

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

Unser Zeichen: 26.11 - 08.74 JAD
Ihr Zeichen:

Bern, 19. Mai 2011

DIE JUSTIZ-, GEMEINDE- UND KIRCHENDIREKTION DES KANTONS BERN



hat in der Disziplinarsache gegen

Notar X

betreffend

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

in Erwägung:

1.

1.1 Am 9. März 2007 beurkundete Notar X einen Kaufvertrag zwischen Frau A als Verkäuferin und der B GmbH als Käuferin betreffend die Liegenschaft Nr. 1000 sowie einen Grundpfandvertrag zur Errichtung von drei Namensschuldbriefen zwischen der B GmbH und der C Bank betreffend die gleiche Liegenschaft. Seitens der B GmbH wurden beide Verträge vom damaligen Büropartner des Notars, nämlich von Notar Y, unterzeichnet; dieser führte als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer Einzelunterschrift für die Gesellschaft.

¹ BSG 169.11.

Gemäss Eintrag im Handelsregister des Kantons Bern führte Notar X für die B GmbH Einzelunterschrift, die am 28. Februar 2007 (Datum der Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt [SHAB] am 6. März 2007) gelöscht und am 15. März 2007 (Publikation im SHAB am 21. März 2007) wiederum eingetragen wurde. Die Beurkundungen des Kauf- und Grundpfandvertrages fielen demnach genau in diejenige kurze Zeitspanne, in welcher Notar X für die B GmbH laut Handelsregister nicht zeichnungsberechtigt war. Sowohl der Kaufvertrag wie auch der Grundpfandvertrag wurden am 21. März 2007 beim Grundbuchamt VIII Bern-Laupen angemeldet. Gegen Notar X wurde in der Folge wegen Verdachts auf Vorliegen einer Umgehung der Ausstandspflicht (Art. 32 Abs. 1 lit. d NG) ein Aufsichtsverfahren eröffnet.

1.2 In seiner Stellungnahme vom 29. Mai 2008 führt Notar X aus, es sei unbestritten, dass er bis am 28. Februar 2007 für die B GmbH Einzelunterschrift geführt habe und diese ab dem 15. März 2007 wiederum führe. Sein Bürokollege, Notar Y, sei einziger Gesellschafter mit einem Stammanteil von Fr. 200'000.-- und einziger Geschäftsführer der Gesellschaft. Aus den Bilanzen der B GmbH per 31. Dezember 2006 und 2007 gehe hervor, dass er selber weder stiller Teilhaber noch finanziell in irgendeiner Art und Weise an der Gesellschaft beteiligt noch wirtschaftlich berechtigt sei. Aus den Erfolgsrechnungen 2006 und 2007 sei ersichtlich, dass er als Zeichnungsberechtigter keine Entschädigungen (Lohn, Honorare) irgendwelcher Art für eine Tätigkeit für die Gesellschaft erhalten habe, da diese seit dem Erwerb durch Notar Y nachweislich keine Geschäftstätigkeit entwickelt habe mit Ausnahme des Haltens der Liegenschaft Nr. 1000. Einziger Hintergrund der ihm vom Alleininhaber Y erteilten Einzelunterschrift stelle die Überbrückung von Absenzen des einzigen Geschäftsführers dar. Er habe bis anhin als Zeichnungsberechtigter der B GmbH nachweislich kein einziges Rechtsgeschäft abgeschlossen und sei für die Gesellschaft keine Verpflichtungen eingegangen. Ursprünglich habe Notar Y die Liegenschaft Nr. 1000 selber kaufen wollen, habe sich jedoch aus steuerlichen Überlegungen dazu entschlossen, den Kauf über die B GmbH abzuwickeln. Im Hinblick auf die Beurkundung des Kaufvertrages sei im Lichte von Art. 32 Abs. 1 lit. d NG seine Zeichnungsberechtigung für die Gesellschaft im Handelsregister gelöscht worden. Die mit Datum vom 15. März 2007 erfolgte Wiedereintragung der Einzelunterschrift zu seinen Gunsten habe einzig und allein der Überbrückung von Absenzen des einzigen Geschäftsführers gedient. Aus diesem Sachverhalt ergebe sich, dass die Löschung seiner Einzelunterschrift für die B GmbH tatsächlich im Hinblick auf die Beurkundung des Kaufvertrages erfolgt sei. Die Wiedereintragung seiner Zeichnungsberechtigung habe jedoch

