

Justiz-, Gemeinde-  
und Kirchendirektion  
des Kantons Bern

Direction de la justice,  
des affaires communales et  
des affaires ecclésiastiques  
du canton de Berne

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

Unser Zeichen / N/réf.: 26.11 - 14.12 EGK/kna Bern, 28. September 2015  
Ihr Zeichen / V/réf.:

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



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

1. **Notar A.**, ....., und
2. **Notar B.**, .....

betreffend

allfällige Verletzung von Berufspflichten (Anzeige der Revisionskommission des Verbandes bernischer Notare vom 13. Januar 2014)

**erwogen:**

**1.**

**1.1** Mit Eingabe vom 13. Januar 2014 meldete die Revisionskommission des Verbandes bernischer Notare (kurz: Revko VbN) eine eventuelle Berufspflichtverletzung der Notare A. und B.

an die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion (kurz: JGK) und ersuchte diese um weitergehende Abklärung des Sachverhalts sowie um die allfällige Einleitung eines Disziplinarverfahrens. Die Revko VbN vermutete einen möglichen Verstoss gegen das Verbot des gewerbsmässigen Liegenschaftshandels und der Liegenschaftsvermittlung auf Provisionsbasis, weil im Rahmen der notariatsrevisionspflichtigen "A. & P. AG" diverse Einnahmen unter "Provisionen" und "Vermittlung von Liegenschaften" verbucht worden seien.

**1.2** In ihrer Stellungnahme an die JGK vom 10. Februar 2014 legten die beiden Notare dar, dass zwar einige Einnahmen unter dem Konto "Provisionen" verbucht worden seien. Es handle sich jedoch bei diesen Einnahmen nicht um Vermittlungsprovisionen, sondern ausschliesslich um Inkassoprovisionen, welche ohne Zutun der Notare resp. der Liegenschaftsverwaltungs-AG eintreffen. Die im Jahr 2012 tatsächlich getätigten Liegenschaftsvermittlungen hätten bloss Gelegenheitscharakter gehabt. Weder werde die Liegenschaftsvermittlung beworben, noch sei sie in den Statuten der AG als Zweck enthalten. Gestützt auf eine entsprechende Aufforderung des instruierenden Amtes für Betriebswirtschaft und Aufsicht (kurz: ABA) führten die Notare mit Eingabe vom 13. März 2014 aus, die Bezeichnung "Provisionen" sei eigentlich unzutreffend. Vielmehr handle es sich bei den unter diesem Konto verbuchten Einnahmen um Dienstleistungsentschädigungen. Die Zahlungen könnten auch als Entschädigungen für Arbeitsleistungen und Risikoübernahme bezeichnet werden.

**1.3** Die Instruktion ergab in der Folge, dass die von den beiden Notaren beherrschte A. & P. AG keine regelmässige, planmässige und systematische Veräusserung oder Vermittlung von Immobilien anbietet. Bei den anlässlich der ordentlichen Revision vom 19. September 2013 festgestellten Zahlungseingängen für die Liegenschaftsvermittlung handelt es sich um insgesamt drei Verkäufe in den Jahren 2012 und 2013. Es konnte somit von bloss gelegentlichem Liegenschaftshandel ausgegangen werden. Damit liegen die Verkäufe im zulässigen Rahmen, wie er sich aus dem Kreisschreiben der JGK vom 20. Dezember 2012 über den Liegenschaftshandel, die Liegenschaftsvermittlung und die Liegenschaftsverwaltung (zit.: Kreisschreiben über den Liegenschaftshandel) ergibt. Mit Schreiben des ABA vom 19. Mai 2014 wurden die beiden Notare deshalb darauf hingewiesen, dass der zur Anzeige gebrachte Sachverhalt nicht wegen der Verletzung des Kreisschreibens über den Liegenschaftshandel zu würdigen sein werde. Hingegen sei zu prüfen, ob ein Verstoss gegen das Ansehen des Notariatsstands vorliege. Die unter dem Konto "Provisionen" verbuchten Einnahmen seien als Retrozessionen oder "Kick-Backs" zu qualifizieren, die der auftragsrechtlichen Herausgabepflicht an die Auftraggeber unterliegen würden.

Mit Eingabe vom 17. Juni 2014 nahmen die Notare auch zu diesem Vorwurf Stellung. Sie führten aus, es handle sich vorliegend eindeutig nicht um Retrozessionen, da beispielsweise die Rabatte beim Heizöleinkauf vollumfänglich den Konsumenten zugute kämen und die in Frage stehenden Zahlungen unmittelbar an eine durch die A. & P. AG effektiv erbrachte Dienstleistung geknüpft seien.

**1.4** In der Folge wurden vom ABA bei der GVB Privatversicherungen AG, bei der upc cablecom GmbH und bei den beiden Brennstofflieferanten F. AG und H. AG Informationen eingeholt über den Grund der ausgerichteten "Provisionen", über die erwarteten Gegenleistungen der Empfänger (also der Liegenschaftsverwaltungs-AG), über die Berechnung dieser Provisionen resp. Entschädigungen und über mögliche Konsequenzen für den Fall, dass die erwarteten Gegenleistungen von der Liegenschaftsverwaltung nicht erbracht würde. Je eine Kopie dieser Schreiben wurde den beiden Notaren zur Kenntnis gebracht und sie erhielten Gelegenheit, dazu Stellung zu nehmen.

**1.5** Nach einem Instruktionsgespräch zwischen dem ABA und den beiden Notaren, welches am 16. September 2014 stattfand, reichten letztere mit Eingabe vom 14. Oktober 2014 ihre Stellungnahme ein. Sie brachten insbesondere vor, die Vertragsverhältnisse über Dienstleistungen bestünden ausschliesslich zwischen der A. & P. AG einerseits und den vorgängig erwähnten Vertragspartnern andererseits. Die Grundeigentümer seien gar nicht Vertragspartei, so dass diese auch nicht geschädigt worden seien. Insbesondere die Geschäftsbeziehungen mit den beiden Heizöllieferanten hätten bereits mit den Bürovorgängern bestanden und die Ersparnisse aus dem tieferen Preis seien allesamt den Hausbewohnern zugute gekommen. Ohnehin seien die fraglichen Entschädigungen gar nicht kostendeckend. Der effektive Administrativaufwand der Liegenschaftsverwaltungs-AG werde nicht vollumfänglich entschädigt.

**1.6** Nachdem das ABA zuhanden der beiden Notare nochmals schriftlich zusammengefasst und begründet hatte, inwiefern im vorliegenden Fall ein disziplinarrechtlich relevanter Verstoss gegen den Notariatsstand vorliegen könnte, gelangten diese mit abschliessender Stellungnahme vom 31. März 2015 nochmals ans ABA und legten abermals ihre gegenteilige Einschätzung dar, primär mit Blick auf die vom ABA als problematisch eingestuftes "Provisionen" der Heizöllieferanten. Der Erhalt dieser Stellungnahme wurde seitens des ABA mit Schreiben vom 24. April 2015 bestätigt und es wurde die Vorbereitung eines Entscheides des Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektors in Aussicht gestellt.

