

BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2013 232 vom 5. November 2014

BE Verwaltungsgericht, 2014-11-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2013_232

FR: BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2013 232 du 5 novembre 2014

IT: BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2013 232 del 5 novembre 2014

Regeste

Notariatsaufsicht - Unvereinbarkeit einer Nebenbeschäftigung (Verfügung der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 11. Juni 2013 - 25.60-13.37) | Disziplinarwesen

Erwägungen

E. 1.1

Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig (vgl. auch Art. 40 Abs. 1 des Notariatsgesetzes vom 22. November 2005 [NG; BSG 169.11]). Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG). Obschon der Beschwerdeführer dies nicht eigens begründet, verfügt er unbestrittenermassen auch über ein Feststellungsinteresse: Zum einen ist nicht ersichtlich, inwiefern hier ein Leistungs- oder Gestaltungsbegehren zum Ziel führen könnte, und zum andern ist es dem Beschwerdeführer nicht zuzumuten, die Anordnung einer Disziplinar massnahme abzuwarten, um die Zulässigkeit seiner Nebenbeschäftigung klären zu lassen. Der Feststellungsantrag ist mithin zulässig (vgl. BVR 2014 S. 267 E. 1.1, S. 33 E. 1.4). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

E. 1.2

Das Verwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 VRPG).

E. 1.3

Ihrer Beschwerdevernehmlassung hat die JGK unter anderem Bemerkungen zur Personenfreizügigkeit von Notarinnen und Notaren beigelegt, die Prof. Stephan Wolf und Riccardo Brazerol am 6. Mai 2013 zuhanden des Verbands bernische Notare (VbN) verfasst haben (Beilage 1; act. 3A). Weiter hat sie eine Aufstellung «Prüfungsbereiche im Rahmen von Art. 3, 4, 15 und 16 NG sowie Art. 13 NV» eingereicht, für die offenbar eine kantonale Arbeitsgruppe der JGK und des VbN verantwortlich zeichnet (Beilage 4; act. 3A). Der Beschwerdeführer beantragt, diese beiden Dokumente aus den Akten zu weisen, weil es sich um interne Unterlagen des VbN handle, die nicht für die JGK bestimmt seien und die deshalb «nicht als Beweismittel verwendet werden» dürften (Eingabe vom 15.8.2013). Der Verfahrens Antrag wird abgewiesen: Zunächst handelt es sich bei den betreffenden Dokumenten nicht um Beweismittel im Sinn von Art. 19 VRPG, da sie Rechts- und nicht Tatfragen zum Inhalt haben. Weiter ist nicht nachvollziehbar, weshalb der Umstand, dass es

sich um einen dem VbN erstatteten Bericht bzw. um ein Dokument

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.11.2014, Nr. 100.2013.232U, Seite 4 einer kantonalen Arbeitsgruppe handelt, einer Berücksichtigung im Beschwerdeverfahren entgegenstehen sollte. Insbesondere ist weder ersichtlich noch geltend gemacht, dass die betreffenden Unterlagen vertraulicher Natur wären. Im Übrigen handelt es sich beim VbN nicht um einen beliebigen privaten Verein, ist er doch von der JGK mit der Revision der Notariatsbüros beauftragt worden und nimmt insoweit eine öffentliche Aufgabe wahr (vgl. Art. 38 Abs. 4 NG; BVR 2013 S. 264 E. 5.3.2, 2007 S. 145 E. 4.3 und 4.5.2 f.). Schliesslich kommt rechtlichen Meinungsäusserungen von Dritten ohnehin keine massgebliche Bedeutung zu, da das Verwaltungsgericht das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat (Art. 20a Abs. 1 VRPG).

