

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

Unser Zeichen: 26.11 - 17.32 FRL/kna Bern, 6. April 2018  
Ihr Zeichen:

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



hat in der Disziplinarsache gegen  
\_\_\_\_\_

**Notar A.**, .....

betreffend

allfällige Berufspflichtverletzungen

(Meldung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde [KESB] X. vom 27. April 2017)

**erwogen:**

**1.**

**1.1** Mit Eingabe vom 27. April 2017 reichte die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde X. (nachfolgend KESB) bei der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern (nachfolgend JGK) eine Anzeige gegen Notar A. wegen des Verdachts des Verstosses gegen Notariatsvorschriften ein. Die KESB meldete der JGK folgenden Sachverhalt:

Bei der KESB sei am 10. März 2017 eine Meldung betreffend Frau F. E.-H. eingegangen. Im Rahmen der Sachverhaltsabklärung sei festgestellt worden, dass die KESB bereits im Dezember 2014 mit betreffender Person befasst gewesen sei. So habe Notar A. mit Schreiben vom

15. Dezember 2014 der KESB eine Kopie seiner Urschrift Nr. 7230 vom 10. Dezember 2014 zusammen mit einer Kopie eines ärztlichen Zeugnisses betreffend Frau F. E.-H. von Dr. med. L. B. vom 11. Dezember 2014 zugestellt, mit der Bitte den Kaufvertrag betreffend das Grundstück K.-Grundbuchblatt Nr. 242 zu genehmigen. Der Notar habe den Umstand, dass Herr P. E. seine nicht mehr urteilsfähige Mutter F. E.-H. bei der Beurkundung am 10. Dezember 2014 vertreten habe, mit Art. 378 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) begründet. In der Folge habe die KESB Notar A. mit Schreiben vom 17. Dezember 2014 mitgeteilt, dass der Kaufvertrag als nicht genehmigungsfähig beurteilt werde, da Art. 378 ZGB die Vertretung bei medizinischen Massnahmen betreffe und auf einen Kaufvertrag nicht anwendbar sei. Bis zum 10. März 2017 hätten sich weder Notar A. noch der Sohn von Frau F. E.-H., P. E., bei der KESB gemeldet.

Die KESB führte weiter aus, der im Zusammenhang mit dem neuen Verfahren erstellte Grudis-Auszug vom 10. März 2017 zeige, dass die Grundbuchanmeldung von Notar A. betreffend die Liegenschaft K.-Grundbuchblatt Nr. 242 beim zuständigen Grundbuchamt Oberland in Frutigen am 14. Januar 2015 eingegangen sei. Dem Beleg Nr. 0282 könne entnommen werden, dass es sich um die Urschrift Nr. 7230 von Notar A. vom 10. Dezember 2014 handle, welche der KESB mit Schreiben vom 15. Dezember 2014 zur Genehmigung eingereicht worden sei. Im Vergleich zur Kopie der Urschrift Nr. 7230 von Notar A. vom 10. Dezember 2014, welche der KESB am 15. Dezember 2014 zugestellt worden sei, sei nun in der Ausfertigung der Urschrift Nr. 7230 des Notars für das Grundbuchamt der Genehmigungsvorbehalt durch die KESB gemäss Ziffer II./9. entfernt worden. Im Weiteren werde die Verkäuferin Frau F. E.-H. zwar nach wie vor durch ihren Sohn P. E. vertreten. Das Vertretungsverhältnis werde nun aber nicht mehr mit Art. 378 ZGB begründet, sondern es stütze sich auf eine Vollmacht von Frau F. E.-H. vom 9. Dezember 2014. Notar A. habe schliesslich auf der zusätzlichen Seite 7 bestätigt, dass der Vertrag mit der Urschrift Nr. 7230 genau übereinstimme.

Aus Sicht der KESB sei es nicht möglich, dass Frau F. E.-H. am 9. Dezember 2014 ihrem Sohn P. E. eine Vollmacht habe ausstellen können, wenn Dr. med. L. B. mit ärztlichem Zeugnis vom 11. Dezember 2014 bestätigt habe, dass Frau F. E.-H. nicht mehr fähig sei Entscheidungen selber zu treffen sowie Verträge zu unterschreiben. Zudem sei durch die Akten der KESB belegt, dass die mit der Grundbuchanmeldung eingereichte Urschrift Nr. 7230 von Notar A. vom 10. Dezember 2014 nicht mit der Kopie der Urschrift Nr. 7230 von Notar A., welche dieser mit Schreiben vom 15. Dezember 2014 der KESB eingereicht habe, übereinstimme.