## **2.**

Gemäss Art. 38 Abs. 2 lit. c i.V. mit 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 spezieller rechtlicher Verfahrensvorschriften richtet sich die Durchführung des Disziplinarverfahrens nach den Regeln des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Mai 1989 (VRPG; BSG 155.21). Im Falle einer aufsichtsrechtlichen Anzeige sieht Art. 101 Abs. 2 VRPG vor, dass dem Anzeiger grundsätzlich keine Parteirechte zustehen, dass er aber verlangen kann, dass ihm Auskunft über die Erledigung der Anzeige gegeben wird. Die zu dieser Bestimmung entwickelte Rechtsprechung und Lehre (dargestellt etwa in MÜLLER, Bernische Verwaltungsrechtspflege, Bern 2011, S. 233) geht davon aus, dass der Anzeiger mangels Parteirechte weder Anspruch

auf die blossе Behandlung seiner Anzeige hat, noch gar darauf, dass seitens der Behörde konkrete Anordnungen getroffen werden. Da die bernischen Notare jedoch aufgrund ihrer freiberuflichen Berufsausübung nicht mit kantonalen Verwaltungsbehörden gleichgesetzt werden können, fallen sie in aufsichtsrechtlicher Hinsicht nicht unter die Konstellation, die den aus Art. 101 VRPG abgeleiteten Grundsätzen zugrunde liegt. Die JGK ist daher 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.**

**3.1** Der von der Revko VbN gemeldete Sachverhalt betrifft ausschliesslich nebenberufliche Tätigkeiten, die nicht dem Monopolbereich eines bernischen Notars unterliegen und entsprechend auch nicht öffentlich-rechtlich, sondern ausschliesslich privatrechtlich geregelt sind. Zwar wird diese Trennung im Notariatsrecht des Kantons Bern relativ streng vollzogen (vgl. etwa Art. 20 und 29 NG, welche insbesondere die Grundlage für die gebührenrechtlichen Regelungen in Art. 50 ff. NG bilden). Dies ändert jedoch nichts daran, dass ein im bernischen Notariatsregister eingetragener Notar im Rahmen seiner nebenberuflichen Tätigkeit ebenfalls Berufspflichten verletzen, gegen das Gebot der unabhängigen und einwandfreien Berufsausübung verstossen oder das Ansehen des Notariatsstandes gefährden kann (siehe auch KNB-GLATTHARD, N. 14 zu Art. 45 NG). Bei Berufspflichtverletzungen ist gerade im Rahmen der nebenberuflichen Tätigkeiten nicht nur an die primär auf die hauptberufliche Tätigkeit zugeschnittenen Pflichten nach Art. 30 ff. NG sowie an die Beachtung der Beurkundungsvorschriften gemäss Art. 31 ff. der Notariatsverordnung vom 26. April 2006 (NV; BSG 169.112) zu denken. Vielmehr fallen alle Vorschriften, die ein Notar bei der Berufsausübung allgemein zu beachten hat, unter die sog. Berufspflichten, also auch solche, die nicht der spezifischen Notariatsgesetzgebung, sondern beispielsweise dem allgemeinen Vertragsrecht entspringen (so auch KNB-GLATTHARD, N. 22 zu Art. 45 NG, sowie MARTI, Bernisches Notariatsrecht, Bern 1983, N. 8 zu Art. 40 aNG). Gegen das Ansehen des Notariatsstandes verstösst somit auch ein Notar, der in seiner nebenberuflichen Tätigkeit rechtliche Bestimmungen verletzt. Zu prüfen ist daher in einem ersten Schritt, ob und inwiefern ein Verstoss gegen rechtliche Bestimmungen vorliegt, wobei im konkreten Fall der Fokus auf der auftragsrechtlichen Herausgabepflicht liegt.

**3.2** Die vorliegend zu beurteilenden Einnahmen standen zivilrechtlich der A. & P. AG zu. Die beiden Notare sind je einzeln zeichnungsberechtigte Verwaltungsräte der A. & P. AG. Nebst ihrer Organstellung beherrschen die beiden Notare die Gesellschaft auch wirtschaftlich. Die Notare haben ihre nebenberufliche Tätigkeit der Liegenschaftsverwaltung zulässigerweise an eine AG ausgegliedert. Die Zusammenarbeit zwischen Notariat und AG ist jedoch sehr eng. So tritt die Zusammenarbeit gegen aussen mitunter dadurch in Erscheinung, dass ein gemeinsamer Internetauftritt für beide Tätigkeitszweige besteht (vgl. auch KNB-BÜRGI, N. 13 und 15 zu Art. 44 NG).

Die A. & P. AG untersteht deshalb gestützt auf Art. 44 Abs. 3 NG ebenso der notariatsrechtlichen Revisionspflicht wie die beiden Notare selbst. Entsprechend wurde im Rahmen der ordentlichen Revision vom 19. September 2013 richtigerweise auch die Buchhaltung der A. & P. AG überprüft, wie dies schon in den Vorjahren stets der Fall gewesen war. Disziplinarrechtlich sind daher Handlungen der A. & P. AG den beiden Notaren zuzurechnen.

In der Erfolgsrechnung 2012 dieser AG findet sich eine Ertragsposition "Provisionen" über CHF 27'238.63. In der Erfolgsrechnung des Jahres 2013 wurden unter "Provisionen" CHF 29'862.35 als Einnahmen verbucht. Gemäss Art. 400 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht vom 30. März 1911 (OR; SR 220) hat der Beauftragte dem Auftraggeber alles, was ihm infolge der Geschäftsführung aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, vollumfänglich zu erstatten. Zu prüfen ist daher, ob es sich bei den vereinnahmten "Provisionen" um Einnahmen handelt, welche den jeweiligen Grundeigentümern/Auftraggebern hätten weitergeleitet werden müssen und somit nicht auf eigene Rechnung hätten vereinnahmt werden dürfen.

#### 4.

**4.1** Die beiden Notare bieten über die A. & P. AG diverse Dienstleistungen im Immobiliensektor an, wie insbesondere die Vermietung, die technische und die finanzielle Verwaltung von Liegenschaften, die Führung der Liegenschaftsbuchhaltung sowie die Projektierung und Durchführung von grosszyklischen Sanierungs- und Umbauarbeiten (vgl. [www.A.-P.ch](http://www.A.-P.ch), Bereich A. & P. AG, Dienstleistungen). Dabei werden sie auf Mandatierung der jeweiligen Grundeigentümer tätig, womit zwischen dem Hauseigentümer und der von den beiden Notaren geführten AG ein privatrechtliches Auftragsverhältnis nach Art. 394 ff. OR entsteht. Entsprechend ist auf die jeweiligen Vertragsverhältnisse auch Art. 400 Abs. 1 OR anwendbar. Die in dieser Bestimmung statuierte Herausgabe- resp. Ablieferungspflicht umfasst gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Einklang mit der einhelligen Lehre nicht nur diejenigen Vermögenswerte, die der Beauftragte direkt vom Auftraggeber zwecks Erfüllung seines Auftrages erhält, sondern auch jene, die dem Beauftragten infolge der Auftragsausführung von Dritten zukommen (sog. indirekte Vorteile). Behalten darf der Beauftragte hingegen (nebst des ihm vom Auftraggeber allenfalls zufließenden Honorars für die Auftrags erledigung) jene Vermögenswerte, die ihm anlässlich der Auftragsausführung von dritter Seite her zufließen, ohne dass diese Zugänge in einem inneren Zusammenhang zum Auftrag stehen würden. Ein innerer Zusammenhang zum Auftrag ist bereits dann gegeben, wenn die Gefahr besteht, dass der Beauftragte sich durch die ihm zukommenden Zuwendungen eines Dritten veranlasst sehen könnte, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen (vgl. BGE 138 III 755 E. 5.3). Nicht erforderlich ist im Hinblick auf die Herausgabepflicht demgegenüber, dass der Beauftragte sich tatsächlich pflichtwidrig verhält oder der Auftraggeber einen konkreten Nachteil erleidet. Faktisch soll sich der Beauftragte im Rahmen der Auftragsausführung weder be- noch entreichern, er soll also abgesehen vom Honorar keinen zusätzlichen Gewinn, jedoch auch keinen Verlust erzielen. Nicht behalten darf der Beauftragte beispielsweise Rabatte und Provisionen, selbst wenn diese nach dem Willen des