E. 2.1

Der Beschwerdeführer ist seit dem 11. Februar 2005 als Verwaltungsratspräsident der B._____ AG (vormals: ... AG) im Handelsregister eingetragen. Die Gesellschaft bezweckt die «Erbringung einer umfassenden Palette von Immobiliendienstleistungen durch Beratung beim Erwerb, bei der Überbauung, bei der Veräusserung, Vermietung oder Verpachtung sowie der Bewirtschaftung von Grundstücken aller Art mit Einschluss von Stockwerkeigentum; [sie] kann Grundeigentum erwerben, erstellen, verkaufen, vermieten und verwalten oder Beteiligungen an Unternehmen erwerben oder veräussern».

E. 2.2

Gemäss Art. 3 NG haben Notarinnen und Notare ihren Beruf unabhängig und auf eigene Verantwortung auszuüben. Art. 4 NG sieht zudem verschiedene Unvereinbarkeitsgründe vor: Notarinnen und Notare sind grundsätzlich von anderen beruflichen Tätigkeiten ausgeschlossen, deren Erfüllung ihre Arbeitszeit überwiegend beansprucht (Abs. 1). Unvereinbar mit der Ausübung des Notariatsberufs ist sodann die gleichzeitige Tätigkeit in der Grundbuch- oder Handelsregisterführung (Abs. 2). Weiter dürfen Notarinnen und Notare keine Tätigkeiten ausüben, die mit einer unabhängigen und einwandfreien Berufsausübung oder mit dem Ansehen des Notariats nicht vereinbar sind. Unvereinbar sind namentlich Spekulationsgeschäfte jeglicher Art sowie die Übernahme von Bürgschaften oder Garantien im Zusammenhang mit der Berufsausübung. Die Notarin oder der Notar darf eine solche Tätigkeit auch nicht durch Dritte ausüben lassen (Abs. 3). Ausdrücklich zulässig sind aber die gleichzeitige Ausübung des Notariats- und des Rechtsanwaltsberufs (Abs. 4) sowie die Ausübung

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.11.2014, Nr. 100.2013.232U, Seite 5 des Notariatsberufs im Anstellungsverhältnis zu einer anderen im Notariatsregister eingetragenen Urkundsperson (Abs. 5). Unter Vorbehalt dieser Unvereinbarkeitbestimmungen sind Notarinnen und Notare gemäss Art. 29 NG berechtigt, neben ihrer hauptberuflichen Tätigkeit Aufträge für Rechtsberatung, Vermögensverwaltung, Treuhandfunktionen und ähnliche Verrichtungen zu übernehmen (Abs. 1); diese nebenberufliche Tätigkeit untersteht dem Privatrecht (Abs. 2).

E. 2.3

Die JGK ist Aufsichtsbehörde über das Notariat. In dieser Funktion erteilt sie das Notariatspatent, überwacht die Einhaltung der für die Berufsausübung geltenden Vorschriften und führt das Notariatsregister (Art. 38 Abs. 1 NG). Sie kann zur Beseitigung