**1.2** Mit Eingabe vom 7. Juni 2017 nahm Notar A. zur Anzeige der KESB vom 27. April 2017 Stellung. Er führte insbesondere aus, dass am 22. Oktober 2014 eine Besprechung in Sachen Verkauf des Grundstücks K.-Grundbuchblatt Nr. 242 zwischen Herrn P. E., Sohn der Eigentümerin Frau F. E.-H., sowie den Gebrüdern M. und D. Z., Pächter des zu verkaufenden Grundstücks, stattgefunden habe. Dabei habe Herr P. E. erwähnt, dass seine betagte Mutter gesundheitlich etwas angeschlagen und auch etwas dement sei. Es sei aber ihr Wille und auch der Wille von ihm und seinen Geschwistern, das Grundstück den langjährigen Pächtern zu ver-

kaufen. Herr P. E. habe eine Vollmacht verlangt, damit er seine Mutter in diesem Geschäft vertreten könne. Notar A. hielt in diesem Zusammenhang in seiner Stellungnahme fest, dass er Herrn P. E. geraten habe, den Vertrag von der KESB genehmigen zu lassen. In der Folge seien den Käufern und Herrn P. E. am 20. November 2014 der Vertragsentwurf zugestellt worden. Darin sei vorgesehen gewesen, dass Herr P. E. seine Mutter im Sinne von Art. 378 Abs. 1 Ziffer 5 ZGB vertrete und der Vertrag anschliessend der KESB zur Genehmigung eingereicht werde. Anlässlich der Beurkundung des Kaufvertrags am 10. Dezember 2014 habe Notar A. Herrn P. E. darauf aufmerksam gemacht, dass die KESB noch ein Arztzeugnis verlange, ansonsten sie gar nicht auf das Geschäft eintrete. Herr P. E. habe versprochen, mit dem Hausarzt seiner Mutter zu sprechen und er habe dem Notar sodann mit Brief vom 13. Dezember 2014 das Zeugnis des Hausarztes vom 11. Dezember 2014 zugestellt. Am 15. Dezember 2014 habe Notar A. der KESB das Gesuch, den Kaufvertrag vom 10. Dezember 2014 zu genehmigen, zugestellt. Daraufhin habe die KESB dem Notar mit Schreiben vom 17. Dezember 2014 mitgeteilt, dass der Kaufvertrag nicht genehmigungsfähig sei. Nach Rücksprache mit Herrn P. E. habe sich Notar A. für die Variante "Vollmacht" entschieden. Der Notar habe Herrn P. E. eine Vollmacht für seine Mutter, die er ihr zur Unterzeichnung geben solle, mit der Bitte um Rücksendung zugestellt, sofern er mit diesem Vorgehen einverstanden sei. Nach Erhalt der Vollmacht habe der Notar seine Urschrift entsprechend angepasst und den Vertrag am 13. Januar 2015 zur Grundbucheintragung eingereicht.

Notar A. begründete sein Vorgehen damit, dass er ja der Urheber des Arztzeugnisses gewesen sei. Weiter sei der Vertrag im Sinne des Willens der Familie der Verkäuferin erfolgt. Sodann hätte eine Ausschreibung des Kaufobjekts zufolge der Preisbeschränkung gemäss dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB; SR 211.412.11) ausser Aufwand und entsprechenden Kosten nichts gebracht. Schliesslich hätten die Käufer als Pächter gemäss BGBB ein Vorkaufsrecht gehabt. Zusammenfassend hielt Notar A. fest, er habe im Interesse der Sache und der Kostenminimierung gehandelt, da es um ein Grundstück mit einem Ertragswert von CHF 14'580.00 gehandelt habe.

**1.3** Mit Verfügung vom 16. Juni 2017 teilte das bei der JGK instruierende Amt für Betriebswirtschaft und Aufsicht (kurz: ABA) Notar A. mit, dass nach einer ersten Durchsicht der Akten nicht von einem blossen Bagatellfall ausgegangen werden könne. Es sei insbesondere zu prüfen, ob ein Verstoss gegen die Wahrheitspflicht vorliege. Das ABA ersuchte daher den Notar, seine Stellungnahme in Bezug auf einen möglichen Verstoss gegen die Wahrheitspflicht zu ergänzen. Weiter wurde der Notar gebeten, sich auch zur strafrechtlichen Relevanz seines Vorgehens zu äussern.

**1.4** Nach gewährter Fristerstreckung reichte Notar A. am 15. August 2017 eine Ergänzung zu seiner Stellungnahme vom 7. Juni 2017 ein. Der Notar führte darin insbesondere aus, er habe keineswegs andeuten wollen, dass es sich aus seiner Sicht um einen blossen Bagatellfall handle. Mit Erhalt der Verfügung des ABA vom 16. Juni 2017 sei es ihm vollends bewusst geworden, was er im Dezember 2014 angestellt habe und dies belaste ihn seither sehr stark. Im

Dezember sei er arbeitsmässig immer unter grossem Druck, da alle Klienten noch alles im alten Jahr erledigen wollen. Er habe in der Hektik übersehen, dass es sich bei Art. 378 ZGB nur um ein medizinisches Vertretungsrecht handle. Er habe keinesfalls die KESB umgehen wollen, sonst hätte er ja nicht extra vorgeschlagen, die KESB beizuziehen.

Notar A. hielt weiter fest, er habe irrtümlicherweise das durchgeführte Vorgehen gewählt, da aus seiner damaligen Sicht der Kauf kaum anders hätte über die Bühne gebracht werden können und er aus seiner langjährigen Praxis auch wisse, wie und wie schnell Ärzte Zeugnisse ausstellen würden. Dies sei ein riesiger Fehler gewesen, wofür er sich in aller Form entschuldige. Damals sei er sich keines Fehlers bewusst gewesen und er habe nur im Sinne der Parteien möglichst einfach die Sache erledigen wollen. Er habe niemanden umgehen wollen.

