. 28 Abs. 5 NV). Die Bestimmungen über den Geldverkehr gelten sowohl für anvertraute Gelder und Vermögenswerte der Klientschaft als auch für solche von Drittpersonen; sie gelten zudem für Gelder und Vermögenswerte, die sich aus irgendeinem Grunde im Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit des Notars in seiner Verwahrung befinden (Art. 28 Abs. 6 NV). Die Individualisierungspflicht ist zwingender Natur, weshalb sich der Notar davon nicht entbinden lassen kann. Es gehört zu den Pflichten des Notars, sein Büro so zu organisieren, dass der Individualisierungspflicht jederzeit nachgelebt werden kann (Entscheide der JGK 26.11-16.80 vom 30. März 2016, E.3.1; 26.11-15.65 vom 23. Juni 2016, E. 3.1; 26.11-16.61 vom 11. April 2017, E. 3.1; 26.11-16.80 vom 2. Mai 2017, E.3.1).

³ SR 0.101.

Die Individualisierung fremder Gelder hat zum Zweck, dass sich der Klient als Auftraggeber insbesondere bei Zahlungsunfähigkeit des Notars auf die Subrogation und das Aussonderungsrecht im Sinne von Art. 401 OR berufen kann. Auf diese Weise werden die individualisierten Gelder von der Zwangsvollstreckung gegen den Notar nicht erfasst, sondern können vom Berechtigten herausverlangt werden. Voraussetzung gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist allerdings, dass die Gelder genügend individualisiert sind (Vortrag der JGK betreffend die Notariatsverordnung, S. 15 f.)⁴. Dies ist im Hinblick auf das Klientengelder-Sammelkonto nicht der Fall, indem die dort deponierten Gelder der Klienten miteinander vermischt, dem Notar zugerechnet und deshalb von einer Zwangsverwertung voll erfasst werden.

2.2 Es ist unbestritten, dass Notar A. in der Erbschaft der Frau M.R. (Konto Nr. 117034 in der Buchhaltung des Notars) in der Zeit vom 25. Juli 2016 bis 15. September 2016, also während 52 Tagen, einen Betrag von durchschnittlich CHF 400'000.-- auf seinem Klientengelder-Sammelkonto deponiert und diesen nicht innert 40 Tagen nach den Vorschriften von Art. 28 Abs. 4 NV auf einem separaten Konto angelegt hat. Ebenso unbestritten sind die insgesamt drei Fälle aus den Jahren 2013 und 2015, obwohl diese hier nicht näher behandelt werden sollen, sondern nur im Zusammenhang mit der *wiederholten* Missachtung von Art. 28 Abs. 4 NV von Bedeutung sind.

Zu seiner Rechtfertigung beruft sich der Notar auf die Interessenwahrungspflicht gemäss Art. 37 Abs. 1 NG, wonach er die Interessen der Beteiligten nach bestem Wissen und Gewissen gleichmässig und unparteiisch zu wahren hat. Er ist der Meinung, dass durch die Individualisierung der Klientengelder unnötige Bankspesen und Kosten für Zusatzaufwendungen entstünden, die von der Klientschaft zu tragen wären; zudem würden die Gelder heute keinen Zins mehr abwerfen. Mit dieser Argumentation verkennt er, dass die Individualisierungspflicht gemäss Art. 28 Abs. 4 NG gerade der Wahrung der Interessen der Klientschaft des Notars und allenfalls von Drittpersonen (Art. 28 Abs. 6 NV) dient. Denn Zweck dieser Bestimmung ist der Schutz der Klientschaft oder von Drittpersonen vor Verlusten bei Zahlungsunfähigkeit des Notars. Dabei geht es nicht darum, ob Gelder tatsächlich gefährdet sind; vielmehr genügt bereits die *Möglichkeit* der Gefährdung, und zwar auch dann, wenn diese im konkreten Fall nur als gering oder kaum be-

⁴ www.jgk.be.ch >Aufsicht > Notariat > Rechtliche Grundlagen >Vortrag zur Notariatsverordnung (NV).