drohender oder festgestellter gesetzwidriger Zustände sowie zum Schutz erheblicher öffentlicher oder privater Interessen Weisungen erteilen und vorsorgliche Massnahmen anordnen (Art. 38 Abs. 3 NG). In der angefochtenen Verfügung hat die JGK festgestellt, die Organstellung des Beschwerdeführers bei der B._____ AG verstosse gegen die gesetzliche Unvereinbarkeitsregelung. Sie führt aus, nach Lehre und langjähriger Praxis seien weder der gewerbsmässige Immobilienhandel noch die Liegenschaftsvermittlung gegen Provision mit dem Ansehen des Notariats im Sinn von Art. 4 Abs. 3 NG vereinbar, wobei Ziff. 3 Bst. e KS LH der Präzisierung dieses Grundsatzes diene. Aus der darin enthaltenen Umschreibung der Unvereinbarkeit ergebe sich, dass jede rechtliche oder faktische Organstellung in einer Immobiliengesellschaft mit dem Notarberuf unvereinbar sei. Deshalb sei unerheblich, wenn der Beschwerdeführer bei der B._____ AG lediglich «führungstechnische Aufgaben» wahrnehme. Ferner hat es die JGK als verfassungskonform erachtet, dass das KS LH zwar eine Beteiligung an einer Immobiliengesellschaft im Umfang bis zu einem Drittel zulasse, die Mitwirkung aber generell ausschliesse. – Demgegenüber hält der Beschwerdeführer seine Organstellung bei der B._____ AG für mit dem Notariatsberuf vereinbar. Er macht zunächst geltend, das KS LH sei als solches rechtswidrig. Weiter dürften Einschränkungen von beruflichen Nebentätigkeiten mit Blick auf die «starke privatwirtschaftliche Stellung» der Notarinnen und Notare nur zurückhaltend angeordnet werden, wobei das Verbot jeglicher Mitwirkung in Immobiliengesellschaften einen unzulässigen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit darstelle. Die JGK habe das KS LH überdies unrichtig angewendet und gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen, weil sie seit dem Jahre 2008 von seiner Tätigkeit für die B._____ AG Kenntnis habe, ohne dies aufsichtsrechtlich beanstandet zu haben.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.11.2014, Nr. 100.2013.232U, Seite 6

E. 3

Für die vorliegende Streitigkeit massgebend ist Art. 4 Abs. 3 NG, wonach Notarinnen und Notare keine Tätigkeiten ausüben dürfen, die mit einer «unabhängigen und einwandfreien Berufsausübung» oder mit dem «Ansehen des Notariats» unvereinbar sind. Es steht insoweit die Handhabung von unbestimmten Rechtsbegriffen in Frage, die der JGK als Aufsichtsbehörde gewisse Beurteilungsspielräume überlassen. Zwecks Konkretisierung dieser Spielräume hat die JGK das KS LH erlassen, in dem sie sowohl die mit dem Notariatsberuf unvereinbaren (Ziff. 3) als auch die damit vereinbaren Tätigkeiten und Geschäfte (Ziff. 4) näher umschreibt.

E. 3.1

Der Beschwerdeführer beanstandet den Erlass eines Kreisschreibens und macht geltend, es fehle dem KS LH an einer gesetzlichen Grundlage.

E. 3.1.1

Er rügt, die darin enthaltene Konkretisierung der Unvereinbarkeitsregelung lasse sich nicht auf Art. 4 Abs. 3 NG stützen, sondern gehe über den gesetzlichen Rahmen hinaus. Weiter stelle die Aufzählung der unvereinbaren Tätigkeiten keine interne Richtlinie für die «Bewilligungsbehörde» dar, sondern richte sich unmittelbar an Dritte, indem sie den bernischen Notarinnen und Notaren ganz bestimmte Nebentätigkeiten im Immobilienbereich untersage. Es handle sich beim KS LH deshalb um eine Regelung, wie

sie richtigerweise im Notariatsgesetz oder in einer (kompetenzgemässen) Rechtsverordnung zu treffen wäre (Beschwerde, S. 4 ff.).

E. 3.1.2

Diese Einwände sind nicht stichhaltig: Die JGK hat im KS LH primär ihre eigene langjährige Praxis umschrieben, wie sie bereits im zuvor massgebenden Kreisschreiben vom 30. März 1965 an die praktizierenden Notare des Kantons Bern über ihre Pflichten beim Liegenschaftshandel und die Vermittlung von Liegenschaften in BN 1965 S. 1 ff. veröffentlicht worden ist (vgl. Ziff. 1 f. KS LH). Mit dieser Konkretisierung der von Art. 4 Abs. 3 NG verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe will die JGK in ihrer Funktion als Aufsichtsbehörde eine möglichst einheitliche und sachgerechte Rechtsanwendung sicherstellen. Zudem bezweckt sie, die betroffenen Notarinnen und Notare, die für ihre hauptberufliche Tätigkeit in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zum Staat stehen (vgl. hinten E. 3.2.5) und diesbezüglich Weisungen der Aufsichtsbehörde zu befolgen haben, über ihre entsprechende Praxis zu informieren (Ziff. 1 KS LH), weshalb das Kreisschreiben gleichzeitig der

