

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

Unser Zeichen: 26.11 - 15.63 EGK/kna Bern, 30. März 2016
Ihr Zeichen:

DIE JUSTIZ-, GEMEINDE- UND KIRCHENDIREKTION DES KANTONS BERN



hat in der Sache gegen

Notar A.,

betreffend

Anzeige der Revisionskommission des Verbandes bernischer Notare vom 16. Juli 2015

erwogen:

1.

1.1 Mit Eingabe vom 16. Juli 2015 reichte der Hauptrevisor namens und im Auftrag der Revisionskommission des Verbandes bernischer Notare (kurz: VbN) bei der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion (kurz: JGK) eine Anzeige gegen Notar A. ein. Anlass zur Anzeige gaben einerseits zwei vom Notar selbständig gemeldete Unterdeckungen per 31. Dezember 2014 und 31. März 2015, andererseits der anlässlich der Bürorevision vom 11. Juni 2015 festgestellte wiederholte Verstoss gegen die Individualisierungspflicht für Klientengelderguthaben nach Art. 28 Abs. 4 der Notariatsverordnung vom 26. April 2006 (NV; BSG 169.112).

1.2 Zusammen mit seiner Stellungnahme vom 24. August 2015 reichte der Notar in Sachen Unterdeckung diverse Unterlagen ein. Soweit ihm seitens der Revisionskommission im Jahre 2015 ein wiederholter Verstoss gegen die Individualisierungspflicht von Klientengeldern

vorgeworfen wird, führte er aus, die Berücksichtigung des aufgelaufenen Honorars per Ende 2014 habe nicht am 6. Mai 2015, sondern erst zwei Tage später zur Überschreitung der Grenze von CHF 20'000.00 geführt. Die Vorschrift von Art. 28 Abs. 4 NV sei allerdings effektiv nicht eingehalten worden. Weiter nahm er auch Bezug auf die ihm in den Jahren 2013 und 2014 zur Last gelegten Verstösse gegen die Individualisierungspflicht, die er – vorbehältlich einer Ausnahme – ebenfalls nicht bestreitet.

1.3 Mit Schreiben vom 29. September 2015 teilte das instruierende Amt für Betriebswirtschaft und Aufsicht dem Notar mit, dass in Sachen Unterdeckung vorläufig auf die Eröffnung eines Administrativverfahrens verzichtet werde. Was den Verstoss gegen die Vorschrift von Art. 28 Abs. 4 NV anbelange, den der Notar im Grundsatz nicht bestreite, sei der Sachverhalt ausreichend klar, um von einem weiteren Schriftenwechsel abzusehen. Dem Notar wurde in dieser Sache ein Entscheid des Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektors in Aussicht gestellt.

2.

Gemäss Art. 38 Abs. 2 Bst. c i.V.m. 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 spezialrechtlicher Verfahrensvorschriften richtet sich die Durchführung des Disziplinarverfahrens nach den Regeln des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Mai 1989 (VRPG; BSG 155.21). Die JGK ist 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 Dem Notar wird seitens der Anzeigerin eine Berufspflichtverletzung vorgeworfen, indem er während mehr als 40 Tagen einen ihm anvertrauten Betrag von mehr als CHF 20'000.00 auf einem Sammelkonto belassen habe, statt ihn auf einem separaten Treuhandkonto anzulegen. Die Pflicht zur Individualisierung von Klientengeldern gilt nicht nur für Gelder, die unmittelbar mit der hauptberuflichen Tätigkeit des Notars zusammenhängen, sondern gemäss dem Wortlaut von Art. 28 Abs. 6 NV für sämtliche Gelder und Vermögenswerte, die sich aus irgendeinem Grund in der Verwahrung des Notars befinden, soweit dieser Grund mit dessen haupt- oder nebenberuflichen Tätigkeit zusammenhängt (vgl. hierzu explizit auch Art. 43 f. NG sowie KNB-BÜRGI, N. 1 ff. zu Art. 44 NG sowie N. 3 f. zu Art. 28 NV). Die Revisionskommission des VbN legt Art. 28 Abs. 4 NV so aus, dass die Gebühr-, Honorar- und Auslaegersatzansprüche des Notars nur dann mitberücksichtigt werden dürfen, wenn dafür eine

Kostenvorschussrechnung gestellt und verbucht und die entsprechenden Arbeiten erbracht worden sind. Weiter kann sich der Notar von der Klientschaft nicht von der Individualisierungspflicht entbinden lassen, wenn die gesetzlichen Grenzwerte von CHF 20'000.00 und 40 Tagen erreicht werden. Vielmehr gehört es zu den Pflichten des Notars, sein Büro so zu organisieren, dass der Individualisierungspflicht jederzeit nachgelebt wird.