stehend einzuordnen ist. Ob zusätzliche Kosten für die Kontoeröffnung bei einer Bank und für die abschliessende Saldierung sowie Kosten des Notars anfallen, kann unter diesem Gesichtspunkt keine Rolle spielen. Gleichwohl ist festzustellen, dass die Bankspesen angesichts der Höhe der zu separierenden Geldbeträge von mindestens CHF 20'000.-- (im konkreten Fall CHF 400'000.--) kaum ins Gewicht fallen und dass heutzutage auch auf dem Klientengelder-Sammelkonto keine Zinsen anfallen. Bei der Berufung auf seine Interessenwahrungspflicht verkennt Notar A., dass gemäss Art. 37 Abs. 3 NG gerade auch die vorschriftsgemässe Aufbewahrung von Geldern ausdrücklich von der Interessenwahrungspflicht des Notars erfasst wird und die Individualisierungspflicht gemäss Art. 28 Abs. 4 NV Ausfluss davon ist. Ein Interpretations- oder Ermessensspielraum, wie ihn Notar A. für sich beansprucht, besteht nicht.

2.3 Notar A. macht geltend, die Gelder der Erbschaft R. seien ordentlich verbucht und von seinen eigenen Geldern getrennt gewesen, indem sie auf dem Klientengelder-Sammelkonto gelegen hätten. Er bezieht sich offenbar auf Art. 28 Abs. 1 NV, wonach der Notar verpflichtet ist, die anvertrauten Gelder und Vermögenswerte von seinen nicht bilanzierten privaten Mitteln getrennt zu halten. Dabei verkennt er, dass ihm in dieser Hinsicht weder von der RevKo noch von der JGK als Aufsichtsbehörde Vorhalte gemacht werden und diese Frage gegebenenfalls ohnehin getrennt von der Frage der Individualisierungspflicht zu behandeln wäre.

2.4 Aus der ständigen Praxis der RevKo, wonach der vorliegend zu behandelnde Fall vorab zu einer Anzeige an die DiKo geführt hätte, kann Notar A. keine Rechte für sich ableiten. Als Nichtmitglied des VbN unterliegt er nicht der Verbandsaufsicht. Demgegenüber ist bei der Bemessung einer Disziplinar massnahme dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die DiKo Verstösse gegen die Individualisierungspflicht in der Regel mit einer milderen Sanktion belegt als die JGK.

2.5 Soweit sich Notar A. auf Art. 6 EMRK beruft, ist festzuhalten, dass die in dieser Bestimmung enthaltenen Garantien nur von verwaltungsunabhängigen Justizbehörden gewährleistet werden müssen, nicht aber – wie vorliegend – im Verwaltungsverfahren (MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N. 16 ff. zu Art. 1 VRPG; BGE 123 I 87, E. 3a mit Verweisen). Zudem handelt es sich vorliegend nicht – wie von Notar A. explizit geltend

gemacht – um eine Streitigkeit in Bezug auf zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen des Notars gemäss Art. 6 Ziff. 1 ERMK (vgl. dazu MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, N. 21 zu Art. 78 VRPG).

3.

3.1 Verletzt der Notar vorsätzlich oder fahrlässig seine 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 seiner vermögens- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit disziplinarisch bestraft (Art. 45 Abs. 1 NG). In leichten Fällen kann von einer Bestrafung abgesehen werden, wenn anzunehmen ist, dass er den Beruf künftig einwandfrei ausüben werde (Art. 45 Abs. 2 NG). Von einem leichten Fall oder gar einem Bagatelldelikt, auf den sich Notar A. beruft, kann schon angesichts des Umstandes, dass die Verletzung der Individualisierungspflicht eine Verletzung der für das Notariat zentralen Interessenwahrungspflicht darstellt (Art. 28 Abs. 4 NV i.V.m. Art. 37 Abs. 3 NG) und dem Schutz der notariellen Klientenschaft vor wirtschaftlichem Schaden dient, nicht die Rede sein. Zu beachten ist zudem die beträchtliche Höhe von CHF 400'000.-- des nicht sichergestellten Betrages. Notar A. ist deshalb mit einer disziplinarischen Sanktion zu belegen.

