

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

Unser Zeichen: 26.11-18.30 FRL/kna Bern, 13. Dezember 2018
Ihr Zeichen:

DIE JUSTIZ-, GEMEINDE- UND KIRCHENDIREKTION DES KANTONS BERN



hat in der Disziplinarsache gegen

Notar A.,

betreffend

allfällige Berufspflichtverletzungen

(Anzeige der Revisionskommission des Verbands bernischer Notare vom 29. August 2018)

erwogen:

1.

1.1 Mit Eingabe vom 29. August 2018 reichte der Hauptrevisor namens und im Auftrag der Revisionskommission des Verbands bernischer Notare (nachfolgend Revko VbN) bei der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern (nachfolgend JGK) eine Anzeige gegen Notar A. wegen des Verdachts des Verstosses gegen Notariatsvorschriften ein. Der Hauptrevisor der Revko VbN verwies dabei auf das beigelegte Protokoll der Bürorevision bei Notar A. vom 29. Mai 2018. Danach hätten die Revisoren zwei Verstösse gegen die Individualisierungspflicht ge-

mäss Art. 28 Abs. 4 der Notariatsverordnung vom 26. April 2006 (NV; BSG 169.112) festgestellt. Weiter teilte der Hauptrevisor der Revko VbN mit, dass in den Vorjahren 2016 und 2017 keine Verstösse gegen Art. 28 Abs. 4 NV gemeldet worden seien. Dagegen sei im Jahr 2015 ein Verstoss von Notar A. gegen Art. 28 Abs. 4 NV protokolliert worden, welcher eine Anzeige bei der Schlichtungs- und Disziplinarcommission des Verbands bernischer Notare zur Folge gehabt habe.

1.2 Mit Verfügung vom 13. September 2018 stellte das bei der JGK zuständige Amt für Betriebswirtschaft und Aufsicht (nachfolgend ABA) fest, dass die Revko VbN am 29. August 2018 eine Anzeige gegen Notar A. eingereicht habe. Das ABA forderte den Notar auf, bis am 15. Oktober 2018 eine Stellungnahme zur Anzeige der Revko VbN vom 29. August 2018 einzureichen.

1.3 Mit Eingabe vom 13. September 2018 nahm Notar A. zur Anzeige der Revko VbN vom 29. August 2018 Stellung. Der Notar führte darin insbesondere aus, dass im ersten Fall des Verstosses gegen Art. 28 Abs. 4 NV die verspätete Auszahlung durch Verzögerungen beim Vollzug durch die Bank begründet sei. Der zweite Verstoss gegen Art. 28 Abs. 4 NV sei aufgrund langer Ferienabwesenheiten im Betrieb und fehlender Koordination entstanden. Notar A. hielt sodann fest, er setzte alles daran, dass die einschlägigen Vorschriften in Zukunft eingehalten würden.

1.4 Mit Verfügung vom 19. September 2018 stellte das ABA dem Hauptrevisor der Revko VbN eine Kopie des Schreibens von Notar A. vom 13. September 2018 zu. Gleichzeitig schloss das ABA den Schriftenwechsel und stellte einen Entscheid der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektorin in Aussicht.

2.

Gemäss Art. 38 Abs. 2 Bst. c i.V.m. Art. 1 des Notariatsgesetzes vom 22. November 2005 (NG; BSG 169.11) ist die JGK 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 JGK 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).

3.

Es gilt nachfolgend zu prüfen, ob das von Revko VbN angezeigte Verhalten von Notar A. disziplinarisch zu ahnden ist.

3.1 Gemäss Art. 45 Abs. 1 NG ist die Notarin oder der Notar insbesondere dann disziplinarisch zu bestrafen, wenn sie bzw. er vorsätzlich oder fahrlässig Berufspflichten verletzt oder gegen das Gebot der einwandfreien Berufsausübung verstösst.