In ständiger Praxis der Revisionskommission wird der fehlbare Notar bei erstmaliger Feststellung eines einfachen Verstosses und sofern es sich um eine geringe Anzahl von Fällen handelt schriftlich abgemahnt. Im Wiederholungsfall erfolgt eine Anzeige an die Schlichtungs- und Disziplinarkommission des VbN. Erst bei erneuten Verstössen reicht die Revisionskommission bei der JGK in Anwendung von Art. 21 NV eine Anzeige ein.

3.2 Gemäss dem von der Revisionskommission zur Anzeige gebrachten Sachverhalt wurde beim Notar anlässlich der ordentlichen Bürorevision vom 11. Juni 2015 seit der vorangehenden Revision vom 5. Juni 2014 ein Verstoss gegen die Individualisierungspflicht festgestellt. Dem Kontoblatt "102031, 107301 / G.-weg 20, S.-Strasse 17", Kontodetail vom 6. Mai 2014 bis zum 30. Juni 2014, ist zu entnehmen, dass sich der Kontosaldo ab dem 6. Mai 2014 (Eingang Mietzins und Nebenkosten von CHF 1'387.00) bis zum 30. Juni 2014, als eine Einlage von CHF 20'000.00 auf ein Treuhandkonto getätigt wurde, konstant über CHF 20'000.00 bewegte. Dies entspricht einer Nettodauer von 54 Tagen, womit die gesetzliche Frist von 40 Tagen für die Individualisierung des CHF 20'000.00 übersteigenden Betrages um 14 Tage überschritten wurde. Der Notar bestreitet diese Überschreitung der gesetzlichen Individualisierungsfrist grundsätzlich nicht, macht jedoch geltend, es hätte grundsätzlich das per 6. Mai 2014 aufgelaufene Verwaltungshonorar (zzgl. Auslagen und MWSt) für die beiden betreffenden Liegenschaften berücksichtigt werden müssen. Dieses habe sich für das Jahr 2014 auf CHF 9'705.65 belaufen, also per 6. Mai 2014 auf anteilmässig CHF 3'323.85 (125/365 des Jahreshonorars). Unter Berücksichtigung dieses Passivums sei somit die Grenze von CHF 20'000.00 eigentlich erst am 8. Mai 2014 überschritten worden.

Wollte man der Argumentation resp. Berechnungsweise des Notars folgen, so ergäbe sich daraus nach wie vor eine Überschreitung der Individualisierungsfrist von 12 Tagen. Am Verstoss gegen dieselbe ändert sich somit im Ergebnis nichts, wie dies der Notar auch selber einräumt. Der Einwand des Notars geht aber auch inhaltlich fehl: Einerseits müsste konsequenterweise der anteilmässige Honoraranspruch auch während der gesamten Dauer der Überschreitung von CHF 20'000.00 mitberücksichtigt werden, wollte man dieser Methodik folgen. Denn es müsste dann überprüft werden, dass der Kontosaldo innerhalb der 40-tägigen Individualisierungsfrist unter Berücksichtigung des aufgelaufenen Honorars, welches pro rata temporis ja ebenfalls laufend ansteigt, nie unter CHF 20'000.00 fallen würde, weil ansonsten die Frist erst bei der nächsten Überschreitung dieses Betrages wieder neu zu laufen beginnen würde. Auf den ersten Blick würde die konsequente Berücksichtigung dieses (latenten) Passivums vorliegend von den ausgewiesenen Aktiven her im fraglichen Zeitraum immerhin nie zu einer Unterschreitung der Schwelle von CHF 20'000.00 führen.

Zweitens ist jedoch auch genau die durch dieses Vorgehen massiv erschwerte Überprüfung der Einhaltung der Vorschrift von Art. 28 Abs. 4 NV der Grund dafür, dass die Revisionskommission Gebühr-, Honorar- und Auslageersatzansprüche des Notars nur dann als Passiven miteinrechnet, wenn dafür eine Kostenvorschussrechnung gestellt und verbucht worden ist und die zu bevorschussenden Arbeiten effektiv bereits erbracht worden sind. Erst dann werden sie nämlich fällig. Wird das Verwaltungshonorar mit zugehörigem Auslagenersatz also, wie vorliegend geschehen, erst per Ende des fraglichen Kalenderjahres in Rechnung gestellt, kann es bei der Ermittlung der Dauer, während welcher sich mehr als CHF 20'000.00 auf dem Sammelkonto befunden haben, nicht pro rata temporis herangezogen werden. Anders wäre die Lage dann zu beurteilen gewesen, wenn der Notar jeweils beispielsweise quartalweise eine Zwischenabrechnung für bereits erbrachte Dienstleistungen gestellt hätte.

Aufgrund der Aktenlage ergibt sich aus dem zur Anzeige gebrachten Sachverhalt somit zweifelsfrei ein Verstoss gegen die Individualisierungspflicht nach Art. 28 Abs. 4 NV und damit gegen eine Berufspflicht des Notars.

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).