Dritten ausschliesslich ihm zugute kommen sollen. Ebenfalls dem Auftraggeber herauszugeben sind Retrozessionen, da sie dem Beauftragten vom Dritten gerade deshalb ausgerichtet werden, weil er im Rahmen des Auftrages bestimmte Verwaltungshandlungen vornimmt oder veranlasst (vgl. zum Ganzen u.v. BGE 132 III 460 E. 4.1, mit weiteren Hinweisen, sowie ausführlich BGE 138 III 755 E. 4.2 ff.). Nicht zu beanstanden sind hingegen Entschädigungen, die einen konkreten Aufwand abgelten (vgl. BGE 138 III 755 E. 5.7)

**4.2** Als "Retrozessionen" werden indirekte Vorteile des Beauftragten verstanden, die ihm im Rahmen eines ihm erteilten Auftrages dadurch zufallen, dass er unter Beizug eines Dritten bestimmte Verwaltungshandlungen vornimmt oder veranlasst. Der Dritte zeigt sich alsdann für seinen Beizug dem Beauftragten gegenüber mittels Rückerstattung eines Teils der für die Verwaltungshandlungen anfallenden Gebühren erkenntlich (vgl. etwa BGE 138 III 755 E. 4.2; ISELI, Anforderungen an Informationen beim Verzicht auf Retrozessionen, in: Jusletter vom 9. Januar 2012). Während der am Auftragsverhältnis beteiligte Auftraggeber also gegenüber dem beigezogenen Drittanbieter den vollen in Rechnung gestellten Betrag zu begleichen hat, wird von letzterem ein bestimmter Anteil dieses Rechnungsbetrages wiederum dem Beauftragten rückvergütet. Eine derartige Rückvergütung kann beispielsweise in Form einer fixen Provision erfolgen, oder auch in Form eines dem Beauftragten seitens des Drittanbieters gewährten Rabattes für die erbrachte Dienstleistung. Auch unter den Überbegriff "Retrozession" fallen sodann die sog. "Finder's Fees", also Provisionen, die der beigezogene Dritte dem Beauftragten für die Zuführung neuer Kunden zukommen lässt (FELBER, Wem gehören Retrozessionen?, in: Neue Zürcher Zeitung vom 20. Juni 2006, Nr. 140, S. 23).

Auch wenn die Problematik der Retrozessionen primär im Finanzsektor bekannt ist, wovon gerade auch die vorerwähnten Urteile des Bundesgerichts zeugen, kann sie sich genau so auch im Bereich der Liegenschaftsverwaltung stellen. Retrozessionen bergen stets die Gefahr, beim Beauftragten Anreize auszulösen, die sich nicht mit den Interessen seines Auftraggebers decken. So könnte es beispielsweise für den Beauftragten lukrativer sein, zur Aufgabenerfüllung einen teureren Dienstleistungsanbieter beizuziehen, weil ihm dieser gegenüber einem billigeren Marktteilnehmer höhere Rückvergütungen in Aussicht stellt. Fliessen diese Rückvergütungen anschliessend nicht an den Auftraggeber zurück und weiss er um diese auch nicht Bescheid, so könnten seine Interessen und Rechte letztlich verletzt werden. Im Ergebnis bezahlt nämlich der Auftraggeber zum einen eine teurer eingekaufte Dienstleistung, wobei unerheblich ist, ob ihm diese direkt vom beigezogenen Dienstleistungsanbieter in Rechnung gestellt wird, oder ob sie vorweg vom Beauftragten bezahlt und anschliessend dem Auftraggeber weiterverrechnet wird. Dies steht unter Umständen nicht im Einklang mit der in Art. 398 Abs. 2 OR vorgeschriebenen Haftung für getreue und sorgfältige Ausführung des Beauftragten. Zum anderen wird dem Auftraggeber durch Nichterstattung der vom Beauftragten entgegengenommenen Rückvergütung ein entgeltlicher Vorteil vorenthalten, der seinen Ursprung im Auftragsverhältnis findet. Damit sind – sofern der Auftraggeber nicht rechtsgültig auf die entsprechende Rückerstattung zu seinen Gunsten verzichtet hat – sowohl die Treuepflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR, als auch die Her-

ausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR verletzt (vgl. dazu etwa sinngemäss BGE 137 III 393 E. 2.3).

**4.3** Von der upc cablecom GmbH hat die A. & P. AG gemäss den Kontoblättern "Provisionen" im Geschäftsjahr 2012 Vergütungen von total CHF 10'184.83 sowie im Geschäftsjahr 2013 von CHF 10'190.75 erhalten. Die Zusammenarbeit mit diesem Dienstleister beschreiben die beiden Notare in ihrer Stellungnahme vom 13. März 2014 so, dass die A. & P. AG die einzelnen Mieter resp. Stockwerkeigentümer je Mehrfamilienhaus gegenüber der upc cablecom GmbH vertrete und den ganzen Administrativ- und Finanzverkehr für die einzelnen Dienstleistungsbezüger vornehme. So würden beispielsweise die einzelnen An- und Abmeldungen für Mieter vorgenommen, gerade auch bei Mieterwechseln, was der upc cablecom GmbH den Vorteil einbringe, viel weniger einzelne Vertragsverhältnisse verwalten zu müssen. So müsste diese viel weniger Zwischenabrechnungen mit einzelnen Leistungsbezügern erstellen und für die Fakturierung stehe ein gemeinsamer Adressat, nämlich die Liegenschaftsverwaltung, zu Verfügung. Zusätzlich werde dadurch das Risiko von Debitorenverlusten ausgeschlossen. Bei den von der upc cablecom GmbH an die A. & P. AG entrichteten Zahlungen handle es sich somit um nicht kostendeckende Inkassoentschädigungen. In ihrer Eingabe vom 17. Juni 2014 präzisieren die beiden Notare, die Vergütung stelle eine Abgeltung jenes Aufwandes dar, der der Liegenschaftsverwaltung durch Zuzug, Wegzug, Sperren und Erweitern von Diensten der Mieter etc. entstehe. Da die upc cablecom GmbH den grösseren Verwaltungen ihre Dienste pro Haus und Jahr in Rechnung stelle, müsse alsdann die Liegenschaftsverwaltung die Aufteilung der Rechnungen unter Berücksichtigung sämtlicher Mutationen vornehmen. Für diese Zusatzdienstleistung, welche der upc cablecom GmbH eine erhebliche Erleichterung der Führung und Abrechnung ihres Kundstammes bringe, entschädige sie die A. & P. AG teilweise. Mit Eingabe vom 14. Oktober 2014 betonen die beiden Notare sodann, es handle sich um ein Vertragsverhältnis über Dienstleistungen, welches zwischen der A. & P. AG einerseits und der upc cablecom GmbH andererseits bestünde und an dem keine weiteren Parteien, insbesondere keine Grundeigentümer, je als Vertragsparteien beteiligt gewesen seien.