Notar A. erklärte sodann, dass er bezüglich der Korrektur der Urschrift geglaubt habe, dass ein Notar Änderungen, die Tatsachen betreffen, die er selbst feststellen kann, alleine vornehmen dürfe. Das er damit eine Vorschrift verletzt habe, sei ihm nicht bewusst gewesen. Er entschuldigte sich auch dafür. Er habe nie etwas Unrechtes machen wollen. Dass ihm dies nun trotz aller Erfahrung im Jahresendstress passiert sei, belaste ihn enorm.

Notar A. führte im Weiteren aus, er hoffe, dass es eine Möglichkeit gebe, den betroffenen Kaufvertrag irgendwie im Sinne von Art. 417 ZGB nachträglich von der KESB genehmigen zu lassen. Eine Sanktionierung seiner Verfehlungen störe ihn nicht, jedoch wäre für ihn eine allfällige Rückübertragung des Grundstücks fatal.

**1.5** Mit Verfügung vom 3. Oktober 2017 schloss das ABA den Schriftenwechsel und stellte dem Notar einen Entscheid des Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektors 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 der KESB angezeigte Verhalten von Notar A. disziplinarisch zu ahnden ist.

**3.1** Gemäss Art. 45 Abs. 1 NG ist der Notar disziplinarisch zu bestrafen, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig Berufspflichten verletzt oder gegen Bestimmungen des NG und seiner Ausführungserlasse verstösst. Als Berufspflichten gelten nach Lehre und Rechtsprechung nicht bloss die in Art. 30 ff. NG ausdrücklich als solche bezeichneten Regeln, sondern sämtliche Vorschriften, die ein Notar bei der Berufsausübung 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).

**3.2** Gemäss den vorliegenden Akten gilt folgender Sachverhalt als erwiesen: Am 22. Oktober 2014 fand in Anwesenheit von Notar A. eine Besprechung in Sachen Verkauf des Grundstücks K.-Grundbuchblatt Nr. 242 zwischen Herrn P. E., Sohn der Eigentümerin des Grundstücks Frau F. E.-H., und den Brüdern M. und D. Z. statt. Im Rahmen dieser Besprechung erklärte Herr P. E., dass es der Wille seiner Mutter und auch der Wille von ihm und seinen Geschwistern sei, das Grundstück K.-Grundbuchblatt Nr. 242 den langjährigen Pächtern M. und D. Z. zu verkaufen. Anlässlich dieser Besprechung erwähnte Herr P. E. ebenfalls, dass seine Mutter F. E.-H. gesundheitlich etwas angeschlagen und auch etwas dement sei. Herr P. E. verlangte von Notar A. eine Vollmacht, damit er seine Mutter im geplanten Kaufvertrag vertreten kann. Notar A. riet Herrn P. E. jedoch, den Kaufvertrag nachträglich von der KESB genehmigen zu lassen.

In der Folge redigierte Notar A. einen Vertragsentwurf, den er Herrn P. E. und den Brüdern M. und D. Z. am 20. November 2014 zustellte. In diesem Vertragsentwurf war vorgesehen, dass Herr P. E. seine Mutter gemäss Art. 378 Abs. 1 Ziffer 5 ZGB vertritt und der Vertrag anschliessend der KESB zur Genehmigung eingereicht wird.

Am 10. Dezember 2014 beurkundete Notar A. den Kaufvertrag zwischen Frau F. E.-H., vertreten durch Herrn P. E. gemäss Art. 378 Abs. 1 Ziffer 5 ZGB, und den Herren M. und D. Z. über das Grundstück K.-Grundbuchblatt Nr. 242 (Urschrift Nr. 7230 des Notars). Der Kaufvertrag enthielt in Ziffer II./9. folgenden Genehmigungsvorbehalt: *"Die Genehmigung dieses Vertrags durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde X. bleibt vorbehalten."*

Anlässlich der Beurkundung des Kaufvertrags am 10. Dezember 2014 teilte Notar A. Herrn P. E. mit, dass für die KESB noch ein Arzteugnis von seiner Mutter erforderlich sei, ansonsten die KESB nicht auf das Geschäft eintrete. Daraufhin übermittelte Herr P. E. dem Notar ein ärztliches Zeugnis von Dr. med. L. B. vom 11. Dezember 2014. Aus diesem Zeugnis geht hervor,

dass Frau F. E.-H. aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr fähig ist, Entscheidungen selbst zu treffen sowie Verträge zu unterschreiben.

Mit Schreiben vom 15. Dezember 2014 stellte Notar A. der KESB eine Kopie seiner Urschrift Nr. 7230 vom 10. Dezember 2014 zusammen mit einer Kopie des ärztlichen Zeugnisses betreffend Frau F. E.-H. von Dr. med. L. B. vom 11. Dezember 2014 zu, mit der Bitte den Kaufvertrag über das Grundstück K.-Grundbuchblatt Nr. 242 zu genehmigen. Mit Schreiben vom 17. Dezember 2014 teilte die KESB Notar A. mit, dass der Kaufvertrag als nicht genehmigungsfähig beurteilt werde, da Art. 378 ZGB die Vertretung bei medizinischen Massnahmen betreffe und auf einen Kaufvertrag nicht anwendbar sei.