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.11.2014, Nr. 100.2013.232U, Seite 7 Rechtssicherheit dient. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers enthält das KS LH keine Rechtssätze im Sinn von Art. 2 Bst. e des Publikationsgesetzes vom 18. Januar 1993 (PuG; BSG 103.1), sondern formuliert Richtlinien, wie sie typischerweise in einer Verwaltungsverordnung enthalten sind. Es handelt sich dabei um eine Meinungsäusserung der zuständigen Aufsichtsbehörde zur Konkretisierung der Generalklauseln, mit denen Art. 4 Abs. 3 NG die Unvereinbarkeit bzw. die für Notarinnen und Notare unzulässigen Nebenbeschäftigungen umschreibt. Der Erlass einer solchen Verwaltungsverordnung bedarf keiner spezifischen rechtlichen Grundlage, ergibt sich die entsprechende Regelungsbefugnis doch ohne weiteres aus der Vollzugskompetenz der JGK bzw. deren Funktion als Aufsichtsbehörde (vgl. etwa Uhlmann/Binder, Verwaltungsverordnungen in der Rechtsetzung: Gedanken über Pechmarie, in LeGes 2009 S. 153 f.). Dass die Notarinnen und Notare das KS LH zu beachten haben, ist denn auch nicht etwa dessen Charakter als aus Rechtssätzen bestehender Erlass geschuldet, sondern resultiert aus der Übertragung einer öffentlichen Aufgabe und der damit verbundenen gesetzlichen Unterstellung unter die Aufsicht der JGK.

E. 3.1.3

Nach dem Gesagten berücksichtigt das Verwaltungsgericht bei der Beurteilung, ob eine Tätigkeit im Immobilienbereich mit dem Notariatsberuf vereinbar ist, das KS LH trotz dessen mangelnder Gesetzeskraft. Die Mitberücksichtigung steht allerdings unter dem Vorbehalt, dass der einschlägige Passus der Richtlinie nicht gegen gesetzliche Bestimmungen verstösst und Art. 4 Abs. 3 NG auf einzelfallgerechte, überzeugende und praktikable Art und Weise konkretisiert (vgl. BVR 2012 S. 121 E. 4.1.2 mit Hinweisen; zum Ganzen auch Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 41 N. 16; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 66 N. 12; Uhlmann/Binder, a.a.O., S. 163 f.). Ob und inwieweit diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist nicht abstrakt, sondern anhand der Beurteilung im konkreten Einzelfall zu beurteilen. Es ist deshalb nicht weiter auf jene Vorbringen des Beschwerdeführers einzugehen, die sich zwar mit dem KS LH auseinandersetzen, aber keinen Bezug zu der hier zu beurteilenden Streitfrage und dem ihr zugrunde liegenden Sachverhalt aufweisen.

E. 3.2

Der Beschwerdeführer beruft sich ausdrücklich auf die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 der Bundesverfassung [BV; SR 101]; Art. 23 der Verfassung des Kantons Bern [KV; BSG 101.1]) und eine angeblich «starke privatwirtschaftliche Stellung» der Notarinnen und Notare, um eine übermässige Einschränkung durch das KS LH geltend

