

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

Unser Zeichen: 26.11 - 16.18 JAD
Ihr Zeichen:

Bern, 30. Januar 2017

DIE JUSTIZ-, GEMEINDE- UND KIRCHENDIREKTION DES KANTONS BERN



hat in der Disziplinarsache gegen

Notar A.,

betreffend

Verletzung der Ausstandspflicht gemäss Art. 32 Abs. 1 Bst. d Notariatsgesetz (NG)¹

in Erwägung:

1.

1.1 Mit Schreiben vom 12. Januar 2016 übermittelte der Grundbuchverwalter des Grundbuchamtes X., Dienststelle F., dem Notariatsinspektor die Grundbuchakten betreffend die Errichtung eines Schuldbriefes auf der Liegenschaft R.-GbbL. Nr. 2379. Dem Schreiben lagen folgende Akten in Kopie bei: die Grundbuchanmeldung vom 8. Dezember 2015, die Grundbuchausfertigung der Urschrift Nr. 1348 gleichen Datums von Notar A., die Aufforderung des Grundbuchverwalters an den Notar zur Stellungnahme zur Frage der Ausstandspflicht vom 21. Dezember 2015 und die Stellungnahme von Notar A. vom 24. Dezember 2015.

¹ BSG 169.11.

1.2 Mit Schreiben vom 20. Januar 2016 forderte der Notariatsinspektor Notar A. auf, zur Frage der Verletzung der Ausstandspflicht Stellung zu nehmen und seiner Stellungnahme Kopien sämtlicher Akten des zum Grundpfandvertrag gehörenden Dossiers, insbesondere eine Kopie der Einlieferungsverpflichtung, beizulegen. Mit Schreiben vom 19. Februar 2016 nahm Notar A. Stellung und legte seinem Schreiben eine Kopie seiner «Beurkundungs- und Anmeldungsbestätigung für die Errichtung von neuen Register-Schuldbriefen» (kurz: Einlieferungsverpflichtung) vom 10. Dezember 2015 bei. Die amtlichen Akten wurden vom Notariatsinspektor ergänzt durch einen Internet-Handelsregisterauszug vom 19. Januar 2016 betreffend die Bank B.-AG. Aus diesem ist ersichtlich, dass Notar A. im Handelsregister seit dem 6. Juni 2006 als Verwaltungsratsmitglied dieser Gesellschaft ohne Zeichnungsberechtigung eingetragen ist.

2.

2.1 Aus den vorliegenden Unterlagen ergibt sich folgender Sachverhalt: Mit Grundpfandvertrag vom 8. Dezember 2015 beurkundete Notar A. die Errichtung eines Register-Eigentümerschuldbriefes von Fr. 250'000.--, lastend im 7. Rang auf R.-Gbbl. Nr. 2379. In Ziffer 4 der öffentlichen Urkunde wurde der Notar vom Grundeigentümer und Schuldner ermächtigt, «diesen Register-Eigentümerschuldbrief durch Indossament auf eine» von diesem «genannte Bank (Bank B.-AG) zu übertragen sowie die nötigen Unterschriften zu leisten und der Bank die entsprechende Bescheinigung auszuhändigen.» Am 8. Dezember 2015 meldete Notar A. den Grundpfandvertrag beim Grundbuchamt X., Dienststelle F., zur Einschreibung in das Grundbuch an. Am 10. Dezember 2015 stellte er zuhanden der Bank B.-AG eine Einlieferungsverpflichtung für den neuen Register-Schuldbrief aus. In dieser wurde zwar als Grundpfandgläubiger noch der Grundeigentümer angegeben, jedoch mit der Anmerkung, dass der Gläubigerwechsel – gemeint ist die Übertragung des Schuldbriefes mittels Indossament an die Bank – nach erfolgter Ausstellung der Bescheinigung beim Grundbuchamt beantragt werde. Mit Indossament vom 1. März 2016 übertrug der Notar den Eigentümerschuldbrief schliesslich an die Bank B.-AG.