In der Folge änderte Notar A. seine Urschrift Nr. 7230 vom 10. Dezember 2014 handschriftlich insbesondere wie folgt: Auf der ersten Seite der Urschrift im Anschluss an die Nennung der Vertragspartei Frau F. E.-H., welche durch Herrn P. E. vertreten wird, strich der Notar folgenden Passus durch: *"gemäss Artikel 378 Abs. 1 Ziffer 5 ZGB"*. Stattdessen fügte der Notar folgenden Text ein: *"laut Vollmacht vom 9. Dezember 2014, welche im Original als Beilage Nr. 1 mit dieser Urschrift aufbewahrt wird"*. Zudem strich der Notar den nachfolgenden Genehmigungsvorbehalt gemäss Ziffer II./9. auf Seite fünf der Urschrift durch: *"Die Genehmigung dieses Vertrages durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde X. bleibt vorbehalten."* Schliesslich strich der Notar auf der letzten Seite der Urschrift im Anschluss an die Nennung der Verkäuferin folgenden Text durch: *"Der Vertreter gemäss Art. 378 ZGB"*. Der Notar fügte stattdessen *"Der Bevollmächtigte"* ein. Als Beilage Nr. 1 wurde die Spezialvollmacht vom 9. Dezember 2014, unterzeichnet von Frau F. E.-H., zur Urschrift Nr. 7230 beigelegt. Gemäss dieser Vollmacht bevollmächtigt Frau F. E.-H. ihren Sohn P. E. zur Unterzeichnung des Kaufvertrags mit den Herren M. und D. Z. betreffend das Grundstück K.-Grundbuchblatt Nr. 242. Entgegen den Ausführungen von Notar A. in seiner Stellungnahme vom 7. Juni 2017, wonach die Vollmacht von Frau F. E.-H. erst nach dem negativen Bescheid der KESB vom 17. Dezember 2014 eingeholt worden sei, ist vorliegend davon auszugehen, dass diese Vollmacht bereits vor der öffentlichen Beurkundung des Kaufvertrags am 10. Dezember 2014 vorlag. Dafür spricht der Umstand, dass die unterschriebene Vollmacht vom 9. Dezember 2014 datiert.

Schliesslich meldete Notar A. am 13. Januar 2015 den abgeänderten Kaufvertrag vom 10. Dezember 2014 beim Grundbuchamt Oberland an, worauf dieses das Geschäft prüfte und die Herren M. und D. Z. im Anschluss als neue Miteigentümer des Grundstücks K.-Grundbuchblatt Nr. 242 mit Wirkung ab 14. Januar 2015 im Grundbuch eintrug.

**3.3** Änderungen an Urschriften sind gestützt auf Art. 36 der Notariatsverordnung vom 26. April 2006 (NV; BSG 169.112) möglich. Art. 36 Abs. 1 NV sieht vor, dass in einer Urkunde nicht radiert werden darf, gestrichene Textteile leserlich bleiben müssen und Beifügungen in der Urkunde vorzunehmen sind. Der Notar hat Änderungen in der Urkunde unter Angabe der Anzahl der gestrichenen oder eingefügten Wörter, Ziffern oder Zeichen zu bescheinigen. Bezieht sich die Änderung auf eine Willenserklärung, ist die Bescheinigung auch von den Urkundsparteien zu unterzeichnen (vgl. Art. 36 Abs. 2 NV). Gemäss Art. 36 Abs. 3 NV gelten

sinnändernde Streichungen oder Beifügungen, die nicht unterschriftlich anerkannt sind, als nicht erfolgt.

Die Vorschriften von Art. 36 NV beziehen sich jedoch nur auf Änderungen einer Urkunde während des Beurkundungsverfahrens. Ist die Beurkundung einmal abgeschlossen, können Änderungen nur noch durch eine Nachtragsbeurkundung erfolgen (vgl. Entscheid 26.11 - 16.55 der JGK vom 11. April 2017, E. 2.1; MARTI, Bernisches Notariatsrecht, Bern 1983, N. 3 zu Art. 7 aND; RUF, Notariatsrecht, Langenthal 1995, Rz. 1463; derselbe in Berner Notar [zit. BN] 1993, S. 69 f.; KNB-BADERTSCHER, N. 15 zu Art. 36 NV). Im vorliegenden Fall hat Notar A. seine Urschrift Nr. 7230 vom 10. Dezember 2014 nach Abschluss des Beurkundungsverfahrens geändert. Der genaue Zeitpunkt der Änderung kann der Urschrift nicht entnommen werden. Gemäss den vorliegenden Akten ist jedoch davon auszugehen, dass Notar A. die Urschrift nach Erhalt der Mitteilung der KESB vom 17. Dezember 2014, wonach der Kaufvertrag nicht genehmigungsfähig sei, geändert hat. Damit steht fest, dass im vorliegenden Fall die Vorschriften gemäss Art. 36 NV nicht zur Anwendung gelangen können.

