

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

Unser Zeichen: 26.11 - 09.39 JAD
Ihr Zeichen:

Bern, 28. Juli 2009

DIE JUSTIZ-, GEMEINDE- UND KIRCHENDIREKTION DES KANTONS BERN

hat in der Disziplinarsache gegen

Notar X

betreffend

Meldung des Grundbuchverwalters des Kreisgrundbuchamtes Y vom 26. Februar 2009 (Verletzung der Ausstandspflicht)

in Erwägung:

1.

1.1 Gestützt auf Art. 21 des Dekrets über die Organisation der Kreisgrundbuchämter¹ stellte der Grundbuchverwalter des Kreisgrundbuchamtes Y (im Folgenden: KGBA) der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion (JGK) am 26. Februar 2009 die folgenden Dokumente zur Beurteilung zu:

1. eine Kopie der Urschrift Nr. 2128 von Notar X,
2. eine Kopie des Briefes des KGBA an den Notar vom 16. Januar 2009,
3. eine Kopie des Briefes des Notars an das KGBA vom 18. Februar 2009,
4. eine Kopie der Grundbuchausfertigung der Urschrift Nr. 4755 von Notar Z.

Die Urschrift Nr. 2128 von Notar X vom 21. Juli 2006 beinhaltet einen Erbenschein, wonach der am 18. August 2005 verstorbene Ernst X, Vater des Notars, als einzige, gesetzliche Erbinnen und Erben hinterlassen hat: seine Ehefrau (Mutter des Notars), einen Sohn (Bruder des Notars), eine Tochter

¹ BSG 215.322.1

(Schwester des Notars) und schliesslich den Notar selber. Dieser Erbenschein wurde für die Spar + Leihkasse M AG erstellt und von dieser dem KGBA in Form einer Kopie als Beleg zum Gläubigerwechsel von Schuldbriefen eingereicht.

1.2 Vom KGBA mit Schreiben vom 16. Januar 2009 aufgefordert, aus ausstandsrechtlicher Hinsicht zu seiner Urschrift Nr. 2128 Stellung zu nehmen, machte Notar X geltend, bei der Beurkundung des Erbenscheins habe er sich auf Art. 32 Ziffer (recte: Absatz) 3 des Notariatsgesetzes (NG)² gestützt, wonach nicht als Beteiligung gelte, wenn Feststellungsurkunden für Dritte errichtet würden; er erachte den Erbenschein als Feststellungsurkunde.

1.3 In seiner Stellungnahme vom 9. April 2009 gegenüber der JGK führt der Notar aus, die Erbgemeinschaft seines Vaters habe ihn beauftragt und bevollmächtigt, die Wertschriften im Nachlass seines Vaters an seine Mutter zu übertragen. Nach dem alten Notariatsdekret (gemeint ist das alte Notariatsgesetz) wäre dies nicht zulässig gewesen. Bei der Auslegung von Art. 32 Ziffer (recte: Absatz) 3 NG sei er aber zum Schluss gekommen, dass er dies – ähnlich wie die Beglaubigung der eigenen Unterschrift – als Feststellung für die Bank oder Dritte selber habe beurkunden dürfen. In der Folge habe er vier gleichlautende Erbenscheine (Urschriften Nrn. 2126 bis 2129) beurkundet. Die Liegenschaft seines Vaters dagegen habe nicht er selber, sondern Notar Z auf die Erbgemeinschaft übertragen, und zwar deshalb, weil die Notare Z und A die Übertragung ihrer eigenen elterlichen Liegenschaften seinerzeit durch ihn hätten besorgen lassen und er auf diese Weise habe Gegenrecht halten wollen.

2.

