

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

Unser Zeichen: 26.11 - 11.91 LON
Ihr Zeichen:

Bern, 24. August 2012

DIE JUSTIZ-, GEMEINDE- UND KIRCHENDIREKTION DES KANTONS BERN



hat in der Disziplinarsache gegen

Notar X

betreffend

Verletzung von Berufspflichten

in Erwägung:

1.

1.1 Mit Aufsichtsanzeige vom 12. August 2011 haben Herr A und die Erbgemeinschaft des Herrn B der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion (JGK) den folgenden, für das vorliegende Verfahren auf das Wesentliche gekürzten Sachverhalt zur Kenntnis gebracht:

Am 23. Juli 2007 habe Notar X einen Kaufvertrag zwischen den Herren A und B als Verkäufer und Herrn C als Käufer betreffend die Liegenschaft Y-Grundbuchblatt Nr. 881 beurkundet. Der Notar sei von den Verkäufern mit der Erledigung des Grundstückgewinnsteuerveranlagungsverfahrens beauftragt worden. Zu diesem Zweck seien ihm Belege über die Anlagekosten (Kaufvertrag vom 6. Mai 1981 mit der Rechnung des beurkundenden Notars und Werkvertrag vom 6. Mai 1981) übergeben worden. Zur Sicherung der voraussichtlichen Grundstückgewinnsteuern sei ein Betrag

von Fr. 150'000.-- auf einem Sperrkonto zurückgestellt worden. Der Notar habe an der Beurkundung erklärt, die Rückstellung sei so bemessen, dass mit einer erheblichen Rückerstattung an die Verkäufer gerechnet werden dürfe.

Die Steuerverwaltung des Kantons Bern habe dem Notar die Steuererklärungen für Grundstückgewinn direkt zugestellt. Am 13. November 2007 und am 27. Februar 2008 habe der Notar Gesuche um Fristverlängerung zur Einreichung der Grundstückgewinnsteuererklärungen gestellt.

Da der Notar trotz Mahnungen keine Steuererklärungen eingereicht habe, habe die Steuerverwaltung des Kantons Bern dem Notar mit Verfügungen vom 4. Dezember 2009 zwei Ermessensveranlagungen eröffnet. Für die Verkäufer hätten Grundstückgewinnsteuern von je Fr. 197'945.10 (total Fr. 395'890.20) sowie Bussen und Gebühren von Fr. 2'160.-- resultiert. Über diese Ermessensveranlagungen seien die Verkäufer vom Notar nicht informiert worden.

Ohne dass der Notar mit den Verkäufern Rücksprache genommen habe, habe er daraufhin ein Investitionsgutachten erstellen lassen und Einsprache gegen die Ermessensveranlagungen erhoben. Mit Einsprachentscheiden vom 7. Mai 2010 habe die Steuerverwaltung die Grundstückgewinnsteuern auf je Fr. 117'174.55 (total Fr. 234'349.10) festgelegt. Diese Entscheide seien in Rechtskraft erwachsen. Weder habe der Notar die Verkäufer über die Einsprachentscheide orientiert noch habe er der Steuerverwaltung den zur Bezahlung der Grundstückgewinnsteuern zurückgestellten Betrag überwiesen.

Mitte September 2010 hätten die Verkäufer erfahren, dass die Eintragung des gesetzlichen Grundpfandrechts für die ausstehenden Grundstückgewinnsteuern kurz bevorstand. Mit Schreiben vom 24. September 2010 sei dem Notar das Steuermandat entzogen worden. Auf Drängen der Verkäufer habe der Notar am 14. Oktober 2010 den zur Sicherung der Grundstückgewinnsteuern zurückgestellten Betrag von Fr. 150'000.-- an die Steuerverwaltung überwiesen, die Restanz und die Verzugszinsen seien durch die Verkäufer direkt beglichen worden.

Das durch die Verkäufer am 16. Dezember 2010 gestellte Revisionsgesuch sei am 27. Januar 2011 abgewiesen worden.