Notar A. hätte die von ihm ausgeführten Änderungen somit im Rahmen eines Nachtrags beurkunden müssen. Indem er nach Abschluss des Beurkundungsverfahrens die nachträglichen Änderungen jedoch gestützt auf Art. 36 NV vornahm, hat er gegen den Grundsatz der Einheit des Aktes (Art. 44 NV) verstossen (vgl. KNB-BADERTSCHER, N. 14 zu Art. 36 NV). Er hat dabei in Kauf genommen, dass das Schlussverbal der Urschrift vom 10. Dezember 2014 nicht mehr mit dem tatsächlichen Verfahrensablauf übereinstimmt. Da das Schlussverbal den Beurkundungszeitpunkt nennt, wird es inhaltlich unwahr, wenn nachträglich eine Änderung am Inhalt der Urkunde vorgenommen wird, ohne dass dies formell in einem Nachtrag mit neuem Schlussverbal (und damit mit neuem und zusätzlichem Beurkundungsdatum) festgehalten wird (vgl. Entscheid 26.11 - 16.55 der JGK vom 11. April 2017, E. 2.2). Notar A. hat seine Urschrift Nr. 7230 am 10. Dezember 2014 beurkundet. Die eingefügten Änderungen erfolgten nachweislich an einem späteren Tag. Daraus ergeben sich zwangsläufig zwei verschiedene Beurkundungsdaten, nämlich der 10. Dezember 2014 und ein späteres, unbekanntes Datum die Änderung betreffend. Dies hat zur Folge, dass das im unveränderten Schlussverbal aufgeführte Datum nur noch teilweise – nämlich in Bezug auf den nicht geänderten Text – richtig und bezüglich des geänderten Inhalts falsch ist und damit der Wahrheit nicht mehr entspricht (vgl. Entscheid 26.11 - 16.55 der JGK vom 11. April 2017, E. 2.2; vgl. auch Entscheid der Notariatskammer vom 19. Mai 1992, BN 1993, S. 66). Da sich die Wahrheitspflicht nicht nur auf den materiellrechtlichen Teil der Urkunde, sondern auch auf die notariatsrechtlichen Teile betreffend den Hergang des Beurkundungsverfahrens (wie insbesondere das Schlussverbal) bezieht (vgl. KNB-PFAMMATTER, N. 7 zu Art. 34 NG), hat Notar A. durch sein Verhalten die Wahrheitspflicht gemäss Art. 34 NG verletzt.

Durch die unzulässigen Änderungen von Notar A. ist im Nachhinein eine unwahre Urkunde entstanden, welcher aufgrund der Unwahrheit die Eigenschaft als öffentliche Urkunde fehlt respektive abhanden gekommen ist (vgl. Art. 24 Bst. d NG i.V.m. Art. 34 NG und Art. 51 NV):

Gemäss Art. 34 NG darf der Notar nur Willenserklärungen und Tatsachen beurkunden, die er selbst vorschriftsgemäss wahrgenommen hat. Gemäss Art. 51 Abs. 1 NV hat er den zu beurkundenden Vorgang oder Zustand möglichst genau festzustellen. Dazu gehört auch die Feststellung des Beurkundungsdatums. Dieser Grundsatz hat auch dann zu gelten, wenn das ursprüngliche Beurkundungsdatum durch Änderungen an der Urkunde erst nachträglich unwahr wird (vgl. Entscheid 26.11 - 16.55 der JGK vom 11. April 2017, E. 2.2).

**3.4** In einem nächsten Schritt gilt es zu prüfen, ob Notar A. eine weitere Berufspflicht verletzt hat, indem er Frau F. E.-H. im Kaufvertrag vom 10. Dezember 2014 durch ihren Sohn P. E. vertreten liess.

**3.4.1** Gemäss Art. 43 Abs. 1 NV prüft der Notar die Identität und Handlungsfähigkeit der Urkundsparteien und bei Vertretungsverhältnissen die Vertretungsbefugnis. Urkundspartei ist, wer in eigenem Namen oder als Vertreter Willenserklärungen beurkunden lässt (vgl. Art. 31 Abs. 1 NV). Nicht Urkundspartei ist jedoch die Vertragspartei, welche sich anlässlich des Beurkundungsverfahrens durch einen Stellvertreter vertreten lässt (vgl. KNB-WOLF N. 2 zu Art. 31 NV mit Verweis auf RUF, Notariatsrecht, Langenthal, 1995, N. 1311). Damit ist zu differenzieren zwischen der Vertragspartei selbst und einem allfälligen Stellvertreter. Zivilrechtlich ist für die Vertragspartei bzw. den Vertretenen grundsätzlich Handlungsfähigkeit im Sinne von Art. 12 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) erforderlich – sowohl für die Vollmachtserteilung als auch als Voraussetzung für den Eintritt der Vertretungswirkung –, während für den Stellvertreter Urteilsfähigkeit im Sinne von Art. 16 ZGB genügt (vgl. WATTER, N. 21 zu Art. 32, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), 6. Aufl., Basel 2015 [zit.: BSK OR I]). Die Prüfungspflicht des Notars hat sich nach der in der Lehre vertretenen Ansicht an dieser materiellrechtlichen Ausgangslage zu orientieren, womit der Notar bei einem Stellvertreter nur die Urteilsfähigkeit zu prüfen hat, bei der Vertragspartei aber die Handlungsfähigkeit (vgl. KNB-WOLF, N. 12 zu Art. 43 NV; RUF, Notariatsrecht, Langenthal 1995, N. 1396). Obwohl die Prüfung der Handlungsfähigkeit eines Vertretenen notariatsrechtlich nicht ausdrücklich verlangt wird, ist diese aber aufgrund zivilrechtlicher Überlegungen erforderlich und gestützt auf Art. 43 Abs. 1 NV i.V.m. Art. 37 NG (Interessenwahrungspflicht) im Rahmen der Prüfung der Vertretungsbefugnis vorzunehmen (vgl. KNB-WOLF, N. 14 zu Art. 43 NV; RUF, Notariatsrecht, Langenthal, 1995; N. 1403). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Urteils- und Handlungsfähigkeit bei erwachsenen Personen grundsätzlich vermutet werden (vgl. BIGLER-EGGENBERGER/FANKHAUSER, N. 40 zu Art. 12 sowie N. 47 zu Art. 16, in: Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), 5. Aufl., Basel 2014 [zit.: BSK ZGB I]). Bei der konkreten Überprüfung der Handlungs- und Urteilsfähigkeit – sowohl hinsichtlich der vertretenen Vertragspartei als auch hinsichtlich des an der öffentlichen Beurkundung mitwirkenden Stellvertreters – stellen sich dem Notar allerdings gewisse Schwierigkeiten. Das Verfahren der öffentlichen Beurkundung gehört wie das Grundbucheintragungsverfahren zur freiwilligen Gerichtsbarkeit. Ein eigentliches Beweisverfahren kann der Notar folglich nicht durchführen. Die Ermittlungspflicht ist daher insofern nur eine beschränkte, als die Urkundsperson die Urteilsfä-