2.1 Der Notar hat die Rogation unter anderem dann abzulehnen, wenn er gesetzlich von der Mitwirkung ausgeschlossen ist (Art. 31 Abs. 1 lit. a NG). Die gesetzlichen Ausschlussgründe sind in den Bestimmungen über die Ausstandspflicht (Art. 32 und 33 NG) enthalten. Gemäss Art. 32 Abs. 1 NG darf der Notar bei der Errichtung einer öffentlichen Urkunde und bei damit im Zusammenhang stehenden Berufsfunktionen dann nicht mitwirken, wenn er selbst beteiligt ist (lit. a) oder unter anderen eine Person aus dem Kreis seiner Verwandten in gerader Linie oder seine Geschwister beteiligt sind (lit. b). Eine Person ist gemäss Art. 32 Abs. 2 NG beteiligt, wenn a) sie eine sie selber betreffende Beurkundung vornehmen lässt, b) zu ihren Gunsten oder Lasten eine Verfügung getroffen wird, oder c) sie bei der Beurkundung einer Willenserklärung eine Urkundspartei vertritt. Diese Regelung stimmt – soweit hier wieder-

² BSG 169.11

gegeben – inhaltlich und entgegen der Auffassung von Notar X mit Art. 27 Abs. 1 und 2 des Notariatsgesetzes vom 28. August 1980 (aNG), in Kraft bis 30. Juni 2006, überein. Lehre und Praxis zum aNG, welche in diesem Zusammenhang auch für das neue NG herangezogen werden können, unterscheiden vier Aspekte des Beteiligungsbegriffs, so vorab die formelle und die materielle Beteiligung. Bei der Beurkundung von Vorgängen und Zuständen (sog. Sachbeurkundungen) gemäss Art. 51 ff. der Notariatsverordnung (NV)³, worunter auch die Beurkundung des Erbenscheins fällt, fehlt der formellen Beteiligung jede selbständige Bedeutung, indem sie mit der materiellen Beteiligung zusammenfällt; es ist deshalb in erster Linie zu prüfen, ob eine materielle Beteiligung vorliegt (DANIEL SANTSCHI, Die Ausstandspflicht des Notars, Langenthal 1992, Rz. 561, 939). Bei der Sachbeurkundung ist derjenige materiell beteiligt, dessen Rechtslage durch die Beurkundung betroffen wird, sei es, dass seine Rechtslage eine Änderung erfährt oder bestätigt wird, sei es, dass er durch die Beurkundung ein Beweismittel erhält oder verliert (HANS MARTI, Bernisches Notariatsrecht, Bern 1983, N. 6 zu Art. 27 aNG). Mit anderen Worten: Materiell beteiligt an der Sachbeurkundung ist jedes Rechtssubjekt, das an der Feststellung eines Vorganges oder Zustandes ein unmittelbares, rechtliches Interesse hat (SANTSCHI DANIEL, a.a.o., Rz. 568; PETER RUF, Notariatsrecht, Langenthal 1995, Rz. 762). Im Weiteren ist die aktive von der passiven Beteiligung zu unterscheiden. Aktiv beteiligt ist, wer im Beurkundungsverfahren handelnd auftritt. Passiv beteiligt ist, wer – ohne im Beurkundungsverfahren handelnd aufzutreten – am Gegenstand der Beurteilung materiell beteiligt ist (SANTSCHI DANIEL, a.a.o., Rz. 582).

2.2 In Bezug auf die Errichtung eines Erbenscheins ist derjenige materiell und passiv beteiligt, der den Notar mit der Errichtung eines Erbenscheins rogiert (Art. 32 Abs. 2 lit. a NG) und dessen Erbenqualität in der öffentlichen Urkunde festgestellt wird. Im vorliegenden Fall sind dies einerseits die Mutter und die Geschwister des Notars, also Beteiligte im Sinne von Art. 32 Abs. 1 lit. b NG. Ihre Beteiligung hat ohne weiteres die Ausstandspflicht des Notars zur Folge. Andererseits ist der Notar als anerkannter Erbe selbst beteiligt, weshalb der Ausstandsgrund der Selbstbeteiligung gemäss Art. 32 Abs. 1 lit. a NG vorliegt. Der Notar wäre wegen Selbstbeteiligung selbst dann ausgeschlossen, wenn er übergangener gesetzlicher, also nicht anerkannter Erbe wäre, denn mit Blick auf eine mögliche spätere Ungültigkeitserklärung der Verfügung bleibt er virtuell beteiligt (HANS MARTI, a.a.o., N. 6 und 14 zu Art. 27 aNG; DANIEL SANTSCHI, a.a.o., Rz. 937 ff.; PETER RUF, a.a.o., Rz. 763). Abgesehen davon, dass sich Notar X unzulässigerweise selber rogiert hat, hätte er die Rogation