Berufspflichten sind namentlich die in Art. 30 ff. 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 7. Oktober 2014, Bernische Verwaltungsrechtsprechung [zit. BVR] 2015 S. 55 E. 2.1; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 30. November 2012, BVR 2013 S. 264 E. 3.1). Ihre Missachtung stellt eine Verletzung von Berufspflichten dar (vgl. KNB-GLATTHARD, N. 21 f. zu Art. 45 NG; MARTI, Bernisches Notariatsrecht, Bern, 1983, N. 8 zu Art. 40 aNG).

Die einwandfreie Berufsausübung setzt voraus, dass die Notarin oder der Notar auch neben den positivrechtlich gefassten Berufspflichten ihren bzw. seinen Beruf seriös ausübt (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26. August 1999, E. 7, BVR 2000 S. 154 ff; RUF, Notariatsrecht, Langenthal, 1995 N. 1132).

3.2 Notar A. wird seitens der Revko VbN eine zweifache Verletzung von Art. 28 Abs. 4 NV vorgeworfen.

Gemäss Art. 28 Abs. 4 NV sind anvertraute Gelder der einzelnen Klientin oder des einzelnen Klienten, welche den Betrag von CHF 20'000.00 übersteigen, innert 40 Tagen auf den Namen der oder des Berechtigten oder auf den Namen der Notarin oder des Notars bei einer Schweizer Bank anzulegen (Individualisierung).

Die Notarin oder der Notar kann sich von der Klientschaft nicht von der Individualisierungspflicht entbinden lassen, wenn die gesetzlichen Grenzwerte von CHF 20'000.00 und 40 Tagen erreicht werden. Vielmehr gehört es zu den Pflichten der Notarin bzw. des Notars, ihr respektive sein Büro so zu organisieren, dass der Individualisierungspflicht jederzeit nachgelebt wird. In ständiger Praxis der Revko VbN wird die fehlbare Notarin bzw. der fehlbare Notar bei erstmaliger Feststellung eines einfachen Verstosses und sofern es sich um eine geringe Anzahl von Fällen handelt schriftlich abgemahnt. Im Wiederholungsfall erfolgt eine Anzeige an die Disziplinarkommission des Verbands bernischer Notare. Erst bei erneuten Verstössen erstattet die Revko VbN der JGK in Anwendung von Art. 21 NV eine Meldung.

Die Pflicht zur Individualisierung von Klientengeldern gilt nicht nur für Gelder, die unmittelbar mit der hauptberuflichen Tätigkeit des Notars zusammenhängen, sondern gemäss dem Wortlaut von Art. 28 Abs. 6 NV für sämtliche Gelder und Vermögenswerte, die sich aus irgendeinem Grund in

der Verwahrung des Notars befinden, soweit dieser Grund mit dessen haupt- oder nebenberuflichen Tätigkeit zusammenhängt (vgl. hierzu explizit auch Art. 43 f. NG sowie KNB-BÜRGI, N. 1 ff. zu Art. 44 NG sowie N. 3 f. zu Art. 28 NV). Die Revko VbN und die JGK legen Art. 28 Abs. 4 NV so aus, dass die Gebühr-, Honorar- und Auslageersatzansprüche des Notars nur dann mit den anvertrauten Klientengeldern verrechnet werden können, wenn dafür eine Zwischenabrechnung über bisher geleistete Arbeiten gestellt und diese erfolgswirksam verbucht wurde. Nur auf diese Weise wird sichergestellt, dass die Klientschaft Kenntnis von der Verrechnungslage hat und dass die Rechnungsstellung nicht nur fiktiv – und allenfalls auf ein fiktives Datum festgesetzt – erfolgte. Eine blosser Leistungserfassung von Arbeiten in der Buchhaltung genügt nicht, damit diese mit anvertrauten Klientengeldern verrechnet werden können. Bis zum Erhalt einer Zwischenabrechnung darf die Klientschaft davon ausgehen, dass der beim Notar hinterlegte Betrag wirtschaftlich noch vollumfänglich ihr zusteht. Erst mit der Zwischenabrechnung – und der erfolgswirksamen Buchung – wird der Klientschaft gegenüber zum Ausdruck gebracht, dass die anvertrauten Klientengelder mit einem Forderungsanspruch des Notars ganz oder teilweise verrechnet werden sollen. Es ist dann auch für die Klientschaft ersichtlich, dass nicht mehr der gesamte, ursprünglich von ihr beim Notar hinterlegte Betrag als anvertraut im Sinne von Art. 28 Abs. 4 NV qualifiziert werden kann. Von einer Zwischenabrechnung für bereits geleistete Arbeiten ist ein Kostenvorschuss für zukünftige noch zu erbringende Arbeiten zu unterscheiden. Im Sinne von Art. 28 Abs. 4 NV ist ein Kostenvorschuss immer als anvertraut zu qualifizieren, bis mit einer förmlichen Zwischenabrechnung – und einer entsprechenden erfolgswirksamen Buchung – der Klientschaft gegenüber zum Ausdruck gebracht wird, dass der Kostenvorschuss ganz oder teilweise mit einem Forderungsanspruch für effektiv erbrachte Arbeiten „konsumiert“ resp. verrechnet wird. Diese Praxis der JGK wurde vom Verwaltungsgericht des Kantons Bern mit Urteil 100.2017.140 vom 15. Mai 2018 bestätigt.