higkeit einer Partei grundsätzlich vermuten darf; andererseits dürfen aber erkennbare Anhaltspunkte für das Fehlen der Urteilsfähigkeit nicht ignoriert werden. Im Normalfall darf demnach der Notar das Vorliegen der Handlungsfähigkeit unterstellen; eine eingehendere Abklärung hat er erst dann vorzunehmen, wenn nach den Umständen Zweifel am Bestehen der Handlungsfähigkeit gegeben sind, wobei diesfalls allerdings schon der geringste Zweifel genügt (vgl. WOLF; Prüfung von Handlungsfähigkeit, Willensmängel und Übervorteilung im Grundbucheintragungsverfahren, recht 1999, S. 69). Hat der Notar im konkreten Fall Zweifel an der Handlungsfähigkeit einer Partei, so hat er dies den Parteien mitzuteilen. Er wird mit der betroffenen Person ein Gespräch führen. Verbleiben Zweifel, so ist die Klientschaft aufzufordern, ein Handlungsfähigkeitszeugnis vorzulegen und gegebenenfalls zusätzlich ein Arztzeugnis beizubringen. Die Beurkundung ist bis zur Vorlage der angebehrten Dokumente grundsätzlich aufzuschieben (vgl. KNB-WOLF, N. 16 zu Art. 43 NV; BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, N. 987). In gewissen Fällen kann jedoch trotz Handlungsunfähigkeit die Beurkundung vorgenommen werden. Das Zivilrecht sieht nämlich bei Vorliegen der Urteilsfähigkeit von Minderjährigen bzw. Personen unter Beistandschaft die Möglichkeit der nachträglichen Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter vor (vgl. Art. 19a ZGB). Diesfalls hat der Notar die Urkundsparteien gestützt auf seine Rechtsbelehrungspflicht (vgl. Art. 35 NG) über die Rechtslage zu orientieren, d.h. auf den bei diesem sog. hinkenden Rechtsgeschäft eintretenden Schwebezustand hinzuweisen (vgl. KNB-WOLF, N. 13 zu Art. 43 NV). Dagegen darf der Notar bei offensichtlicher Urteilsunfähigkeit einer mitwirkenden Person die Beurkundung nicht vornehmen. In diesem Fall hat der Notar gestützt auf Art. 31 Abs. 1 Bst. c NG die Rogation abzulehnen (vgl. KNB-WOLF, N. 13 zu Art. 43 NV). So sieht denn auch Art. 18 ZGB vor, dass eine urteilsunfähige Person (unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen) durch ihre Handlungen keine rechtliche Wirkung herbeiführen kann.

**3.4.2** Im vorliegenden Fall hätte Notar A. die Urteils- respektive Handlungsfähigkeit von F. E.-H., als vertretene Vertragspartei, gestützt auf Art. 43 Abs. 1 NV i.V.m. Art. 37 NG prüfen müssen. Seit der Besprechung vom 22. Oktober 2014 hatte der Notar aufgrund von Aussagen von Herrn P. E. Kenntnis davon, dass Frau F. E.-H. gesundheitlich angeschlagen und auch dement sei. Ab diesem Zeitpunkt durfte der Notar folglich nicht mehr von der Vermutung ausgehen, dass die Verkäuferin urteilsfähig ist, weshalb auch kein Anwendungsfall von Art. 19 ZGB bzw. von Art. 19a ZGB der nachträglichen Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter in Frage kam. Bei dieser Ausgangslage hätte der Notar in Übereinstimmung mit der unter Ziffer 3.4.1 hievorigen zitierten Lehre die Urteilsfähigkeit von Frau F. E.-H. mittels eines Arztzeugnisses überprüfen und das Beurkundungsverfahren grundsätzlich bis zur Vorlage eines solchen Zeugnisses aufschieben müssen. Dies umso mehr, als der Notar selbst davon ausging, dass die Verkäuferin urteilsunfähig ist, da er diese doch anlässlich der Beurkundung des Kaufvertrags am 10. Dezember 2014 ursprünglich gestützt auf Art. 378 Abs. 1 Ziffer 5 ZGB – welcher die Vertretung *urteilsunfähiger* Personen bei medizinischen Massnahmen regelt – durch ihren Sohn P. E. vertreten lassen wollte. Wie von der KESB zu Recht geltend gemacht, wählte der

Notar mit Art. 378 Abs. 1 Ziffer 5 ZGB aber das falsche Vorgehen, regelt doch Art. 377 f. ZGB wie erwähnt die Vertretung urteilsunfähiger Personen bei *medizinischen Massnahmen*.