einzig den Zweck der Vermeidung der Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft verfolgt. Aus der Löschung und nachträglichen Wiedereintragung eine Umgehung der Ausstandspflicht des Notars im Sinne von Art. 32 Abs. 1 lit. d NG abzuleiten, sei seines Erachtens rechtlich nicht haltbar. Als Bürokollege von Notar Y geniesse er dessen Vertrauen in sämtlichen persönlichen und geschäftlichen Belangen. Insbesondere besitze er eine Vollmacht, um über sämtliche Konti betreffend aller im Privateigentum von Notar Y stehenden Liegenschaften vollumfänglich und unbegrenzt zu verfügen. Dass mit der Löschung und der nachträglichen Wiedereintragung seiner Einzelunterschrift eine Umgehung der Ausstandspflicht angenommen werde, sei schon daher abzulehnen, weil der Grund der Ausstandspflicht in der Idee des Gesetzgebers liege, dass der Notar als Organ der staatlichen, freiwilligen Gerichtsbarkeit objektive und unabhängige (unparteiische) Beurkundungen vorzunehmen habe (SANTSCHI, Ausstandspflicht, Rz. 84 ff.). Die Ausstandsgründe wollten im öffentlichen Interesse bereits jeden Anschein verhindern, dass der Notar nicht objektive und unabhängige Beurkundungen vornehme (RUF, Notariatsrecht, Rz. 721). Im vorliegenden Fall wäre die Beurkundung des Kaufvertrages mit Notar Y als Privatperson als Käuferschaft durch ihn als Büropartner zulässig gewesen. Umso paradoxer sei unter den vorliegenden Umständen die Annahme der Umgehung der Ausstandspflicht. Mithin würde sich – im Falle der Annahme einer Umgehung der Ausstandspflicht durch den Notar – ja selbst die Frage stellen, zu welchem Zeitpunkt dann bzw. ob überhaupt eine Wiedereintragung der Unterschrift des beurkundeten Notars zulässig wäre.

In seiner Eingabe vom 27. April 2011 bestätigt resp. ergänzt Notar X seine Stellungnahme durch den Hinweis, er sei weder stiller Teilhaber noch finanziell in irgend einer Weise an der B GmbH beteiligt oder wirtschaftlich berechtigt gewesen. Er habe auch keine Entschädigungen irgendwelcher Art für das Führen der Einzelunterschrift erhalten, da die Gesellschaft nach wie vor keine Geschäftstätigkeit mit Ausnahme des Haltens der Liegenschaft Nr. 1000 entwickelt habe. Im Übrigen sei er seit dem 15. Dezember 2010 für die B GmbH nicht mehr zeichnungsberechtigt, da er seine Geschäftstätigkeit mit Notar Y in der Zwischenzeit beendet habe.

2.

2.1 Gemäss Art. 32 Abs. 1 lit. d NG darf der Notar bei der Errichtung einer öffentlichen Urkunde und bei damit im Zusammenhang stehenden Berufsfunktionen nicht mitwirken und hat die Rogation deshalb abzulehnen (Art. 31 Abs. 1 lit. a NG), 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 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; KNB²-WOLF, N. 2 und 11 zu Art. 32 NG mit Hinweisen).

2.2 Notar X hat seine Einzelunterschrift für die B GmbH nach eigenen Angaben im Handelsregister ausdrücklich «im Lichte von Art. 32 Abs. 1 lit. d NG» und im Hinblick auf die Beurkundung des Kaufvertrages und des Grundpfandvertrages mit der B GmbH als Käuferin und Grundpfandschuldnerin löschen lassen. Er war sich damit eingeständenermassen bewusst, dass seine Zeichnungsberechtigung für die Gesellschaft als Vertragspartei des Kaufvertrags wie auch des Grundpfandvertrages in Bezug auf die Beurkundung der Verträge einen Ausstandsgrund darstellte. Er versuchte, diesen durch die Löschung seiner Zeichnungsberechtigung im Handelsregister zu beseitigen. Die Löschung war jedoch nur vorübergehend, indem die Zeichnungsberechtigung nur wenige Tage nach der Beurkundung der Verträge im Handelsregister in der gleichen Form wie vorher wieder eingetragen wurde. Dieses Vorgehen stellt eine klare Gesetzesumgehung dar. Die Frage, wie das Vorgehen des Notars zu beurteilen wäre, wenn die Wiedereintragung der Zeichnungsberechtigung im Handelsregister nicht oder allenfalls später erfolgt wäre, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens und kann deshalb offen bleiben.