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.11.2014, Nr. 100.2013.232U, Seite 8 zu machen. Er stützt seine dahingehenden Ausführungen auf die Betrachtungsweise des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), gemäss der es sich beim Notariatsberuf nicht um eine hoheitliche Tätigkeit handle. Diese Rechtsprechung sei mit Blick auf das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA; SR 0.142.112.681) auch für die Schweiz massgebend. Ein «Berufsverbot» dürfe deshalb nur soweit reichen, als «die Unabhängigkeit des Notars im Rahmen seiner tatsächlichen hoheitlichen Tätigkeit gefährdet» sei. Erforderlich sei eine Interessenkollision zwischen der Nebentätigkeit und der Beurkundungstätigkeit, wobei ein «blosser Generalverdacht», wie er dem KS LH zugrunde liege, nicht ausreiche. Das Kreisschreiben führe zu einem schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit und müsse deshalb den verfassungsrechtlichen Anforderungen von Art. 36 BV bzw. Art. 28 KV genügen; es fehle insoweit jedoch nicht nur an einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage, sondern die Einschränkungen lägen auch weder im öffentlichen Interesse noch wahrten sie die Verhältnismässigkeit (Beschwerde, S. 7 ff.).

E. 3.2.1

Der Beschwerdeführer verkennt zunächst, dass er sich als Berner Notar weder auf das FZA noch auf die Rechtsprechung des EuGH zur Dienstleistungsfreiheit berufen kann. Das FZA bezweckt, den freien Personen- und Dienstleistungsverkehr zwischen den Vertragsparteien zu verwirklichen, und ist nicht auf Sachverhalte anwendbar, die einen Mitgliedstaat rein intern betreffen (vgl. etwa BGer 2A.226/2002 vom 17.1.2003, E. 4.2, 2A.73/2003 vom 25.6.2003, E. 5).

E. 3.2.2

Weiter mag die Rechtsprechung des EuGH zur mangelnden hoheitlichen Natur der Tätigkeit als Notar (vgl. Urteil vom 24.5.2011, Kommission c. Deutschland, C- 54/08, Slg. 2011, I-4355, Rz. 116) dazu geführt haben, dass der Bund vor dem Hintergrund des FZA rechtliche Grundlagen geschaffen hat, die eine grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung durch europäische Notarinnen und Notare ermöglichen sollen (vgl. Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 2012 über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen [BGMD; SR 935.01] i.V.m. Art. 10 ff. der zugehörigen Verordnung vom 26. Juni 2013 [VMD; SR 935.011] und Ziff. 11 Anhang I VMD). Weil die «Ausübung hoheitlicher Befugnisse» an sich vom Geltungsbereich des FZA ausgeschlossen wäre (vgl. Art. 22 Abs. 1 Anhang I FZA), spricht diese neue Regelung auf Bundesebene implizit für eine

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.11.2014, Nr. 100.2013.232U, Seite 9 Betrachtung des Notariatsberufs als nicht hoheitliche Tätigkeit. Soweit sich der Beschwerdeführer auf diese Zusammenhänge beruft (vgl. Eingabe vom 14.10.2013), übersieht er jedoch, dass ein entsprechendes Verständnis des Notariatsberufs von

vornherein nur im internationalen Verhältnis zu den Vertragsstaaten des FZA Geltung beanspruchen kann. Auch wenn der materielle Begriff der öffentlichen Beurkundung dem Bundesrecht angehört, liegt die Kompetenz zu deren gesetzlichen Regelung bei den Kantonen (Art. 55 SchlT des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210]). Zumindest im Binnenverhältnis haben allein diese zu bestimmen, wer auf dem Kantonsgebiet zur Errichtung von öffentlichen Urkunden befugt und wie dabei vorzugehen ist. Neben der Zuständigkeit und der Form des Verfahrens sind insbesondere die Aufgaben und Berufspflichten der Urkundspersonen zu regeln (BGE 133 I 259 E. 2.1, 131 II 639 E. 6.1; BVR 2013 S. 264 E. 4.2.2). Angesichts dieser Kompetenzregelung ist der Umstand, dass die Bundesbehörden die Tragweite des Begriffs der «Ausübung hoheitlicher Befugnisse» in einem Staatsvertrag einschränken und deshalb das Notariat in gewissem Masse für die innereuropäische Dienstleistungsfreizügigkeit öffnen wollen, nicht massgebend. Er ändert nichts daran, dass es sich bei der öffentlichen Beurkundung um eine amtliche und hoheitliche Tätigkeit handelt, bei deren Ausübung die Urkundsperson als kantonales staatliches Organ wirkt (so auch BGE 133 I 259 E. 2.2, 131 II 639 E. 6.1, 128 I 280 E. 3). Der Beschwerdeführer kann deshalb auch aus der Umsetzung der Rechtsprechung des EuGH im Bundesrecht nichts zu seinen Gunsten ableiten.