3.3 Der von der Revko VbN zur Anzeige gebrachte Sachverhalt gemäss Protokoll der Bürorevision vom 29. Mai 2018 wird von Notar A. nicht bestritten. Die Revko VbN überprüfte als massgebende Revisionsperiode die Zeitspanne zwischen dem 9. Juni 2017 und dem 29. Mai 2018.

Bereits in den Revisionen 2012 und 2013 wurde bei Notar A. seitens der Revko VbN je ein Verstoss gegen die Individualisierungspflicht festgestellt. Nachdem anlässlich der Revision 2015 erneut ein Verstoss gegen Art. 28 Abs. 4 NV festgestellt wurde, wurde Notar A. durch die Schlichtungs- und Disziplinarkommission des Verbands bernischer Notare mit Entscheid vom 22. Dezember 2015 ein Verweis erteilt. Da nun in der letzten Revision des Büros von Notar A. seitens der Revko VbN erneut zwei Verstösse gegen die Individualisierungspflicht festgestellt wurden, erfolgte praxisgemäss eine Meldung an die JGK.

3.3.1 Laut dem Kontoblatt "00001237 K. S., R." variierte der Saldo dieses Kontos vom 29. Juni 2017 bis zum 22. August 2017 zwischen minimal CHF 25'466.10 und maximal CHF 412'367.10. Folglich bestand während mehr als 40 Tagen ein Kontosaldo von über CHF 20'000.00, was einer klaren Verletzung von Art. 28 Abs. 4 NV entspricht. Notar A. bringt in

diesem Zusammenhang vor, dass die Überschreitung der vierzigtägigen Frist aufgrund langer Ferienabwesenheiten in seinem Betrieb und fehlender Koordination eingetreten sei. Diese Begründung vermag die unterlassene Individualisierung innert 40 Tagen nicht zu rechtfertigen. Der Notar ist gehalten, sein Büro so zu organisieren, dass Art. 28 Abs. 4 NV auch in Ferienzeiten eingehalten wird.