2.3 Eine Gesetzesumgehung besteht darin, dass der Wortlaut einer Verbotsnorm 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). Im vorliegenden Fall war Notar X im Zeitpunkt der Beurkundungen im Handelsregister nicht mehr – wie noch einige Tage zuvor – als Zeichnungsberechtigter der B GmbH eingetragen. Nach dem Wortlaut von Art. 32 Abs. 1 lit. d NG bestand deshalb keine Ausstandspflicht. Dadurch jedoch, dass Notar X die Löschung seiner Unterschrift gemäss seinen eigenen Angaben ausdrücklich im Hinblick auf die Beurkundungen und die Wiedereintragung bereits einige Tage nach diesen vornahm, hat er Sinn und Zweck der Aus-

² Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, herausgegeben von Prof. Dr. Stephan Wolf, Bern, 2009.

standsnorm, nämlich den Eindruck der Wahrung seiner Unabhängigkeit und Objektivität, missachtet; denn seine Verbundenheit mit der B GmbH bestand zweifellos auch während des kurzen Unterbruchs seiner Zeichnungsberechtigung.

2.4 Dass die B GmbH seit dem Erwerb durch Notar Y ausser dem Erwerb und dem Halten der Liegenschaft Nr. 1000 und dem Abschluss eines Grundpfandvertrages keine weiteren Geschäftstätigkeiten entwickelt und Notar X für das Führen der Unterschrift keine Entschädigung erhalten hat und das Führen der Unterschrift einzig der Überbrückung von Absenzen von Notar Y diene, spielt im Zusammenhang mit der Ausstandspflicht keine Rolle; denn ob tatsächlich eine rechtlich unerwünschte Beeinflussung der Urkundsperson vorliegt, ist ausstandrechtlich nicht relevant (KNB-Wolf, N. 2 zu Art. 32 NG mit Hinweisen). Massgebend ist einzig, dass die Unabhängigkeit und Objektivität des Notars in Zweifel gezogen werden könnten. Es handelt sich damit vorliegend um einen typischen Fall der Gesetzesumgehung und damit die Missachtung der Ausstandspflicht als einer Berufspflicht des Notars.

3.

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

ken, 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 A, 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 Widerhandlung 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 offensichtlichen Gesetzesumgehung durch Löschung und Wiedereintragung der Zeichnungsberechtigung, im Handelregister – also durch aktive Machenschaften – fällt der Verweis als die leichteste Variante der Disziplinar massnahmen weg, weshalb eine Busse auszusprechen ist.

3.3 Das Verschulden von Notar X ist als schwer zu werten. Wie er selber eingesteht, hat er die Löschung seiner Zeichnungsberechtigung im Handelsregister einzig im Hinblick auf die zur Frage stehenden Beurkundungen und «im Lichte von Art. 32 Abs. 1 lit. d NG» vorgenommen. Die Wiedereintragung seiner Zeichnungsberechtigung im Handelsregister unterstreicht diese Absicht. Damit beging er die Gesetzesumgehung vorsätzlich. Weshalb er die Rogation nicht gemäss Art. 31 Abs. 1 lit. a NG abgelehnt hat, ist unverständlich. Zugunsten des Notars ist festzustellen, dass seine bisherige Berufsausübung – soweit ersichtlich – bisher zu keinen Beanstandungen geführt hat. Unter diesen Umständen und unter Berücksichtigung der Bedeutung der beiden Beurkundungen erscheint eine Busse von Fr. 4'000.-- als angemessen.

4.

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 X auferlegt.

erkannt:

1. Notar X wird wegen der Verletzung von notariellen Berufspflichten zu einer Busse von **Fr. 4'000.--** verurteilt.
2. Die Kosten des Verfahrens, bestimmt auf 900.--, werden Notar X auferlegt.
3. Diese Verfügung ist Notar X mit Gerichtsurkunde zu eröffnen.

Der Justiz-, Gemeinde und
Kirchendirektor:

sig. Ch. Neuhaus

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.