E. 3.2.3

Die Regelung von BGMD und VMD führt ferner nicht dazu, dass das Notariat neu dem Bundesgesetz vom

E. 3.2.4

Schliesslich besteht ohne gesetzliche Konkretisierung kein Anspruch auf Vermeidung einer Schlechterstellung von schweizerischen Notarinnen und Notaren im Vergleich zu solchen aus der Europäischen Union (sog. «Inländerdiskriminierung»; vgl. etwa BGE 136 II 120 E. 3). Zu bemerken bleibt allerdings, dass sich nach dem Gesagten auch dann nichts am hoheitlichen Charakter der Beurkundungstätigkeit ändern würde, wenn die Kantone neben eigenen Notarinnen und Notaren auf ihrem Gebiet auch solche mit ausserkantonalem Fähigkeitsausweis zur öffentlichen Beurkundung zulassen (so der Kanton Bern, vgl. Art. 9 Abs. 2 NG und Art. 4 der Notariatsverordnung vom 26. April 2006 [NV; BSG 169.112]) oder in einem anderen Kanton ausgestellte notarielle Dokumente als öffentliche Urkunden anerkennen sollten. Zusammenfassend lässt sich weder aus dem FZA noch aus der Rechtsprechung des EuGH zur mangelnden hoheitlichen Natur des Notariatsberufs oder den betroffenen

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.11.2014, Nr. 100.2013.232U, Seite 11 Erlassen des Bundes (BGMD, VMD und BGBM) etwas für die Rechtsstellung des Beschwerdeführers ableiten.

E. 3.2.5

Es bleibt mithin dabei, dass Notarinnen und Notare aufgrund der ihnen verliehenen Beurkundungsbefugnis Träger einer hoheitlichen Funktion sind und sich, weil sie an der Staatsgewalt teilhaben, nicht auf die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV und Art. 23 KV berufen können. Dies gilt unabhängig davon, ob mit der Beurkundung nach kantonalem Recht Staatsangestellte oder freierwerbende Notarinnen und Notare beauftragt sind (BGE 133 I 259 E. 2.2, 131 II 639 E. 6.1, 128 I 280 E. 3; vgl. auch Wolf/Pfammatter bzw. Daniel Jacobi, in Stephan Wolf [Hrsg.], Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, 2009, Art. 2 N. 6 bzw. Art. 6 N. 5; Michel Mooser, *Le droit notarial en Suisse*, 2005, Rz. 53; Peter

Ruf, Notariatsrecht, 1995, Rz. 250 f.; Christian Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, 1993, Rz. 481 und 487; Hans Marti, Bernisches Notariatsrecht, 1983, Art. 2 aNG N. 5). Soweit der Beschwerdeführer sich auf die Wirtschaftsfreiheit beruft, ist also nicht weiter auf seine Vorbringen einzugehen. Zwar trifft zu, dass Nebenerwerbstätigkeiten im Sinn von Art. 29 Abs. 2 NG privatwirtschaftlicher Natur sind und ihrerseits in den Schutzbereich von Art. 27 BV und Art. 23 KV fallen (Wolf/Pfammatter, a.a.O., Art. 2 NG N. 8). Die Frage, welche Erwerbstätigkeiten neben der hoheitlichen Funktion als Urkundsperson zulässigerweise ausgeübt werden dürfen, bildet jedoch Teil der gesetzlichen Ausgestaltung der Haupttätigkeit als Notarin oder Notar und wird deshalb nicht vom Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit erfasst (vgl. BGE 133 I 259 E. 2 f.).