3.2 Disziplinar massnahmen gemäss Art. 47 Abs. 1 NG sind: a) Verweis, b) Busse bis zu 20'000 Franken, c) Suspendierung des Eintrags im Notariatsregister für die Dauer von einem Monat bis zu zwei Jahren und d) Löschung des Eintrags im Notariatsregister. Die Massnahme wird nach dem Verschulden des Notars bestimmt. Zu berücksichtigen sind die Beweggründe des Fehlbaren, die gefährdeten oder verletzten Interessen sowie die Art und Weise der bisherigen Berufsausübung. Das Disziplinarrecht ist in die Zukunft gerichtet; es will bewirken, dass sich die fehlbare Person künftig – wieder – beruflich korrekt verhält. Mit der Disziplinar massnahme soll demnach eine Motivation dafür geschaffen werden, dass ein fehlbares Verhalten in Zukunft unterbleibt (BN 1995, S. 111 ff.; BVR 2000, S. 166 E. 8a mit Hinweisen). Disziplinarische Massnahmen haben sowohl eine general- wie auch eine spezialpräventive Funktion (POLEND, in: FELLMANN/ ZINDEL, Kommentar zum Anwalts gesetz, Zürich, 2005, Art. 17 N. 14 f.). Für die Bemessung einer Disziplinar massnahme gilt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit: Die Wiederhandlung und die Disziplinar massnahme müssen mit Blick auf den Zweck

des Disziplinarrechts in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen. Genügt eine mahnende Strafe, kommen nur Verweis oder Busse in Betracht (BN 2000, S. 226 mit Hinweisen). Da vorliegend die Ermahnung des Notars im Vordergrund steht, entfallen die Suspendierung und Löschung des Eintrags im Notariatsregister. Angesichts der Offensichtlichkeit der Berufspflichtverletzung, deren wiederholter Begehung und der Uneinsichtigkeit des Notars fällt der Verweis als die leichteste Variante der Disziplinar massnahmen weg, weshalb eine Busse auszusprechen ist.

3.3 Das Verschulden von Notar A. ist als mittelschwer zu werten. Einerseits hätte er bei einer auch nur summarischen Prüfung der rechtlichen Lage ohne weiteres erkennen müssen, dass sein Vorgehen nicht zulässig war. Zudem war er von der RevKo bereits im Jahre 2013 für einen Verstoss gegen die Individualisierungspflicht abgemahnt worden. Für die Verstösse aus dem Jahre 2015 wurde ihm sogar eine Anzeige bei der DiKo oder bei der JGK im Wiederholungsfall angedroht. Zugunsten des Notars ist festzuhalten, dass seine bisherige Berufsausübung – soweit ersichtlich – zu keinen Beanstandungen geführt hat. Gemäss Praxis der JGK wird bei einer erstmaligen Verzeigung bei der Aufsichtsbehörde wegen Verletzung der Individualisierungspflicht eine Busse von CHF 1'000.-- ausgesprochen sofern keine Verschärfungsgründe vorliegen. Im vorliegenden Fall ist jedoch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass Notar A. nicht Mitglied des VbN ist. Wäre Notar A. Mitglied des VbN, hätte die RevKo ihn wohl vorerst bei der DiKo verzeigt. Die DiKo ordnet als verbandsinternes Organ im Vergleich zur JGK in der Regel mildere Sanktionen an. Unter diesen Umständen erscheint eine reduzierte Busse von CHF 500.-- als angemessen.

4.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Kosten nach den Grundsätzen von Art. 107 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG)⁵ i.V.m. Art. 8 der Verordnung über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung; GebV)⁶ Notar A. auferlegt.

⁵ BSG 155.21.

⁶ BSG 154.21.

erkannt:

1. Notar A. wird wegen der Verletzung von notariellen Berufspflichten zu einer **Busse von CHF 500.--** verurteilt.
2. Die Kosten des Verfahrens, bestimmt auf CHF 300.--, werden Notar A. auferlegt.
3. Diese Verfügung ist Notar A. mit eingeschriebenem Brief zu eröffnen.

Der Justiz-, Gemeinde- und
Kirchendirektor:

Christoph Neuhaus, Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Diese Verfügung 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.