³ BSG 169.112

seiner Miterben ablehnen müssen und die Erbenscheine nicht beurkunden dürfen. Die Selbstbeteiligung des Notars hatte im Übrigen zur Folge, dass gemäss Art. 24 lit. c NG keine öffentlichen Urkunden entstanden sind. Im Weiteren fällt auf, dass sämtliche Erbenscheine unter Missachtung der Vorschrift von Art. 52 Abs. 1 NV nicht erwähnen, wer den Notar rogiert hat. Erst in seiner Stellungnahme vom 9. April 2009 macht der Notar geltend, dass er von seinen Miterben rogiert worden sei. Sollte sich aber herausstellen, dass gar keine Rogation der Miterben vorgelegen hat, wären auch unter diesem Aspekt gemäss Art. 24 lit. b keine öffentlichen Urkunden entstanden. Da aber so oder so schon aufgrund der Selbstbeteiligung des Notars keine öffentlichen Urkunden entstanden sind, ist dieser Frage hier nicht weiter nachzugehen.

2.3 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Notar X gegen die Ausstandspflicht gemäss Art. 32 Abs. 1 lit. a (Selbstbeteiligung) und lit. b (Beteiligung von Angehörigen) und somit gegen seine Berufspflichten als Notar verstossen hat. Indem er unter Missachtung von Art. 52 Abs. 1 NV in den Erbenscheinen nicht erwähnt hat, wer ihn rogiert hatte, hat er eine weitere Berufspflicht verletzt.

2.4 Notar X macht geltend, er sei vor der Beurkundung der Erbenscheine zum Schluss gekommen, er dürfe die Beurkundung gestützt auf Art. 32 Abs. 3 NG vornehmen. Gemäss dieser Bestimmung gilt nicht als Beteiligung, wenn in einem Vertrag zwischen Drittpersonen Rechte oder Pflichten derselben unter anderem gegenüber dem Notar oder dessen Eltern oder Geschwistern übertragen werden oder wenn über solche Rechte und Pflichten eine Feststellungsurkunde für einen Dritten errichtet wird. Die Auffassung des Notars geht fehl: Im Erbenschein werden keine Feststellungen über Rechte oder Pflichten Dritter gegenüber dem Notar und seinen Angehörigen getroffen. Im Übrigen ist Notar X darauf hinzuweisen, dass der Erbenschein nicht etwa für einen Dritten, sondern für die anerkannten Erben als Ausweis ihrer Rechte und Pflichten am Nachlass errichtet wird.

3.

3.1 Verletzt der Notar vorsätzlich oder fahrlässig seine Berufspflichten oder verstösst er gegen die Bestimmungen des Notariatsgesetzes und seiner Ausführungserlasse, gegen das Gebot der unabhängigen und einwandfreien Berufsausübung oder gegen das Ansehen des Notariats, wird er unabhängig von der vermögens- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit disziplinarisch bestraft; in leichten Fällen kann von einer Bestrafung abgesehen werden, wenn anzunehmen ist, dass der Notar den Beruf künftig einwandfrei ausüben wird (Art. 45 NG). Notar X hat durch die Erstellung seiner Urschriften Nrn. 2126 bis 2129

klar gegen die Bestimmungen über die Ausstandspflicht verstossen, und zwar sowohl gegen das Verbot der Selbstbeteiligung gemäss Art. 32 Abs. 1 lit. a NG als auch gegen das Mitwirkungsverbot gemäss Abs. 1 lit. b der gleichen Bestimmung. Aufgrund seiner Selbstbeteiligung sind gemäss Art. 24 lit. c NG keine öffentlichen Urkunden entstanden. Von einem leichten Fall kann schon deshalb nicht die Rede sein. Zudem liegt eine Verletzung von Art. 52 Abs. 1 NV (Erwähnung der rogierenden Personen in der öffentlichen Urkunde) vor. Es ist eine Disziplinarstrafe auszusprechen.