Bereits anlässlich der Bürorevisionen im Jahr 2013 und im Jahr 2014 waren je vier Verstösse gegen die Individualisierungspflicht nach Art. 28 Abs. 4 NV festgestellt worden, wovon der Notar im vorliegenden Verfahren nur einen davon in Abrede stellt. Nach der Revision vom Jahr 2013 war er deswegen von der Anzeigerin ermahnt worden, nach der Revision vom Jahr 2014 war ihm aufgrund der abermals festgestellten Verstösse die Anzeige bei der Schlichtungsdisziplinarkommission des Verbandes bernischer Notare resp. bei der JGK angedroht worden, sollte anlässlich der nächsten Revision erneut ein Verstoss gegen die Individualisierungspflicht festgestellt werden. Angesichts dieser Vorgeschichte kann nicht von einem leichten Fall im Sinne von Art. 45 Abs. 2 NG ausgegangen werden, zumal die Individualisierungspflicht von Klientengelderguthaben dem Schutze der Klientschaft dient und daher zusammen mit den übrigen Vorschriften über die Buchführung eine zentrale Berufspflicht der Urkundspersonen darstellt. Der Notar ist daher mit einer disziplinarischen Sanktion zu belegen.

4.2 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 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 NG hält jedoch im Bereich des Disziplinarwesens ausdrücklich fest, dass die bisherigen Regelungen zur disziplinarischen Verantwortlichkeit ohne materielle 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 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).

4.3 Die JGK würdigt das Verschulden des Notars als mittelschwer. Obschon bereits in den beiden Vorjahren je vier Verstösse gegen die Individualisierungspflicht nach Art. 28 Abs. 4 NV festgestellt worden waren, wovon der Notar zumindest sieben nicht bestreitet, gelang es ihm auch in der darauffolgenden Revisionsperiode nicht, die Einhaltung dieser Vorschrift sicherzustellen und die Regeln der Buchführung damit korrekt einzuhalten. Zwar bestehen keinerlei Anzeichen dafür, dass das nicht fristgerecht individualisierte Guthaben der Klientschaft einer realen Verwertungsgefahr ausgesetzt gewesen wäre. Dennoch dienen die strengen Vorschriften über die ordnungsgemässe Buchführung nicht nur dem unmittelbaren Schutz der Klientengelder, sondern auch der Sicherstellung und dem Erhalt des Vertrauens, welches das Publikum einer bernischen Urkundsperson entgegenbringt. Bereits im Nachgang zur Bürorevision vom Jahr 2013 hatte der Notar in Aussicht gestellt, aufgrund eines Personalwechsels im Bereich der Liegenschaftsverwaltung und Buchhaltung und damit einhergehender ausführlicher Instruktion und Sensibilisierung der neuen Mitarbeiterin der Einhaltung der Buchführungsvorschriften nunmehr wieder vermehrt Beachtung schenken zu können. Auch nach der Revision vom Jahr 2014 gelobte er wiederum Besserung, insbesondere bei der umgehenden Überprüfung des Klientengeldersaldos nach Eingang grösserer Zahlungen. Gleichgültigkeit kann ihm demnach nicht vorgeworfen werden. Jedoch hat er es versäumt, seine Kanzlei zwischenzeitlich so zu organisieren, dass die Berufspflichten insbesondere im Bereich der Individualisierung von Klientengelderguthaben eingehalten werden. Dabei gilt es zu beachten, dass dem Notar nach Zahlungseingang jeweils 40 Tage Zeit bleiben, um die erforderlichen Massnahmen zur

Individualisierung zu treffen. Eine tägliche oder auch nur schon wöchentliche Kontrolle sämtlicher Kontosaldi ist somit keineswegs erforderlich, um die Vorschrift von Art. 28 Abs. 4 NV trotzdem problemlos einhalten zu können. Zugunsten des Notars ist jedoch immerhin festzuhalten, dass er das Problem erkannt hat und gemäss Schreiben an den Hauptrevisor vom 17. Juni 2015 nun konkrete Massnahmen trifft resp. teilweise bereits umgesetzt hat, dank derer inskünftig die Einhaltung der Individualisierungspflicht effizient eingehalten werden kann. Des Weiteren hat seine Berufsausübung bisher soweit ersichtlich zu keinerlei Beanstandungen geführt. Unter diesen Umständen erscheint somit eine Busse von Fr. 1'000.00 als angemessen.

5.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die auf CHF 300.00 bestimmten 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]) dem Notar zur Bezahlung auferlegt.

In diesem Sinne wird erkannt:

1. Notar A. wird wegen Verletzung notarieller Berufspflichten zu einer Busse von **Fr. 1'000.00** verurteilt.
2. Die Verfahrenskosten, bestimmt auf **CHF 300.00**, werden dem Notar zur Bezahlung auferlegt.
3. Diese Verfügung ist wie folgt zu eröffnen:
 - Notar A., (mit eingeschriebenem Brief),
 - der Revisionskommission des Verbandes bernischer Notare, Fellenbergstrasse 5, 3053 Münchenbuchsee (mit A-Post).

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.