Die upc cablecom GmbH führt in ihrem Schreiben vom 1. Juli 2014 aus, für Liegenschaften mit Mietwohnungen werde mit den Liegenschaftseigentümern häufig eine Pauschalkundenvereinbarung abgeschlossen. Darin werde vereinbart, dass die Kosten für den Kabelanschluss der einzelnen Mietwohnungen direkt durch den Grundeigentümer bezahlt würden. Als Gegenleistung für diesen administrativen Aufwand werde dem Liegenschaftseigentümer von der upc cablecom GmbH eine Inkassoentschädigung von 3 % resp. 5 % des Abonnementspreises rückvergütet. Vertragspartner solcher Pauschalkundenvereinbarungen seien stets die Liegenschaftseigentümer, die sich bisweilen allenfalls von professionellen Hausverwaltungen vertreten liessen.

Bei den amtlichen Akten befindet sich sodann eine Pauschalkundenvereinbarung mit dazugehöriger Zusatzvereinbarung vom 8. März 2012 resp. vom 19. Juni 2012. Als Vertragsparteien werden auf der Pauschalkundenvereinbarung die upc cablecom GmbH einerseits und die Grundeigentümerin (Stockwerkeigentümergeinschaft) andererseits ausgewiesen, wobei zusätzlich die A. & P. AG explizit als Vertreterin der Grundeigentümerin aufgeführt wird. Unterzeichnet ist diese

Vereinbarung im Namen der Grundeigentümerin. Auf der Zusatzvereinbarung werden als Parteien zwar die upc cablecom GmbH und die A. & P. AG aufgeführt, ohne Nennung der Grundeigentümerin. Diese Zusatzvereinbarung ist jedoch wiederum im Namen der Stockwerkeigentümergeinschaft/Grundeigentümerin unterzeichnet. Der Zusatzvereinbarung ist zu entnehmen, dass dem Kunden der upc cablecom GmbH, gleichzusetzen mit der Grundeigentümerin, eine Rückvergütung von 5 % auf dem Abonnementspreis gemäss Pauschalkundenvereinbarung gewährt wird, um den administrativen Aufwand der Kundin für das Inkasso der Abonnementskosten bei den einzelnen Dienstleistungsbezüglern abzugelten. Die Rückvergütung hat die Kundin nach vollständig einbezahlter Jahresrechnung mittels mehrwertsteuerkonformer Rechnung bei der upc cablecom GmbH einzufordern.

Aufgrund der Darstellung der upc cablecom GmbH und des Inhaltes der Pauschalkundenvereinbarung mit zugehöriger Zusatzvereinbarung ist im Widerspruch zur Darstellung der beiden Notare davon auszugehen, dass ein Vertragsverhältnis der upc cablecom GmbH mit den einzelnen Grundeigentümern besteht. Die A. & P. AG ist nicht Vertragspartei der Pauschalkundenvereinbarung. Wichtig ist weiter der Hinweis der upc cablecom GmbH, sie gehe von einem Vertragsverhältnis mit den Grundeigentümern aus. Bezogen auf die von der upc cablecom GmbH entrichteten Vergütungen bedeutet dies folglich nichts anderes, als dass diese aufgrund der allgemeinen vertragsrechtlichen Bestimmungen dem jeweiligen Grundeigentümer als eigentlichem Vertragspartner der upc cablecom GmbH zustehen und von der A. & P. AG nicht ohne entsprechende Einwilligung des berechtigten Grundeigentümers einbehalten werden dürfen. Dies selbst dann, wenn die gegenüber der upc cablecom GmbH bestehenden vertraglichen Pflichten des Grundeigentümers aufgrund des Liegenschaftsverwaltungsmandates von der A. & P. AG erbracht werden.

Die Auffassung der beiden Notare, wonach die Auftraggeber (Grundeigentümer) an den mit der upc cablecom GmbH bestehenden Pauschalkundenvereinbarungen in keiner Art und Weise beteiligt seien, widerspricht eindeutig den vorliegenden Akten. Im Grunde genommen steht den Grundeigentümern der Anspruch auf die Zahlungen bereits direkt gestützt auf das allgemeine Stellvertretungsrecht gemäss Art. 32 ff. OR zu. Schon alleine deswegen ist davon auszugehen, dass die Zahlungen der upc cablecom GmbH den einzelnen Grundeigentümern zustehen würden. Durch die Einbehaltung dieser Rückvergütungen haben die beiden Notare folglich die auftragsrechtliche Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR verletzt, so dass sie auch gegen das Ansehen des Notariatsstandes verstossen haben.

**4.4** Gemäss den bereits erwähnten Kontoblättern "Provisionen" hat die H. AG der A. & P. AG im Geschäftsjahr 2012 Vergütungen in der Höhe von CHF 7'592.60 und im Geschäftsjahr 2013 von CHF 9'014.05 überwiesen. Die F. AG hat im Geschäftsjahr 2012 einen Betrag von CHF 435.30 entrichtet, im Geschäftsjahr 2013 hat sie der A. & P. AG CHF 1'278.80 überwiesen. Die beiden Notare führen in ihrer Stellungnahme vom 13. März 2014 aus, die H. AG erstelle jahresweise eine Abrechnung zu sämtlichen durch die A. & P. AG erfolgten Heizölbezügen. Das Heizöl