E. 3.3

Der Beschwerdeführer erwähnt sodann das Legalitäts- und das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 1 und 2 BV), ohne mit diesen Ausführungen jedoch irgendwelche Rügen zu verbinden (Beschwerde, S. 10); darauf braucht nicht weiter eingegangen zu werden. Anschliessend macht er eine Verletzung von Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV; Art. 10 Abs. 1 KV) und Willkürverbot (Art. 9 BV; Art. 11 Abs. 1 KV) geltend: Es sei kein sachlicher Grund dafür erkennbar, weshalb im KS LH eine Mitwirkung als Organ einer Immobiliengesellschaft generell verboten werde, während eine stimm- oder kapitalmässige Beteiligung bis zum Umfang von einem Drittel zulässig sei (Beschwerde, S. 10 f.). Mit diesem Vorbringen übersieht der Beschwerdeführer, dass das Verwaltungsgericht das Kreisschreiben zwar bei der Beurteilung der Rechtmässigkeit der angefochtenen Verfügung in angemessener Weise mitberücksichtigt (vgl. vorne E. 3.1.3), aber nicht abstrakt und losgelöst von einem konkreten Anwendungsfall überprüft. Vorliegend ist über das Ausmass der

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.11.2014, Nr. 100.2013.232U, Seite 12 Beteiligung des Beschwerdeführers an der B._____ AG nichts aktenkundig und allein dessen Mandat als Verwaltungsratspräsident beanstandet worden. Bei diesen Gegebenheiten ist nicht zu erörtern, ob und inwieweit es Notarinnen und Notaren untersagt werden darf, sich an Immobiliengesellschaften zu beteiligen. Ebenso wenig ist zu beurteilen, wie sich eine allfällige solche Beschränkung unter Rechtsgleichheits- und Willkürgesichtspunkten zum Verbot verhalten würde, in einer Immobiliengesellschaft die Stellung eines Organs zu bekleiden. Es ist einzig zu prüfen, ob die JGK zu Recht auf die Unvereinbarkeit der Funktion bei der B._____ AG mit dem Notariatsberuf erkannt hat.

E. 3.4

Der Beschwerdeführer schildert ferner die Regelung der Neben- erwerbstätigkeiten gemäss dem (bis Ende 1981 geltenden) Dekret vom 3. Februar 1937 über die nebenberufliche Tätigkeit der Notare (DNT; GS 1936-1940 S. 147 f.) sowie gemäss dem gestützt darauf erlassenen (alten) Kreisschreiben vom 30. März 1965 (vgl. vorne E. 3.1.2). Dabei kommt er zum Schluss, das Verbot, in einer Immobiliengesellschaft mitzuwirken, stelle eine «Verschärfung der bisherigen Rechtslage» dar; früher seien Organstellungen bei Immobiliengesellschaften zulässig gewesen. Zudem beanstandet er, dass es diesem Verbot an einer «Delegationsnorm» fehle (Beschwerde, S. 12 ff.). – Es wurde bereits festgehalten, dass sich das KS LH als Verwaltungsverordnung auf die Aufsichtskompetenz der JGK stützen kann und keiner ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedarf (vgl. vorne E. 3.1.2);