Zugunsten des Notars ist jedoch festzuhalten, dass er anlässlich der Beurkundung des Kaufvertrags am 10. Dezember 2014 die Prüfung der Urteilsfähigkeit von Frau F. E.-H. doch noch an die Hand nahm, indem er deren Sohn P. E. aufforderte, für seine Mutter ein ärztliches Zeugnis einzuholen. Gemäss dem in der Folge von Dr. med. L. B. am 11. Dezember 2014 ausgestellten Arztzeugnis ist Frau F. E.-H. aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr fähig, Entscheidungen selbst zu treffen sowie Verträge zu unterschreiben. Die Frage, ob der Notar mit dieser erst am Beurkundungstag eingeleiteten Überprüfung der Urteilsfähigkeit der Verkäuferin die Interessenwahrungspflicht gemäss Art. 37 NG verletzt hat, kann hier mit Blick auf die nachfolgenden Ausführungen jedoch offen gelassen werden.

Fest steht nämlich, dass der Notar so oder so die Interessenwahrungspflicht gemäss Art. 37 NG verletzt hat, indem er nach dem negativen Bescheid der KESB vom 17. Dezember 2014 – trotz Kenntnis des unterdessen vorliegenden Arztzeugnisses von Dr. med. L. B. vom 11. Dezember 2014 – die von ihm vorbereitete und von Frau F. E.-H. am 9. Dezember 2014 unterzeichnete Vollmacht für deren Vertretung durch ihren Sohn P. E. im Kaufvertrag vom 10. Dezember 2014 nachträglich verwendete. Nach Vorliegen des Arztzeugnisses von Dr. med. L. B. vom 11. Dezember 2014, wonach Frau F. E.-H. aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr fähig ist, Entscheidungen selbst zu treffen sowie Verträge zu unterschreiben, durfte der Notar nicht mehr der Überzeugung sein, dass die Verkäuferin urteilsfähig ist. Aufgrund der Aussage von Herrn P. E. am 22. Oktober 2014 sowie der Formulierung im genannten Arztzeugnis und dem fortgeschrittenen Alter von Frau F. E.-H. musste der Notar zudem davon ausgehen, dass die gesundheitliche Beeinträchtigung der Verkäuferin nicht erst ab dem 11. Dezember 2014, sondern bereits im Zeitpunkt der Vollmachtserteilung am 9. Dezember 2014 bestanden hatte. Der Notar hatte es denn auch im damaligen Zeitpunkt unterlassen, selbst oder durch einen anderen Notar die Unterschrift der vertretenen Verkäuferin auf der Vollmacht zu beglaubigen und dabei bereits dazumal deren Handlungsfähigkeit zu bescheinigen. Bei dieser Ausgangslage war es dem Notar untersagt die Vollmacht vom 9. Dezember 2014 für die Vertretung der Verkäuferin durch ihren Sohn im Kaufvertrag vom 10. Dezember 2014 nachträglich zu verwenden. Der Notar hat damit, wie eingangs erwähnt, die Interessenwahrungspflicht gemäss Art. 37 NG verletzt.

**3.4.3** Aufgrund der nachträglichen Verwendung der Vollmacht vom 9. Dezember 2014 für die Vertretung von Frau F. E.-H. durch ihren Sohn P. E. im Kaufvertrag vom 10. Dezember 2014 stellt sich zudem die Frage, ob Notar A. damit – zusätzlich zur bereits festgestellten Verletzung der Wahrheitspflicht infolge des unwahren Beurkundungsdatums (vgl. Ziffer 3.3 hievore) – erneut gegen die Wahrheitspflicht gemäss Art. 34 NG verstossen hat.

Gemäss Art. 34 Abs. 2 NG ist eine Urkunde wahrheitsgetreu und klar abzufassen. Gemäss Lehre liegt eine wahre öffentliche Urkunde dann vor, wenn der Inhalt der Urkunde übereinstimmt mit der – in Anwendung der aktuell anerkannten juristischen Methode für die Tatsa-

chen- und Rechtsfindung gewonnen – Überzeugung der Urkundsperson über das tatsächliche Vorhandensein und die rechtliche Zulässigkeit bestimmter juristischer Tatsachen (vgl. EICHENBERGER, Die Wahrheitspflicht der an der öffentlichen Beurkundung Beteiligten im Spannungsverhältnis zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht, Bern 2009, N. 98).