werde jeweils in grossen Tranchen eingekauft und dann je nach Bedarf in der erforderlichen Menge zwecks Verteilung an die verschiedenen Liegenschaften abgerufen. Die A. & P. AG Sorge also nebst der Bestellung, Verteilung und Bezahlung des Heizöls auch für die organisatorischen Abläufe, wie etwa das Avisieren und Aufbieten des Hauswartes für die Lieferung. Die H. AG habe damit bloss einen einzigen Ansprechpartner für sämtliche betroffenen Liegenschaften und trage kein Inkassorisiko. Dafür erhalte die A. & P. AG eine Dienstleistungsentschädigung. Zusätzlich führe natürlich der Grosseinkauf von Heizöl auch zu günstigeren Konditionen, welche sich in der Nebenkostenabrechnung direkt zugunsten der einzelnen Mieter auswirken würden. In ihrer Eingabe vom 17. Juni 2014 machen die beiden Notare weitere detaillierte Angaben zur Zusammenarbeit mit der H. AG. Sie bringen ihre guten persönlichen Beziehungen zum Lieferanten ins Spiel, die ihnen die Heizölbezüge in Form von grossen Sammelbestellungen ermöglichen würden. Die belieferten Grundstücke würden nur teilweise durch die A. & P. AG verwaltet. Es hätten sich diesem Dienst darüber hinaus nämlich auch einige weitere Privathaushalte angeschlossen. Zweck der Sammelbestellungen sei der erheblich billigere Einkaufspreis des Heizöls, wobei die Rabatte zwischen 2 % und 4 % gegenüber dem aktuellen Tagespreis zu liegen kämen. Dieser Rabatt werde vollumfänglich den Konsumenten weitergegeben. Die Koordination der Sammelbestellungen verursache seitens der A. & P. AG einen erheblichen Zeitaufwand, der wiederum dem Brennstofflieferanten entfalle. Entsprechend werde seitens des Brennstofflieferanten ein Teil dieser Aufwandsparnis der A. & P. AG gutgeschrieben. Der effektive Aufwand werde dadurch jedoch nur teilweise gedeckt. Dass auch private Eigentümer von Einfamilienhäusern von diesem Angebot der Sammelbestellung Gebrauch machen würden, zeige deutlich, dass die von der A. & P. AG jeweils ausgehandelten Heizölpreise sehr attraktiv seien und für den Konsumenten eine echte Einsparung bewirken würden. Mit Schreiben vom 14. Oktober 2014 hielten die beiden Notare fest, dass mit der H. AG und mit der F. AG keine schriftlichen Zusammenarbeitsverträge bestehen. Die Vereinbarungen über die kollektiven Heizölbestellungen und das über die Liegenschaftsverwaltung vorgenommene Inkasso seien zu einer Zeit vereinbart worden, als die Liegenschaftsverwaltung noch durch die Vor- und Vorgänger geführt worden sei. Die bei der Heizölbestellung eingesparten Kosten seien allesamt den Hausbewohnern zugute gekommen. Die Dienstleistungsentschädigungen seien nicht kostendeckend und die Verbuchungen seien immer auf dieselbe Weise vorgenommen worden, den Revisoren seit Jahren bekannt gewesen und bisher nie angefochten worden. Schliesslich stellen die beiden Notare in ihren Schlussbemerkungen vom 31. März 2015 dar, weshalb es sich bei den ihnen durch die H. AG und die F. AG überwiesenen Vergütungen ihrer Ansicht nach nicht um Retrozessionen im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung handle. So stehe die A. & P. AG mit Blick auf die Heizölbeschaffung eben gerade nicht mit den Grundeigentümern und Auftraggebern für die Liegenschaftsverwaltung in einem Rechtsverhältnis. Wenn überhaupt, so sei bestenfalls der jeweilige Mieter je Wohnobjekt marginal involviert, weil ihm das vergünstigte Heizöl auf der Basis der mietrechtlich zulässigen Weiterbelastung von Heizkosten belastet werde. Mit den einzelnen Mietern liege aber kein Auftragsverhältnis vor. Aus auftragsrechtlicher Sicht bestehe somit aufgrund der in diesem Bereich nicht vorhandenen Zusammenarbeit zwischen Grundeigentümern (Auftraggebern) und Liegenschaftsverwaltung keine Herausgabepflicht. Der tiefere Heizölpreis werde

dem jeweiligen Leistungsbezüger (Mieter) weitergegeben, der dadurch profitiere, weil sein Heizkostenaufwand sinke. Dies sei ein Vorgang, der aufwandneutral am Grundeigentümer vorbeigehe. Bei den durch die Heizöllieferanten an die A. & P. AG geleisteten Vergütungen handle es sich um Aufwandentschädigungen. Inhaltlich wird zur Begründung derselben auf die in der Eingabe vom 13. März 2014 enthaltenen Ausführungen verwiesen. Weiter legen die beiden Notare dar, dass seitens der Liegenschaftsverwaltung kein Anreiz bestehe, durch eigene Entscheidungen einen Bestand bestimmter Anlageprodukte zu begründen, zu erhalten oder zu erhöhen, auch wenn dies möglicherweise nicht durch die Interessen des Kunden gerechtfertigt sei. Es handle sich hier gerade nicht um den Bereich der Vermögensverwaltung, und auf die Menge des verbrauchten und gekauften Heizöls bestehe seitens der A. & P. AG kein Einfluss. Auch würden viele Liegenschaften mit Gasheizung oder anderen Energieträgern betrieben. Ein Vergleich mit den bundesgerichtlich beurteilten Fällen lasse sich somit nicht ziehen.

Die H. AG führt in ihrem Schreiben vom 30. Juni 2014 aus, sie entrichte ihren Grosskunden eine Rückvergütung, wenn eine bestimmte Jahresmenge Heizöl oder Diesel bezogen worden sei. Die Entschädigung werde jeweils pro 100 Liter gerechnet, beispielsweise CHF 1.00 pro 100 Liter, wenn innerhalb eines Jahres eine Menge von 500'000 Litern erreicht worden sei. Sofern eine bestimmte Minimalmenge nicht erreicht werde, falle die Vergütung dahin.

Die F. AG schildert ihre Zahlungen mit Schreiben vom 14. Juli 2014 dergestalt, dass Provisionen aus Geschäften ausschliesslich auf Initiative des Geschäftspartners ausgerichtet würden. Beispielsweise sei dies der Fall bei Privatpersonen, welche Sammelbestellungen initiieren und damit ihren eigenen Aufwand reduzieren würden. Auch bei gewerblich tätigen Brennstoffbeschafern gehe die F. AG davon aus, dass die eingenommenen Provisionen auf die Verbraucher verteilt oder zur Deckung der zusätzlichen Kosten verwendet würden. Die Höhe der Zahlungen würde in aller Regel durch den jeweiligen Geschäftspartner bestimmt. Die F. AG entscheide alsdann, ob diese Forderung erfüllt werden könne oder auf eine Lieferung zu diesen Konditionen verzichtet werde.

Es ist mit Sicherheit nicht zu beanstanden, dass dank dem Einsatz einer Liegenschaftsverwaltung Heizöl günstiger eingekauft werden kann und dann der entsprechend tiefere Heizölpreis den jeweiligen Mietern eins zu eins weiterverrechnet wird. Umstritten ist jedoch, ob die von den Heizöllieferanten geleisteten Zahlungen der auftragsrechtlichen Herausgabepflicht (an die Grundeigentümer und Auftraggeber) unterliegen. Die Notare machen geltend, es handle sich hierbei ausschliesslich um Aufwandentschädigungen, welche nicht der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR unterliegen. Zudem liege in casu nicht eine herausgabepflichtige Retrozession vor, da mit Blick auf den Heizöleinkauf kein Auftragsverhältnis zwischen der A. & P. AG einerseits und den einzelnen Grundeigentümern andererseits bestehe.

Zwar lässt sich grundsätzlich nicht bestreiten, dass die (formlosen) Vereinbarungen mit der H. AG und mit der F. AG, wonach diese beiden Brennstofflieferanten nur einmal jährlich eine Rechnung stellen müssen, zu einem Mehraufwand bei der A. & P. AG führen. Diese muss nämlich die Aufteilung der Gesamtrechnung auf die einzelnen Liegenschaften resp. auf die individuellen

Haushalte sowie das Inkasso vornehmen. Aufgrund der Darstellung der beiden Brennstofflieferanten steht jedoch gerade nicht diese Aufwandentschädigung im Vordergrund. Aus deren Sicht haben die jeweiligen Zahlungen eindeutig Provisionscharakter. So muss jeweils ein bestimmtes Minimum an Heizöl bezogen werden, damit die Zahlungen ausgelöst werden. Es geht also letztlich gerade darum, (Heizöl)Einkäufer dazu zu animieren, jährlich wiederkehrend Brennstoffe in möglichst grosser Menge einzukaufen, wofür sie dann im Gegenzug in einem gewissen Umfang am durch sie generierten Umsatz teilhaben sollen. Diese Konstellation entspricht genau demjenigen Sachverhalten, die gemäss bundesgerichtlicher Praxis zu einer abstrakten Interessenkollision führen können. Durch die in Frage stehenden Provisionen wird nämlich ein möglicher Anreiz für die Liegenschaftsverwaltung geschaffen, möglichst viel Heizöl bei demselben Lieferanten einzukaufen.