Mit Vereinbarung vom 27. August 2011 resp. 15. September 2011 hätten sich die Verkäufer, der Notar und dessen Haftpflichtversicherung auf eine Zahlung von Fr. 135'000.-- an die Verkäufer geeinigt.

Mit Schreiben vom 1. September 2011 erklärten die Anzeiger den Rückzug ihrer Aufsichtsanzeige vom 12. August 2010.

Die Anzeiger werfen dem Notar in ihrer Aufsichtsanzeige den Verstoss gegen das Gebot der einwandfreien Berufsausübung und das Ansehen des Notariats vor. Der Notar habe sie – trotz mehrmaliger Nachfragen – über den Stand der Veranlagungs-

verfahren nicht informiert oder auf Arbeitsrückstände der Steuerverwaltung verwiesen. Er habe ihnen weder die Ermessensveranlagungen noch die Einsprachentscheide zur Kenntnis gebracht. Den in seinem Besitz befindlichen Werkvertrag vom 6. Mai 1981 habe er bei der Deklaration der Anlagekosten nicht berücksichtigt, sondern stattdessen ohne ihr Einverständnis ein Investitionsgutachten erstellen lassen. Auch wenn angenommen werde, dass der Notar nicht in Besitz des Werkvertrages war, hätte er die Verkäufer zur Vorlage der Belege für ihre Anlagekosten auffordern müssen. Aufgrund der Versäumnisse des Notars seien von der Steuerverwaltung statt Fr. 1'500'000.-- Anlagekosten gemäss Werkvertrag vom 6. Mai 1981 nur Fr. 850'000.-- gemäss Investitionsgutachten vom 20. Mai 2008 anerkannt worden. Dies habe dazu geführt, dass die Verkäufer statt je Fr. 57'994.85 je Fr. 117'174.55 Grundstückgewinnsteuern bezahlen mussten.

1.2 In seiner Stellungnahme vom 30. November 2011 führt Notar X aus, es sei unbestritten ein Schaden entstanden, für welchen er stets die volle Verantwortung übernommen habe. Er sei aber nie im Besitz des Werkvertrages vom 6. Mai 1981 gewesen. Aus diesem Grund sei in Absprache mit der Verkäuferschaft ein Architekt mit der Erstellung eines Gutachtens beauftragt worden, welches Basis für die Berechnung der Grundstückgewinnsteuern bildete. Der Käufer (damaliger Liegenschaftsverwalter des Vertragsobjekts) sei im Rahmen der Bewertung involviert gewesen und sein Büro habe die Begehung organisiert.

Er hält fest, dass das Geschäft seinerseits zum Teil nicht korrekt betreut worden sei. Er habe dieses Geschäft intern an einen juristischen Mitarbeiter delegiert und es versäumt, seinen Kontroll- und Weisungspflichten entsprechend nachzukommen. Er sei sich bewusst, dass dies seine Verantwortung nicht mindere.

2. Die Aufsichtsbehörde eröffnet ein Disziplinarverfahren auf Anzeige hin oder von Amtes wegen (Art. 46 Abs. 1 des Notariatsgesetzes (NG) vom 22. November 2005¹). Ein Disziplinarverfahren wegen Verstosses gegen die Urkundspflicht wird nur auf Anzeige einer beteiligten Person hin eröffnet (Art. 46 Abs. 2 NG). Soweit das Notariatsgesetz nichts anderes bestimmt, werden die Aufsichtsverfahren nach den Vorschriften des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Mai 1989² (VRPG) geführt. Gemäss Art. 101 Abs. 2 VRPG hat, wer anzeigt, vorbehältlich anderer Vorschrift keine Parteirechte, kann aber verlangen, dass ihm Auskunft über die Erledigung der Anzeige gegeben werde. Da dem Anzeiger keinerlei Parteirechte zukommen, kann er auf Art und Umfang der Untersuchungen der Aufsichtsbehörde keinerlei Einfluss nehmen (MÜLLER MARKUS, Bernische Verwaltungsrechtspflege, Bern 2008, S. 243).