Aufgrund der vorliegenden Aktenlage ist davon auszugehen, dass es Frau F. E.-H. im Zeitpunkt der Vollmachtenerteilung am 9. Dezember 2014 an der notwendigen Urteilsfähigkeit zur Erteilung einer rechtsgültigen Vollmacht gefehlt hat, was gegen eine gültige Vertretungsmacht des Sohnes P. E. spricht. Dennoch änderte der Notar nach dem Einwand der KESB vom 17. Dezember 2014 seine Urschrift Nr. 7230 vom 10. Dezember 2014 insofern handschriftlich ab, als Frau F. E.-H. im Kaufvertrag über das Grundstück K.-Grundbuchblatt Nr. 242 zwar nach wie vor durch ihren Sohn P. E. vertreten wird, dies neu jedoch gestützt auf die Vollmacht vom 9. Dezember 2014 und nicht mehr gestützt auf Art. 378 Abs. 1 Ziffer 5 ZGB. Der Notar stellte damit im Ingress des Kaufvertrags vom 10. Dezember 2014 – im Rahmen einer Sachbeurkundung (vgl. BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, N. 2104) – nachträglich fest, dass die Verkäuferin durch ihren Sohn gemäss Vollmacht vom 9. Dezember 2014 vertreten wird. Bei dieser Ausgangslage muss angenommen werden, dass zwischen dem Inhalt der Urkunde, gemeint ist hier das vom Notar festgestellte Vertretungsverhältnis zwischen der Verkäuferin und ihrem Sohn, und der vom Notar aufgrund des Arztzeugnisses vom 11. Dezember 2014 gewonnenen Überzeugung über das tatsächliche Vorhandensein der Urteilsfähigkeit der Verkäuferin keine Übereinstimmung besteht. Demnach erscheint die Feststellung im Ingress der Urschrift Nr. 7230 des Notars, wonach die Verkäuferin durch ihren Sohn rechtsgültig vertreten wird, als unwahr. Insofern hat der Notar damit keine wahrheitsgetreue Urkunde abgefasst, was eine Verletzung der Wahrheitspflicht gemäss Art. 34 Abs. 2 NG zur Folge hat.

**3.4.4** Festzuhalten bleibt dass Notar A. im vorliegenden Fall gemäss Schlussverbal des Kaufvertrags vom 10. Dezember 2014 die Handlungsfähigkeit der an der öffentlichen Beurkundung mitwirkenden Personen geprüft hat. Es waren dies die Urkundsparteien P. E. sowie M. und D. Z.. Insofern ist der Notar damit seiner Pflicht zur Prüfung der Handlungsfähigkeit der Urkundsparteien aus Art. 43 Abs. 1 NV nachgekommen. Da an der Handlungsfähigkeit der Urkundsparteien keine Zweifel bestanden, hat der Notar mit seinem Schlussverbal auch keine weitere Verletzung der Wahrheitspflicht gemäss Art. 34 NG begangen, bezieht sich doch das Schlussverbal nur auf die Handlungsfähigkeit der Urkundsparteien und nicht auch auf die Handlungsfähigkeit der vertretenen Vertragspartei.

**3.5** In notariatsrechtlicher Hinsicht ist insbesondere aufgrund der unzulässigen Änderung der Urschrift Nr. 7230 im Zusammenhang mit dem Beurkundungsdatum im Nachhinein eine unwahre Urkunde entstanden, welcher aufgrund der Unwahrheit die Eigenschaft als öffentliche Urkunde abhanden gekommen ist (vgl. Ziffer 3.3 hievore). Aus diesem Grund stellt sich die Frage, ob die KESB den Kaufvertrag vom 10. Dezember 2014 nachträglich noch genehmigen kann, nicht mehr.

#### 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).

Von einem leichten Fall im Sinne von Art. 45 Abs. 2 NG kann vorliegend schon angesichts des Umstandes, dass die Verletzung der Wahrheits- und Interessenwahrungspflicht die Verletzung von zentralsten Berufspflichten bedeutet, nicht die Rede sein. Notar A. ist daher mit einer disziplinarischen Sanktion zu belegen.

**4.2** 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).

**4.3** Die JGK würdigt das Verschulden von Notar A. als besonders schwer. Der Notar hat mit der Wahrheits- und Interessenwahrungspflicht zentralste notarielle Berufspflichten verletzt.

Zudem ist dem öffentlich beurkundeten Kaufvertrag vom 10. Dezember 2014 aufgrund der Verletzung der Wahrheitspflicht die Eigenschaft als öffentliche Urkunde abhanden gekommen. Der Notar hat damit die Rechtssicherheit gefährdet und dem Vertrauen der Klientschaft in das bernische Notariat erheblich geschadet. Im vorliegenden Fall fällt jedoch die aufgrund des Arzzeugnisses vom 11. Dezember 2014 als unwahr zu geltende Feststellung des Notars, wonach Frau F. E.-H. rechtswirksam durch ihren Sohn vertreten werde, besonders schwer ins Gewicht. Die Registerbehörden (Grundbuch- und Handelsregisteramt) müssen sich auf die Feststellungen eines Notars zur Handlungsfähigkeit einer Vertragspartei verlassen können. Es muss daher eine Busse am obersten Strafrahmen ausgesprochen werden. Zugunsten des Notars ist jedoch zu berücksichtigen, dass er sein Fehlverhalten eingesehen hat. Zugunsten des Notars ist ebenfalls festzuhalten, dass seine bisherige Berufsausübung – soweit ersichtlich – zu keinen Beanstandungen geführt hat. Aufgrund dieser Umstände erscheint vorliegend eine Busse in der Höhe von CHF 18'000.00 als angemessen.

In einem Wiederholungsfall müsste umgehend die disziplinarische Löschung aus dem Notariatsregister geprüft werden.

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 von notariellen Berufspflichten zu einer **Busse** von **CHF 18'000.00** 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)
  - KESB X., ..... (mit A-Post)

Der Justiz-, Gemeinde-  
und Kirchendirektor

Christoph Neuhaus  
Regierungsrat

**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.