Entgegen der Auffassung der Notare erfolgt der Heizöleinkauf gestützt auf die jeweiligen Liegenschaftsverwaltungsverträge mit den jeweiligen Eigentümern. Die Versorgung einer Liegenschaft mit Heizöl und die entsprechenden Organisationsarbeiten gehören durchaus zum üblichen Bestandteil eines Verwaltungsvertrags. Ohne entsprechenden Auftrag durch die Eigentümer hätte die A. & P. AG kaum die entsprechenden Arbeiten an die Hand genommen. Mit den Mietern besteht in dieser Hinsicht kein Vertragsverhältnis. Daran ändert auch nichts, dass schlussendlich die Mieter von einem günstigen Heizöleinkauf profitieren. Der entsprechende Vorteil wird nämlich durch die Nebenkostenabrechnung verursacht, welche eine Liegenschaftsverwaltung im Rahmen ihres Verwaltungsauftrags vornehmen muss. Die vorliegend zu beurteilenden Zahlungen haben somit einen inneren Zusammenhang mit den jeweiligen Verwaltungsaufträgen. Sie sind als "indirekte Vorteile" im Sinne der bundesgerichtlichen Praxis zu qualifizieren, die der auftragsrechtlichen Herausgabepflicht unterliegen. So geht denn auch zumindest die F. AG in ihrem Schreiben vom 14. Juli 2014 davon aus, dass die mit ihren Grosskunden ausgehandelten Rückvergütungen den einzelnen Endverbrauchern zugute kämen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass sich an den jeweiligen Sammelbestellungen teilweise individuelle Grundeigentümer beteiligen, die ihre Liegenschaft nicht durch die A. & P. AG verwalten lassen. Zu diesen Grundeigentümern besteht insofern erst recht ein unmittelbares Auftragsverhältnis, als sie den Einkauf des für ihre Liegenschaft erforderlichen Brennstoffes direkt an die A. & P. AG delegieren in der Erwartung, alsdann zum passenden Zeitpunkt die in Auftrag gegebene Menge Heizöl zu einem günstigeren Literpreis geliefert zu erhalten.

Es ist den Notaren zuzubilligen, dass aus ihrer Sicht die Zahlungen der Heizöllieferanten auch den Charakter einer Aufwandentschädigung haben können. Entgegen ihrer Auffassung nehmen sie jedoch die entsprechenden Organisations- und Abrechnungsarbeiten nicht im Interesse der Heizöllieferanten vor. Die entsprechenden Arbeiten erfolgen gestützt auf die Verwaltungsaufträge mit den jeweiligen Eigentümern. Die Eigentümer müssten diese Arbeiten grundsätzlich (anteilmässig) mit dem Verwaltungshonorar entschädigen. Die Notare machen sinngemäss geltend, dass die Zahlungen der Heizöllieferanten weniger hoch waren als ein dem Zeitaufwand entsprechendes Honorar. Aus diesem Grund seien die Grundeigentümer nie geschädigt worden. Eine konkrete Schädigung der Auftraggeber ist gemäss bundesgerichtlicher Praxis für die Ver-

letzung der auftragsrechtlichen Herausgabepflicht jedoch nicht erforderlich. Es genügt eine abstrakte Interessenskollision, die bei der geschilderten Konstellation vorliegt.

Daraus folgt, dass die beiden Notare auch im Bereich der von der H. AG und der F. AG geleisteten Zahlungen gegen die auftragsrechtliche Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR verstossen haben, indem sie die vereinnahmten Provisionen nicht auf die Eigentümer der einzelnen zwecks Sammelbestellungen einbezogenen Liegenschaften verteilt und jenen herausgegeben haben.

**4.5** Was die Zuwendungen der GVB Privatversicherungen AG an die A. & P. AG anbelangt, so beliefen sich diese gemäss den Kontoblättern "Provisionen" für das Geschäftsjahr 2012 auf CHF 7'451.85 und für das Geschäftsjahr 2013 auf CHF 9'378.75. Dazu führen die beiden Notare in ihrer Stellungnahme vom 13. März 2014 aus, sie seien für die Gebäudeversicherung GVB (recte: GVB Privatversicherungen AG) v.a. mit Blick auf die Lieferung aktueller Angaben pro laufende Gebäuderenovation und -sanierung tätig, damit diese die richtige Versicherungsdeckung während und nach der Bauzeit bestimmen könne. Weiter werde durch die A. & P. AG die Prämienzahlung pro verwaltetes Objekt vorgenommen, auf die einzelnen Versicherten verteilt und das Inkasso wahrgenommen. Die GVB entschädige diesen Arbeitsaufwand sowie die Sicherheit, keine Inkasso-Ausfälle zu haben, mit einer Dienstleistungsentschädigung von CHF 38.50 pro verwaltetes Objekt und Jahr. Mit Stellungnahme vom 17. Juni 2014 bringen die beiden Notare sodann vor, die Gebäudeversicherung des Kantons Bern stelle eine Zwangsversicherung für alle auf dem Kantonsgebiet Bern befindlichen Gebäude dar, womit die GVB eben gerade nicht auf das Vertriebsnetz der Liegenschaftsverwaltung angewiesen sei, wie dies bei Retrozessionen im Finanzsektor jeweils der Fall sei.

Die GVB Privatversicherungen AG führt in ihrem Schreiben vom 14. Juli 2014 aus, gemäss langjähriger Praxis würden Broker und Liegenschaftsverwaltungen für ihre Aufwände entschädigt. Die sogenannten Intermediäre würden den operativen Aufwand der GVB Privatversicherungen AG durch die jährliche Aktualisierung der Gebäudedaten, die Koordination bei Schadenfällen usw. reduzieren. Die Basis der jeweiligen Aufwandentschädigungen werde vertraglich mittels einer Zusammenarbeitsvereinbarung fixiert, deren Inhalt allerdings dem Geschäftsgeheimnis unterliege und daher seitens der GVB Privatversicherungen AG nicht bekannt gegeben werden könne.