¹ BSG 169.11

² BSG 155.21

Trotz Rückzugs der Anzeige wurde das Aufsichtsverfahren somit von Amtes wegen weitergeführt.

3.

3.1 Notare unterliegen der Aufsicht durch die JGK grundsätzlich nur im Bereich ihrer hauptberuflichen Tätigkeit (KNB³-WOLF/PFAMMATTER, N. 13 zu Art. 29 NG). Diese umfasst diejenigen Verrichtungen, für welche der Notar ausschliesslich zuständig ist, somit die Durchführung von öffentlichen Beurkundungen (Art. 20 f. NG) sowie die damit notwendig einhergehenden Vorbereitungs- und Vollzugshandlungen (KNB-WOLF/PFAMMATTER, N. 5 zu Art. 29 NG), wozu alle notariellen Verrichtungen gehören, zu deren Vornahme der Notar von Gesetzes wegen verpflichtet ist (KNB-WOLF/PFAMMATTER, N. 3 f. zu Art. 20 NG und N. 5 zu Art. 29 NG). Zur nebenberuflichen Tätigkeit des Notars gehört insbesondere das Ausfüllen der Steuererklärung für die Grundstückgewinnsteuer (KNB-WOLF/PFAMMATTER, N. 7 zu Art. 29 NG; KNB-MÜLLER/GENNA, N. 4 zu Art. 51 NG). Im nebenberuflichen Bereich haben die die Berufspflichten enthaltenden Bestimmungen des Notariatsgesetzes (Art. 30-37 NG) keine Geltung (KNB-WOLF/PFAMMATTER, N. 11 zu Art. 29 NG). Eine nebenberufliche Tätigkeit ist aufsichtsrechtlich somit nur dann relevant, wenn ein Verstoß gegen das Gebot der unabhängigen und einwandfreien Berufsausübung oder gegen das Ansehen des Notariats vorliegt (Art. 45 Abs. 1 NG).

Da das Ausfüllen der Steuererklärung für die Grundstückgewinnsteuer eine nebenberufliche Tätigkeit darstellt, steht vorliegend nicht die Interessenwahrungspflicht gemäss Art. 37 NG, sondern die Sorgfaltspflicht aus Auftrag gemäss Art. 398 ff. OR (SR 220) zur Diskussion. Eine allfällige solche Verletzung ist unter dem Gesichtspunkt des Verstosses gegen das Gebot der unabhängigen und einwandfreien Berufsausübung oder als solchen gegen das Ansehen des Notariats zu prüfen (Art. 45 Abs. 1 NG).

3.2 Gemäss Art. 398 Abs. 2 OR haftet der Beauftragte dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes. Er hat auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, zu erstatten (Art. 400 Abs. 1 OR).

Der Beauftragte ist zur sorgfältigen Ausführung des übernommenen Auftrages verpflichtet. Dabei hat er diejenige Sorgfalt aufzuwenden, die dem berufsspezifischen Durchschnittsverhalten entspricht (BSK OR I⁴-WEBER, N. 27 zu Art. 398 OR). Eine getreue Geschäftsbesorgung verpflichtet den Beauftragten, bei der Ausführung des Auf-

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

⁴ Basler Kommentar, Obligationenrecht I, herausgegeben von Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, 4. Auflage, Basel 2007.

trages die Interessen des Beauftragten umfassend zu wahren (BSK OR I-WEBER, N. 8 zu Art. 398 OR). Die aus der allgemeinen Treue- und Sorgfaltspflicht (Art. 398 OR) fliessende Informationspflicht (Art. 400 Abs. 1 OR), verpflichtet den Beauftragten zur Benachrichtigung des Auftraggebers über die Geschäftsführung und zur Erteilung von Auskunft auf dessen Verlangen (BSK OR I-WEBER, N. 2 zu Art. 400 OR). Die Information des Auftraggebers ermöglicht es diesem nachzuprüfen, ob der Beauftragte seine Pflichten erfüllt und sich an allfällige Weisungen hält (BSK OR I-WEBER, N. 3 zu Art. 400 OR). Der Auftraggeber muss über alles informiert werden, was für ihn von Bedeutung sein kann. Die Information muss rechtzeitig, wahrheitsgetreu und vollständig erfolgen (BSK OR I-WEBER, N. 4 zu Art. 400 OR).