2.2 In seiner Stellungnahme an das Grundbuchamt vom 24. Dezember 2015 zur Frage der Verletzung der Ausstandspflicht macht der Notar geltend, der Grundpfandschuldner habe ihm in der öffentlichen Urkunde zur Errichtung des Register-Eigentümerschuldbriefes die Vollmacht erteilt, diesen durch Indossament an die von ihm gewünschte Bank zu übertragen. Um die Notariatskosten, welche ja in fernerer und näherer Vergangenheit immer

wieder von verschiedenen Seiten her thematisiert worden seien, nicht unnötig höher werden zu lassen, habe er auf das Ausstellen einer separaten Spezialvollmacht verzichtet und sich im Rahmen der öffentlichen Urkunde zu seinem Tun ermächtigen lassen. Schliesslich entspreche dieses Vorgehen gemäss seinem Dafürhalten dem Tatbestand von Art. 32 Abs. 4 NG², gemäss welchem der Notar nicht ausgeschlossen ist, wenn er in der Urkunde mit weiteren haupt- oder nebenberuflichen Geschäften betraut wird. Die Stellungnahme des Notars an den Notariatsinspektor vom 19. Februar 2016 stimmt mit derjenigen an den Grundbuchverwalter wörtlich überein. Zusätzlich wirft der Notar die Frage auf, weshalb nun neun Jahre nach Inkrafttreten des neuen Notariatsgesetzes gegen ihn vorgegangen werde, nachdem er seit Jahren in der hier zur Diskussion stehenden Weise Schuldbriefe errichtet habe.

3.

3.1 Gemäss Art. 32 Abs. 1 Bst. d NG darf der Notar bei der Errichtung einer öffentlichen Urkunde und bei den damit im Zusammenhang stehenden Berufsfunktionen nicht mitwirken, hat die Rogation deshalb abzulehnen (Art. 31 Abs. 1 Bst. a NG) und somit in den Ausstand zu treten, wenn bei der Beurkundung einer Willenserklärung eine juristische Person beteiligt ist, bei der er einem zur Vertretung befugten Organ angehört oder für welche er die Unterschrift führt. Die gesetzlichen Ausstandsgründe sollen im öffentlichen Interesse verhindern, dass der Notar als Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine dem Notariat vorbehaltene öffentliche Beurkundung vornimmt in Fällen, in denen seine Unabhängigkeit und Objektivität in Zweifel gezogen werden könnten; die Ausstandspflicht ist zwingend (Entscheid der Notariatskammer des Kantons Bern vom 3. März 1987, in: BN 1988, S. 170 ff., 173; MARTI, Bernisches Notariatsrecht, Bern 1983, N. 1f. zu Art. 27 aNG; KNB³-WOLF, N. 2 und 11 zu Art. 32 NG mit Hinweisen). Die ausstandsrechtliche Erfassung des zur Vertretung befugten Organs bedeutet eine Verschärfung gegenüber dem früheren Recht. Damit sollte insbesondere ausgeschlossen werden, dass ein Notar Grundpfandverträge zugunsten einer Bank beurkunden kann, wenn er deren Verwaltungsrat angehört, auch wenn er nicht zeichnungsberechtigt ist (KNB-WOLF, N. 74 zu Art. 32 NG mit Hinweisen).

² BSG 169.11.

³ Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, herausgegeben von Prof. Dr. Stephan Wolf, Bern 2009.

3.2 Der Grundpfandvertrag zur Errichtung eines Namensschuldbriefes zugunsten eines Dritten, in der Regel einer Bank, stellt ein zweiseitiges Rechtsgeschäft dar, bei welchem der Grundeigentümer als Schuldner und die Bank als Gläubigerin – wenn auch nur stillschweigend (vgl. BSK⁴ ZGB II-CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN, Art. 799 N 8) – in Erscheinung treten und eine Willenserklärung abgeben. Der Vertrag bedarf zu seiner Verbindlichkeit der öffentlichen Beurkundung (Art. 799 Abs. 2 ZGB⁵). Die Besonderheit des Vertragsabschlusses liegt im Kanton Bern darin, dass die Mitwirkung der Bank bzw. die Anwesenheit ihrer Vertreter bei der Beurkundung der Pfandrechtserrichtung nicht erforderlich ist (Art. 110 des Gesetzes betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [EG ZGB]⁶). Ist der Notar im Handelsregister als Verwaltungsrat der Gläubigerbank – sei es mit oder ohne Zeichnungsberechtigung – eingetragen, kommt beim Grundpfandvertrag ohne weiteres die Ausstandsregel von Art. 32 Abs. 1 Bst. d NG zum Tragen (dazu KNB-WOLF, N. 74 zu Art. 32 NG mit Hinweisen; CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, Rz. 2602).