Der fragliche Zusammenarbeitsvertrag zwischen der GVB Privatversicherungen AG und der A. & P. AG, abgeschlossen am 30. Januar 2013 resp. am 1. Februar 2013, wurde jedoch seitens der beiden Notare zu den Akten gereicht. Gemäss dieser Vereinbarung übernimmt die A. & P. AG die Rolle eines gebundenen Vermittlers gemäss Art. 43 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen vom 17. Dezember 2004 (Versicherungsaufsichtsgesetz [VAG; SR 961.01]). Als Grundlage für die Vermittlung dient das jeweilige Liegenschaftsverwaltungsmandat zwischen der A. & P. AG sowie ihren individuellen Auftraggebern (Grundeigentümern). Die Liegenschaftsverwaltung hat im Sinne von Vertragspflichten sämtliche Richtlinien und Weisungen der GVB Privatversicherungen AG zu befolgen, sämtliche Mitteilungen wie etwa

Schadenmeldungen und Kündigungen umgehend weiterzuleiten und die Informationspflichten gemäss Art. 45 VAG zu erfüllen. Es ist ihr insbesondere untersagt, von Versicherungsbedingungen und Tarifen abzuweichen, Zahlungen für Rechnung der GVB Privatversicherungen AG entgegenzunehmen und ihren Mandanten Zahlungsfristen betreffend die Versicherungsprämien zu gewähren. Die Zusammenarbeitsvereinbarung kann von beiden Parteien unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist aufgelöst werden. Weiter ist eine sofortige Auflösung aus wichtigen Gründen möglich, namentlich dann, wenn die Provisionszahlungen pro Kalenderjahr den Betrag von CHF 2'000.00 unterschreiten. Als Entschädigung für ihre Tätigkeiten erhält die A. & P. AG eine Courtage, die auf der Basis der in Rechnung gestellten Prämie netto (ohne Stempelabgaben, Gebühren etc.) berechnet wird. Diese Courtage wird von der GVB Privatversicherungen AG ausbezahlt, wenn ein gegenüber der A. & P. AG rechtsgültig erteiltes Mandat des Versicherungsnehmers (Auftraggebers) vorliegt, ein von der A. & P. AG aktualisiertes Gebäudeverzeichnis vorliegt und die A. & P. AG ihre im Rahmen der Leistungsvereinbarung übernommenen Pflichten vollumfänglich erfüllt.

Vorab ist festzuhalten, dass der zwischen der GVB Privatversicherungen AG und der A. & P. AG bestehende Zusammenarbeitsvertrag in formeller Hinsicht losgelöst von den einzelnen Liegenschaftsverwaltungsmandaten abgeschlossen worden ist. Die einzelnen Auftraggeber (Grundeigentümer) sind daran (formell) nicht beteiligt. Weiter stehen Mutationsmeldungen über Gebäudedaten nicht in einem unmittelbaren Zusammenhang zur eigentlichen Liegenschaftsverwaltung. Die A. & P. AG ist in diesem Bereich primär für die GVB Privatversicherungen AG und nicht für die einzelnen Grundeigentümer tätig. Bei dieser Betrachtungsweise würden die Zahlungen der GVB Privatversicherungen AG einen konkreten Aufwand entschädigen, so dass sie wohl nicht zwingend der auftragsrechtlichen Herausgabepflicht unterstehen würden.

Der Zusammenarbeitsvertrag mit der GVB Privatversicherungen AG erscheint jedoch aus einem anderen Grund heikel. Er sieht nämlich primär auch die gebundene Vermittlung von neuen Versicherungsnehmern vor. Hier ist von zentraler Bedeutung, dass die Zusammenarbeit entgegen der Darstellung der beiden Notare eben gerade nicht mit der öffentlich-rechtlichen Gebäudeversicherung Bern besteht, die sämtliche bernischen Bauten obligatorisch gegen Elementar- und Feuerschäden versichert, sondern mit der GVB Privatversicherungen AG. Diese bietet fakultative Zusatzversicherungsprodukte an und steht deshalb sehr wohl in einem Konkurrenzverhältnis zu anderen privaten Versicherungsanbietern. Insofern bringt ihr der Rückgriff auf das Netzwerk von Liegenschaftsverwaltungen einen Marktvorteil. Wohl deshalb wird die im Zusammenarbeitsvertrag umschriebene Vergütung an die A. & P. AG als "Courtage" bezeichnet. Kommt noch der Umstand dazu, dass diese Courtage gemäss Zusammenarbeitsvereinbarung letztlich auf der Basis der jeweiligen Versicherungsprämie pro Versicherungsnehmer berechnet wird. Diese Geldleistung kann zwar als objektbezogene Aufwandentschädigung angesehen werden, beinhaltet aber aufgrund der Vertragsausgestaltung auch Elemente, die darauf hindeuten, dass wohl das Prinzip der sog. "Finder's Fees" mit einfließt. So nimmt die A. & P. AG in ihren Geschäftsbeziehungen zur GVB Privatversicherungen AG die Rolle eines gebundenen Vermittlers ein und verpflichtet sich dadurch, nebst der GVB Privatversicherungen AG mit höchstens einer weiteren

Versicherungsgesellschaft einen Zusammenarbeitsvertrag abzuschliessen (vgl. Art. 2 der zu den Akten gereichten Zusammenarbeitsvereinbarung). Die Vergütung wird nicht in Form eines fixen Betrages pro gemeldetes Objekt festgelegt, sondern bezogen auf die Versicherungsprämie der einzelnen Versicherungsnehmer ermittelt. Damit wird zumindest eine abstrakte Interessenskollision in Kauf genommen, indem für die mit der GVB Privatversicherungen AG zusammenarbeitenden Liegenschaftsverwaltungen zumindest hypothetisch ein Anreiz besteht, ihren Auftraggebern (Grundeigentümern) im Rahmen der Liegenschaftsverwaltungstätigkeit möglichst einen Versicherungsabschluss mit der GVB Privatversicherungen AG nahe zu legen. Unter diesem Blickwinkel könnte sodann auch ein innerer Zusammenhang zwischen den der Liegenschaftsverwaltung zugrunde liegenden Auftragsverhältnissen und den von der GVB Privatversicherungen AG an die A. & P. AG ausbezahlten Vergütungen im Sinne der eingangs dargestellten bundesgerichtlichen Rechtsprechung vorliegen (vgl. insbesondere BGE 138 E. 5.3 und 5.7).

Grundsätzlich wird im Auftragsrecht von der Lehre wie auch von der Rechtsprechung bejaht, dass der Beauftragte jene Vergütungen Dritter nicht an den Auftraggeber herausgeben muss, die ausschliesslich zur Deckung seiner Aufwendungen dienen und nicht bereits durch den Auftraggeber selber entschädigt werden (siehe E. 4.1 hievor). Ob eine Vergütung reinen Aufwandentschädigungscharakter hat oder darüber hinaus auch noch eine Anreizkomponente enthält, ist stets im konkreten Einzelfall zu prüfen. Eine allgemeingültige Zuordnung lässt sich nicht vornehmen. Auch den vorerwähnten Leitentscheiden des Bundesgerichts zur Thematik der Retrozessionen ist nicht zu entnehmen, anhand welcher Kriterien eine entsprechende Beurteilung vorzunehmen ist. Wie vorerwähnt ist den beiden Notaren aufgrund der Aktenlage zugute zu halten, dass ihnen gerade im Bereich der operativen Tätigkeiten, der Aufbereitung von Gebäudedaten und der Koordination in Schadenfällen zweifelsfrei ein Aufwand entsteht, der nicht in einem unmittelbaren Zusammenhang zu den einzelnen Liegenschaftsverwaltungsmandaten steht und daher auch nicht ohne weiteres auf die Auftraggeber (Grundeigentümer) überwältzt werden kann. Ob und in welchem Umfang über diese Aufwandentschädigung hinaus auch noch herausgabepflichtige Rückvergütungen erfolgt sind und inwieweit sich die beiden Notare dessen bewusst waren oder bei pflichtgemässer Sorgfalt hätten bewusst sein müssen, kann im vorliegenden Fall offen bleiben, da eine Verletzung der auftragsrechtlichen Herausgabepflicht schon aus anderen Gründen bejaht werden muss (vgl. die vorgängigen Erwägungen 4.3 und 4.4). Die JGK begnügt sich an dieser Stelle mit der kritischen Bemerkung, dass es auftragsrechtlich heikel sein kann, wenn der Auftraggeber nicht weiss, dass die von ihm beauftragte Liegenschaftsverwaltung zugleich ein gebundener Versicherungsvermittler einer privaten Versicherungsgesellschaft ist. Die auftragsrechtlichen Treuepflichten würden es wohl gebieten, hierüber beim Auftraggeber Transparenz zu schaffen.