3.2 Disziplinarstrafen 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. Genügt eine mahnende Strafe, kommen nur Verweis oder Busse in Betracht. Da die Berufsausübung von Notar X bis heute zu keinen Beanstandungen geführt hat und deshalb die Ermahnung des Notars im Vordergrund steht, entfallen die Suspendierung oder Löschung des Eintrags im Notariatsregister. Angesichts des Umstandes, dass der Notar eine der zentralen Berufspflichten des Notariatsrechts, nämlich die Ausstandspflicht, verletzt hat und sein Verschulden schwer wiegt (siehe Ziffer 3.4 hienach), fällt der Verweis als die leichteste Variante der Disziplinar massnahmen weg, weshalb eine Busse auszusprechen ist.

3.3 Unter dem alten Notariatsrecht wurde die Disziplinarstrafe nach dem Verschulden des Notars bestimmt. Zu berücksichtigen waren die Beweggründe des Fehlbaren, die gefährdeten oder verletzten Interessen sowie die Art und Weise der bisherigen Berufsausübung (Art. 43 aNG). Da auch unter dem neuen Notariatsrecht eine Disziplinierung nur bei schuldhaftem Verhalten des Notars in Frage kommt (Art. 45 Abs. 1 NG), gelten diese Grundsätze auch unter dem neuen Recht. Das Disziplinarrecht ist in die Zukunft gerichtet; es will bewirken, dass sich der fehlbare Notar 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). Für die Bemessung einer Disziplinar massnahme gilt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit: Wiederhandlung und Disziplinar massnahme müssen mit Blick auf den Zweck des Disziplinarrechts in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen (BVR 2000, S. 166, E. 8a mit Hinweis).

3.4 Das Verschulden von Notar X ist als schwer zu werten. Insbesondere bei der Beachtung zentraler Berufspflichten – dazu gehört die Beachtung der Ausstandsregeln – ist vom Notar besondere Aufmerksamkeit zu verlangen,

entsteht doch gerade bei der verbotenen Selbstbeteiligung keine öffentliche Urkunde. Von einem bernischen Notar muss erwartet werden, dass die Kenntnis der Ausstandsregeln zu seinen beruflichen Grundkenntnissen gehört. Wenn sich Notar X in seiner Stellungnahme vom 9. April 2009 auf Art. 32 Abs. 3 NG beruft, zeigt dies deutlich, dass er sich mit den Ausstandsregeln nur ungenügend auseinandergesetzt hat. Die gesetzlichen Bestimmungen sind klar und lassen für die Auslegung von Notar X keinen Spielraum offen. Bei Konsultation der einschlägigen Literatur hätte der Notar ohne weiteres erkennen können, dass er von der Beurkundung der Erbenscheine ausgeschlossen war (so ausdrücklich: HANS MARTI, a.a.o., N. 6 zu Art. 27 aNG; PETER RUF, a.a.o., Rz. 763; SANTSCHI DANIEL, a.a.o., Rz. 940).

Zugunsten des Notars ist festzustellen, dass seine bisherige Berufsausübung – soweit ersichtlich – bisher zu keinen Beanstandungen geführt hat. Unter diesen Umständen erscheint eine Busse von Fr. 2'000.-- als angemessen.

4.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Kosten des Verfahrens 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 Berufspflichten zu einer Busse von **Fr. 2'000.--** 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:

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.