3.3

Bei der Errichtung eines Eigentümerschuldbriefes bekennt der Schuldner und Grundeigentümer im Hinblick auf die Titellerrichtung, sich selbst die im Titel aufgeführte Geldsumme zu schulden (BSK ZGB II-DANIEL STAEHELIN, Art. 842 N 18). Anders als bei der Errichtung eines Namensschuldbriefes handelt es sich nicht um ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, sondern um eine einseitige Erklärung. Die Bezeichnung der Urschrift Nr. 1348 von Notar A. als «Grundpfandvertrag zur Errichtung eines Register-Eigentümerschuldbriefes» ist deshalb zumindest irreführend. Ebenso wie der Grundpfandvertrag zur Errichtung eines Namensschuldbriefes bedarf auch die Errichtung eines Eigentümerschuldbriefes seit dem 1. Januar 2012 der öffentlichen Beurkundung (Art. 799 Abs. 2 ZGB in der Fassung vom 11. Dezember 2009). Die Ausstandsregel von Art. 32 Abs. 1 Bst. d NG ist hier grundsätzlich nur dann zu beachten, wenn eine im Sinne von Art. 32 NG unzulässige Nähe des Notars zur Urkundspartei besteht. Wenn aber – wie im vorliegenden Fall – der Notar in der Errichtungsurkunde bevollmächtigt resp. beauftragt wird, den neu errichteten Schuldbrief an eine vom Grundeigentümer und Schuldner genannte Bank, vorliegend an die Bank B.-AG, zu übertragen und somit in einen Namensschuldbrief umzuwandeln, ist zu prüfen, ob eine Umgehung der Aus-

⁴ Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch II, HONSELL, VOGT, GEISER (Hrsg.), Basel 2015.

⁵ SR 210.

⁶ BSG 211.1.

standspflicht im Sinne einer Gesetzesumgehung vorliegt. Denn wäre von Anfang an ein Namensschuldbrief zugunsten der Bank errichtet worden, wäre die Ausstandspflicht des Notars zu beachten gewesen (siehe Ziff. 3.2 oben).

3.4 Eine Gesetzesumgehung besteht darin, dass der Wortlaut einer Verbotsnorm zwar beachtet, ihr Sinn dagegen missachtet wird; ob eine Umgehung vorliegt, hängt davon ab, wie die Norm nicht nur nach ihrem Wortlaut, sondern auch nach ihrem Sinn und Zweck auszulegen ist (BGE 104 II 206 E. b mit Hinweisen; BGE 114 Ib 15; Entscheid JGK 26.11-08.74 vom 19. Mai 2011). Sinn und Zweck der Ausstandsvorschrift von Art. 32 Abs. 1 Bst. d NG ist es, im öffentlichen Interesse zu verhindern, dass der Notar als Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine dem Notariat vorbehaltene öffentliche Beurkundung vornimmt in Fällen, in denen seine Unabhängigkeit und Objektivität in Zweifel gezogen werden könnten (siehe Ziffer 3.1 oben). In seiner Funktion als Mitglied des Verwaltungsrates der Bank B.-AG hat Notar A. eine derartige Nähe zur Bank, dass sie ihn als Urkundsperson bei Geschäften zwischen der Bank und Dritten tatsächlich als befangen erscheinen lassen. Im vorliegenden Fall beurkundete er zwar die Errichtung eines Eigentümerschuldbriefes. Für dieses Geschäft bestand nach dem Wortlaut von Art. 32 Abs. 1 Bst. d NG grundsätzlich keine Ausstandspflicht, da die Bank B.-AG als Gläubigerin formell nicht beteiligt war. Aus der in der öffentlichen Errichtungsurkunde enthaltenen Ermächtigung, den Schuldbrief an eine vom Grundeigentümer «genannte Bank (Bank B.-AG)», zu übertragen, und der bereits zwei Tage später, nämlich am 10. Dezember 2015 gegenüber der Bank abgegebenen Einlieferungsverpflichtung geht jedoch klar hervor, dass von Anfang an die Absicht bestand, der Bank einen Namensschuldbrief einzuliefern. Dass nicht von Beginn an ein solcher errichtet wurde, hängt ganz offensichtlich damit zusammen, dass Notar A. diesfalls in den Ausstand hätte treten müssen. Der Umweg über die Indossierung wäre bei einem Grundpfandvertrag zur Errichtung eines Namensschuldbriefes entfallen, allerdings mit der Konsequenz, dass Notar A. hätte in den Ausstand treten müssen. Die Gesetzesumgehung ist damit offenkundig.