**4.6** Zusammenfassend wird festgehalten, dass die auftragsrechtliche Herausgabepflicht im vorliegend zu beurteilenden Fall mit Blick auf die von der upc cablecom GmbH, von der H. AG und von der F. AG ausgerichteten Vergütungen verletzt worden ist. Um diese Problematik inskünftig zu vermeiden, bleiben der von den beiden Notaren betriebenen A. & P. AG faktisch im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zwei Möglichkeiten: Entweder sie überweist die

eingenommenen Vergütungen im Umfang deren jeweiligen Ansprüche inskünftig direkt an die einzelnen Auftraggeber. Um den ihr durch die wahrgenommenen Tätigkeiten gegenüber den beigezogenen Dienstleistungsanbietern und Heizöllieferanten tatsächlich anfallenden Mehraufwand zu entschädigen, müssen diese Leistungen allenfalls in den zugrunde liegenden Liegenschaftsverwaltungsverträgen ausgewiesen werden. Dies ermöglicht es der A. & P. AG alsdann, mit den einzelnen Auftraggebern höhere Auftragsentschädigungen auszuhandeln. Oder aber die beiden Notare orientieren ihre Auftragnehmer inskünftig eingehend über die Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen und deren Berechnungsgrundlage, legen damit die teilweise bestehende abstrakte Interessenkollision offen und erwirken einen gültigen Verzicht der jeweiligen Auftraggeber auf die Herausgabe der vereinnahmten Rückvergütungen. Dabei sind jedoch die Vorgaben des Bundesgerichts unbedingt zu beachten. Insbesondere ist bei der Ausformulierung einer allfälligen standardmässigen Verzichtsklausel Vorsicht geboten (vgl. BGE 137 III 393).

## 5.

**5.1** Verletzt ein 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 künftighin einwandfrei ausüben werde (Art. 45 Abs. 2 NG).

Die beiden Notare haben wiederholt gegen das Ansehen des Notariatsstands verstossen, indem sie im Rahmen der nebenberuflich betriebenen Liegenschaftsverwaltung die Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR missachtet haben. Die umstrittenen Zahlungen machen pro Jahr mehr als CHF 20'000.00 aus, so dass kein leichter Fall vorliegt. Die Notare sind daher mit einer disziplinarischen Sanktion zu belegen.

**5.2** 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 in Art. 43 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 mate-

rielle 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 ebenfalls 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).

**5.3** An sich liegt nach Auffassung der JGK formell ein klarer Verstoss gegen die auftragsrechtliche Herausgabepflicht vor. Insbesondere bei den Zahlungen der upc cablecom GmbH ist es doch erstaunlich, dass diese nicht den jeweiligen Grundeigentümern gutgeschrieben wurden, da bei den Pauschalvereinbarungen eindeutig diese als Vertragspartei bezeichnet wurden. In Würdigung aller Umstände ist das Verschulden der beiden Notare jedoch trotzdem als eher leicht zu qualifizieren. So ist es für die JGK glaubwürdig, dass die Notare aus ihrer Sicht die Klientschaft nicht geschädigt haben oder jedenfalls nicht bewusst haben schädigen wollen. Aus ihrer subjektiven (aber falschen) Sicht haben die jeweiligen Zahlungen zumindest teilweise einen effektiv bei ihnen entstandenen Aufwand abgedeckt. Bei formell richtiger Vorgehensweise hätte dieser Aufwand durch ein (zusätzliches) Verwaltungshonorar seitens der Auftraggeber entschädigt werden müssen. Die hier zu beurteilenden Zahlungen hätten dann anteilmässig den jeweiligen Auftraggebern gutgeschrieben werden müssen. Die JGK geht davon aus, dass wirtschaftlich gesehen den einzelnen Auftraggebern kein oder ein eher geringer Schaden entstanden ist. Es ist zudem glaubwürdig, dass die Rückvergütungspraxis bis anhin in der Liegenschaftsverwaltungspraxis durchaus üblich war. Soweit ersichtlich liegt noch kein Bundesgerichtsentscheid vor, wonach die bundesgerichtliche Praxis zur auftragsrechtlichen Herausgabepflicht von Retrozessionen im Finanzsektor analog auf den Bereich der Liegenschaftsverwaltung zu übertragen wäre. Es handelt sich somit offensichtlich um eine neue Fragestellung. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die beiden Notare die Rückvergütungspraxis von ihren Vor- und Vorgängern übernommen haben und diese Usanz in der Vergangenheit von den Notariatsrevisoren nie beanstandet wurde. So ist denn der vorliegende Fall wohl bei den Notariatsrevisoren und der JGK deshalb aufgefallen, weil in der Buchhaltung ein Konto "Provisionen" enthalten war. Die vorgängigen Ausführungen vermögen die beiden Notare zwar nicht vollumfänglich zu entschuldigen. Sie sind jedoch im Rahmen der Verschuldensbemessung zu deren Gunsten zu würdigen.

Notar A. wurde bereits mit Entscheid der JGK 26.11-07.449 vom 19. Oktober 2010 im Rahmen eines Disziplinarverfahrens mit einer Busse von CHF 2'500.00 belegt. Im Rahmen jenes Verfahrens ging es jedoch um eine völlig andere Problematik (Verletzung der Ausstandspflicht bei der Verurkundung eines Kaufvertrags mit der A. & P. AG). Zudem liegt die dort beurteilte Verletzung einer Berufspflicht mehrere Jahre zurück, so dass dieser Entscheid im vorliegenden Fall nicht strafverschärfend berücksichtigt werden muss. Über Notar B. wurden bis anhin keine Disziplinarmass-

nahmen verhängt, womit er seinen Beruf bis anhin soweit ersichtlich korrekt ausgeübt hat.

Die JGK kommt daher in Würdigung der vorgängig geschilderten Umstände zum Schluss, dass sowohl gegen Notar A. als auch gegen Notar B. ein Verweis auszusprechen ist.

**6.**

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 vom 22. Februar 1995 (Gebührenverordnung [GebV; BSG 154.21]) den beiden Notaren je zur Hälfte unter solidarischer Haftung auferlegt.

**In diesem Sinne wird erkannt:**

1. Notar A. wird wegen Verstosses gegen das Ansehen des Notariatsstands ein Verweis erteilt.
2. Notar B. wird wegen Verstosses gegen das Ansehen des Notariatsstands ein Verweis erteilt.
3. Die Kosten des Verfahrens, bestimmt auf CHF 1'000.--, werden den Notaren A. und B. je zur Hälfte, ausmachend je CHF 500.--, unter solidarischer Haftung zur Bezahlung auferlegt.
4. Diese Verfügung ist wie folgt zu eröffnen:
  - Notar A., ..... (mit eingeschriebenem Brief)
  - Notar B., ..... (mit eingeschriebenem Brief)

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.