3.3.2 Dem Kontoblatt "00002208 P. GmbH, B." ist zu entnehmen, dass vom 15. Juni 2017 bis zum 27. Juli 2017 ein Kontosaldo von minimal CHF 247'029.00 und maximal CHF 248'839.90 bestand. Damit bewegte sich der Kontosaldo während einer Dauer von mehr als 40 Tagen konstant über CHF 20'000.00 was ebenfalls ein klarer Verstoss gegen Art. 28 Abs. 4 NV zur Folge hat. Notar A. macht in diesem Zusammenhang geltend, dass die Überschreitung der vierzigtägigen Frist auf Verzögerungen beim Vollzug durch die Bank zurückzuführen sei. Diese Begründung vermag die unterlassene Individualisierung innert der Frist von 40 Tagen wiederum nicht zu rechtfertigen, da der Notar Verzögerungen von wenigen Tagen seitens der Bank grundsätzlich miteinzuberechnen hat. Lediglich bei einer ungewöhnlich langen Bearbeitungsdauer durch die Bank könnte von einer disziplinarischen Sanktionierung abgesehen haben, wobei der Notar eine solche lange Bearbeitungsdauer seitens der Bank zu belegen hätte. Vorliegend hat Notar A. keine Belege eingereicht, welche auf eine unüblich lange Bearbeitungsdauer der Bank hingewiesen hätten. Ohnehin ist hier festzuhalten, dass bereits der unter Ziffer 3.3.1 hievordargestellte Verstoss gegen Art. 28 Abs. 4 NV genügt, um eine disziplinarische Sanktion auszusprechen.

Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass Notar A. in zwei Fällen gegen die Individualisierungspflicht gemäss Art. 28 Abs. 4 NV verstossen hat.

4.

4.1 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 werde (Art. 45 Abs. 2 NG).

Wie in Ziffer 3.3. hievorausgeführt, hat Notar A. insofern gegen Art. 28 Abs. 4 NV verstossen, als er in zwei Fällen je einen Betrag von über CHF 20'000.00 nicht innerhalb der Frist von 40 Tagen individualisiert hat.

Es kann nicht von einem leichten Fall im Sinne von Art. 45 Abs. 2 NG ausgegangen werden, da die Individualisierungspflicht von Klientenguthaben dem Schutze der Klientschaft dient und somit zusammen mit den übrigen Vorschriften über die Buchführung eine zentrale Berufspflicht der Urkundspersonen darstellt. Notar A. ist deshalb gestützt auf Art. 45 Abs. 1 NG mit einer disziplinarischen Sanktion zu belegen.

4.2 Art. 47 Abs. 1 NG sieht als Disziplarmassnahmen 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 den Entscheid 26.11-13.9 der JGK 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).

4.3 Im vorliegenden Fall würdigt die JGK das Verschulden von Notar A. als leicht bis mittelschwer. Gemäss Praxis der JGK wird bei einer erstmaligen Verzeigung bei der Aufsichtsbehörde wegen Verletzung der Individualisierungspflicht eine Busse von CHF 1'000.00 ausgesprochen, sofern keine Verschärfungsgründe vorliegen (vgl. Entscheid 26.11-17.28 der JGK vom 7. August 2017 E. 3.3). Solche strafschärfenden Gründe liegen vorliegend nicht vor. Es ist zugunsten des Notars vielmehr festzuhalten, dass seine bisherige Berufsausübung – abgesehen von den erwähnten Verletzungen von Art. 28 Abs. 4 NV in den Jahren 2012, 2013 und 2015 – zu keinen Beanstandungen geführt hat. Zugunsten des Notars ist weiter festzuhalten, dass er von Beginn des Verfahrens an Einsicht in sein Fehlverhalten und aufrichtige Reue gezeigt hat. Aufgrund dieser Umstände erscheint vorliegend eine Busse in der Höhe von CHF 1'000.00 als angemessen.

5. 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 wird erkannt:

1. Notar A. wird wegen der Verletzung notarieller Berufspflichten (Art. 28 Abs. 4 NV) zu einer **Busse** von **CHF 1'000.00** verurteilt.
2. Die **Verfahrenskosten**, bestimmt auf **CHF 500.00**, werden Notar A. zur Bezahlung auferlegt.
3. Diese Verfügung ist wie folgt zu eröffnen:
 - Notar A., (mit eingeschriebenem Brief)
 - der Revisionskommission des Verbands bernischer Notare, Fellenbergstrasse 5, 3053 Münchenbuchsee (mit A-Post)

Die Justiz-, Gemeinde-
und Kirchendirektorin

Evi Allemann
Regierungsrätin

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.