Vorliegend hat der Notar seine Sorgfaltspflichten erstmals dadurch verletzt, dass er die Steuererklärungen nicht fristgerecht einreichte und die Auftraggeber daher nach Ermessen veranlagt wurden. Daraufhin unterliess es der Notar, die Auftraggeber über diese Ermessensveranlagungen zu informieren und ihnen diese zuzustellen. Diese Unterlassungen stellen weitere Pflichtverletzungen des Notars dar.

In der Folge erhob der Notar Einsprache gegen die Ermessensveranlagungen und liess ein Investitionsgutachten erstellen. Der Notar bringt vor, er habe das Investitionsgutachten in Absprache mit den Auftraggebern erstellen lassen. Die Auftraggeber bestreiten dies. Es ist davon auszugehen, dass die Auftraggeber den Notar auf den ihnen vorliegenden Werkvertrag hingewiesen hätten, wenn er mit ihnen wegen des Investitionsgutachtens tatsächlich in Kontakt getreten wäre und den Grund für dessen Notwendigkeit erläutert hätte. Durch den Werkvertrag hätten die Anlagekosten ohne weiteren Aufwand nachgewiesen werden können, und ein Investitionsgutachten wäre vollkommen überflüssig gewesen. Die Behauptung des Notars erscheint daher als nicht schlüssig, und es ist davon auszugehen, dass der Notar das Investitionsgutachten auf alleinige Initiative erstellen liess. Der Notar orientierte die Auftraggeber auch über seine Einsprachen nicht, was wiederum eine Sorgfaltswidrigkeit darstellt.

Er informierte die Auftraggeber ebenfalls nicht über die Einsprachentscheide und stellte ihnen diese auch nicht zu, so dass die Rechtsmittelfrist schlussendlich verstrich, ohne dass die Auftraggeber Gelegenheit gehabt hätten, noch korrigierend einzugreifen. Dies führte zur rechtskräftigen Veranlagung zu hoher Grundstückgewinnsteuern. Unerheblich ist vorliegend, ob dem Notar der Werkvertrag von den Auftraggebern tatsächlich ausgehändigt worden ist. Wäre er im Besitz des Werkvertrages gewesen, läge die Verletzung seiner Sorgfaltspflicht in dessen Nichtberücksichtigung bei der Einreichung der Einsprachen. Hat er ihn dagegen nicht erhalten, so wäre er im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht auf jeden Fall verpflichtet gewesen, bei seinen Auftraggebern um Belege betreffend die Anlagekosten nachzufragen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Notar bei der Ausführung seines Auftrages eine Reihe grober Sorgfaltspflichtverletzungen begangen hat. Zu prüfen bleibt

nachfolgend, ob der Notar durch seine Sorgfaltspflichtverletzungen das Ansehen des Notariats beeinträchtigt hat.

3.3 Das Gebot der Wahrung des Ansehens des Notariats umfasst generalklauselartig alle verpönten Verhaltensweisen, die geeignet, sind das Vertrauen in die Notare zu beeinträchtigen. Es dient der Aufrechterhaltung der Disziplin innerhalb des Notariatsstandes, insbesondere der Wahrung der Standeswürde und dem Schutz des rechtsuchenden Publikums. Von den Notaren wird erwartet, dass sie alle Tätigkeiten und Funktionen korrekt und mit einer gewissen Unauffälligkeit erledigen. In ihrem Allgemeinverhalten haben sie sich stets auf den Grundsatz von Treu und Glauben auszurichten (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26. August 1999, in: BN 2000, S. 218).