3.5 Der Hinweis des Notars, sein Vorgehen entspreche dem Tatbestand von Art. 32 Abs. 4 NG, wonach der Notar nicht ausgeschlossen ist, wenn er in der Urkunde mit weiteren haupt- oder nebenberuflichen Geschäften betraut wird, ist unbehelflich. Zwar stellt die Indossierung eines Schuldbriefes tatsächlich eine weitere (nebenberufliche) Tätigkeit des Notars dar und ist vom Errichtungsgeschäft grundsätzlich losgelöst zu betrachten; dagegen ist – wie oben ausgeführt – festzuhalten, dass die Indossierung des Eigentü-

merschuldbriefes vorliegend einzig der Umgehung der Ausstandspflicht diene. Die gleiche Betrachtungsweise gälte im Übrigen auch dann, wenn die Übertragungsvollmacht ausserhalb der öffentlichen Urkunde erteilt worden wäre. Auch in diesem Fall wäre die von Anfang an bestehende Absicht, den Eigentümerschuldbrief sogleich in einen Namensschuldbrief umzuwandeln, klar ersichtlich.

3.6 Der Notar macht geltend, er sei seit dem Frühjahr 2006 Mitglied des Verwaltungsrates der Bank B.-AG und habe seither in der hier zur Diskussion stehenden Weise Schuldbriefe errichtet, ohne dass sich irgendwelche Probleme ergeben hätten. Diese Argumentation mag zwar richtig sein, ändert an der rechtlichen Lage jedoch nichts. Bis am 31. Dezember 2011 musste die Errichtung von Eigentümerschuldbriefen nicht öffentlich beurkundet werden, weshalb sich die Frage der Ausstandspflicht des Notars gar nicht stellte. Wenn der Grundbuchverwalter seither und aus welchen Gründen auch immer Schuldbrieferrichtungen der vorliegenden Art entgegengenommen hat, ändert dies an der Beurteilung der Ausstandspflicht und Gesetzesumgehung nichts, ist aber bei der Bemessung der Disziplinar-massnahme zu berücksichtigen.

4.

4.1 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 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 schon angesichts des Umstandes, dass die Verletzung der Ausstandspflicht die Verletzung einer der zentralsten Berufspflichten bedeutet, nicht die Rede sein. Notar A. ist deshalb mit einer disziplinarischen Sanktion zu belegen.

4.2 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 (POLENDÄ, 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 Gesetzesumgehung, die dem Notar bei näherer Betrachtung und der gebotenen Sorgfalt hätte bewusst sein müssen, fällt der Verweis als die leichteste Variante der Disziplinar massnahmen weg, weshalb eine Busse auszusprechen ist.

4.3 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 Verhalten nicht zulässig war. Eine solche Prüfung hat er offensichtlich unterlassen; sie hätte sich spätestens ab dem 1. Januar 2012, als die öffentliche Beurkundung auch für die Errichtung von Eigentümerschuldbriefen eingeführt wurde, aufgedrängt. Zugunsten des Notars ist zu berücksichtigen, dass der Grundbuchverwalter – aus welchen Gründen auch immer – die Vorgehensweise des Notars nie beanstandet hat. Erschwerend fällt dagegen ins Gewicht, dass Notar A. bereits vor knapp einem Jahr zu einer Busse von Fr. 1'000.-- als Disziplinar massnahme wegen der Verletzung von Berufspflichten verurteilt worden ist (Entscheid JGK vom 29. April 2016, 26.11-15.35). Unter diesen Umständen erscheint eine Busse von Fr. 2'000.-- als angemessen.

5.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Kosten nach den Grundsätzen von Art. 107 Abs. 1 VRPG i.V.m. Art. 8 der Verordnung über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung; GebV; BSG 154.21) Notar A. auferlegt.

erkannt:

1. Notar A. wird wegen der Verletzung von notariellen Berufspflichten zu einer Busse von **CHF 2'000.--** verurteilt.
2. Die Kosten des Verfahrens, bestimmt auf CHF 600.--, werden Notar A. auferlegt.
3. Diese Verfügung ist Notar A. mit eingeschriebenem Brief zu eröffnen.

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.