Im Zusammenhang mit der Beurkundung von Kaufverträgen über Grundstücke wird der Notar häufig mit dem Ausfüllen der Steuererklärung für die Grundstückgewinnsteuer beauftragt. Es handelt sich dabei zwar um eine nebenberufliche Tätigkeit. Diese steht jedoch in einem engen Zusammenhang zur hauptberuflichen Tätigkeit, da der Käufer im Zuge der Beurkundung über die Möglichkeit, die Sicherstellung des voraussichtlichen Betrags der Grundstückgewinnsteuer zu verlangen, hinzuweisen ist. Zum Zwecke dieser Sicherstellung berechnet in der Regel der Notar die Höhe des dafür notwendigen Betrags, wie dies auch vorliegend geschah. Um eine zuverlässige Berechnung vornehmen zu können, ist der Notar auf Belege über die Anlagekosten angewiesen. Er verfügt im Grundstückgewinnsteuerveranlagungsverfahren somit bereits über grundlegende Sachverhaltskenntnisse. Zudem handelt es sich um einen Tätigkeitsbereich, in welchem der Notar über spezielles Fachwissen verfügt. Dies führt bei den Vertragsparteien im Bereich der Grundstückgewinnsteuer zu einem besonderen Vertrauen in den Notar. Die im Zusammenhang mit dem Ausfüllen der Steuererklärung für den Grundstückgewinn geleisteten Tätigkeiten haben daher in besonderem Masse Einfluss auf das Ansehen des Notariats. Im vorliegenden Fall hat der Notar in besonders grober Weise seine auftragsrechtlichen Sorgfaltspflichten verletzt, was dazu geeignet war, das Ansehen des Notariats schwer in Mitleidenschaft zu ziehen.

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 angesichts des Umstandes, dass die groben Verletzungen der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflichten das Ansehen des Notariats in besonderem Masse geschädigt haben, nicht die Rede sein. Notar X 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 (POLEDNA, in: FELLMANN/ZINDEL, Kommentar zum Anwaltsgesetz, 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 deutliche Ermahnung des Notars im Vordergrund steht, entfallen die Suspendierung und Löschung des Eintrags im Notariatsregister. Angesichts der groben Verletzung seiner auftragsrechtlichen Sorgfaltspflichten, welche eine schwere Schädigung des Ansehens des Notariats bewirkt, fällt der Verweis als die leichteste Variante der Disziplinar massnahmen von vornherein weg, weshalb eine Busse auszusprechen ist.

4.3 Das Verschulden von Notar X ist als schwer zu werten. Seine auftragsrechtlichen Sorgfaltspflichten hat er zunächst grobfahrlässig verletzt, indem er das termingerechte Einreichen der Steuererklärungen versäumte. Die darauf folgenden Sorgfaltspflichtverletzungen geschahen hingegen allesamt mit Wissen und Wollen des Notars. Er wollte die Verkäufer nicht informieren und liess auf eigene Initiative hin ein Investitionsgutachten erstellen, um seine vorangegangenen Versäumnisse gegenüber der Klientschaft verheimlichen zu können. Bei der vorsätzlichen Begehung dieser Sorgfaltspflichtverletzungen nahm der Notar die sich unumgänglich daraus ergebende schwere Schädigung des Ansehens des Notariats in Kauf. Damit schädigte er das Ansehen des Notariats eventualvorsätzlich. 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. 10'000.--

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) vom 22. Februar 1995⁵ Notar X auferlegt.

erkannt:

1. Notar X wird wegen der Verletzung des Ansehens des Notariats zu einer Busse von **Fr. 10'000.--** verurteilt.
2. Die Kosten des Verfahrens, bestimmt auf Fr. 800.--, werden Notar– X auferlegt.
3. Diese Verfügung ist Notar X mit eingeschriebenem Brief 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.

⁵ BSG 154.21