darauf kann verwiesen werden. Sodann ist für den Ausgang des Verfahrens unerheblich, ob das KS LH die im Kreisschreiben vom 30. März 1965 publizierte Praxis in jeder Einzelheit weiterführt oder allenfalls im einen oder anderen Punkt eine strengere Haltung einnimmt. Entscheidend ist allein, ob es bzw. ob die darauf gestützte angefochtene Verfügung Art. 4 Abs. 3 NG rechtmässig konkretisiert. 4. Dies ist in der Folge zu prüfen, macht doch der Beschwerdeführer ebenfalls geltend, die JGK habe Art. 4 Abs. 3 NG bzw. das Kreisschreiben unrichtig angewendet. In Frage steht dabei Ziff. 3 Bst. e KS LH, gemäss der folgende Tätigkeiten mit der Ausübung des Notariatsberufs unvereinbar sind: «Die Beteiligung an und Mitwirkung in Gesellschaften, deren statutarischer oder tatsächlicher Zweck im gewerbmässigen Liegenschaftshandel oder in der gewerbmässigen Liegenschaftsvermittlung besteht (Immobilien-gesellschaften).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.11.2014, Nr. 100.2013.232U, Seite 13 Als Mitwirkung gilt insbesondere die rechtliche oder faktische Organ- und Geschäftsführungsfunktion sowie das Führen der Unterschrift (Zeichnungsberechnung). Als Beteiligung gilt die finanzielle oder stimmrechtmässige Beteiligung, die eine rechtliche oder faktische Einflussmöglichkeit auf die Geschäftsführung oder eine beherrschende Stellung bewirkt. Unzulässig sind in jedem Fall: - der Besitz von mehr als 1/3 des Gesellschaftskapitals - die Verfügung über mehr als 1/3 der Stimmen in der General- oder Gesellschaftsversammlung.» 4.1 Die gesetzliche Regelung der Unvereinbarkeit ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass Unabhängigkeit und Neutralität der freiberuflich tätigen Urkundspersonen für deren Amtsführung von herausragender Bedeutung sind (vgl. BGE 133 I 259 E. 3.3). Art. 4 Abs. 3 NG und dessen Konkretisierung im KS LH sollen mithin vorab die Qualität der notariellen Amtsführung sichern (vgl. Mooser, a.a.O., Rz. 101). Mit Blick hierauf sind den Notarinnen und Notaren all jene Nebenerwerbstätigkeiten untersagt, die im Rahmen der Haupttätigkeit als Urkundsperson zu einem tatsächlichen Interessenkonflikt führen. Weil freiberuflich tätige Urkundspersonen aber ein öffentliches Amt bekleiden, kann es damit nicht sein Bewenden haben. Das Ansehen des Notariats wird nicht nur beeinträchtigt, wenn die Urkundsperson in einem konkreten Fall von einem offensichtlichen Interessenkonflikt betroffen ist. Vielmehr reicht aus, dass sie eine Nebenerwerbstätigkeit ausübt, mit der eine Möglichkeit von Interessenkonflikten verbunden ist; es verhält sich insoweit ähnlich wie mit den Ausstandspflichten, denen andere Amtsträgerinnen und Amtsträger unterstehen und die gemeinhin schon dann greifen, wenn ein objektiver Anschein von Befangenheit besteht (vgl. hierzu Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 9 N. 15). Zwar haben Notarinnen und Notare demnach hohen Anforderungen an Unabhängigkeit und Integrität zu genügen; umgekehrt stellt es ein Privileg ihres Berufsstands dar, für die notarielle Tätigkeit gestützt auf die Verordnung vom 26. April 2006 über die Notariatsgebühren (GebVN; BSG 169.81) eine – zudem im interkantonalen Vergleich grosszügig bemessene (vgl. hierzu die Berichte des Preisüberwachers vom November 2009 und Juli 2007 zu den kantonalen Notariatstarifen; abrufbar unter <www.preisueberwacher.admin.ch>, Rubriken «Themen/Diverse/Notariat») – öffentlich-rechtliche Kausalabgabe erheben zu können (vgl. dazu VGE 23321 vom 11.11.2008, E. 3.1; vgl. auch BGE 126 I 180 E. 2b/dd mit Hinweisen). Es ist deshalb auch unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten ohne weiteres hinzunehmen, dass die Notarinnen und Notare wegen ihrer hoheitlichen Funktion gewissen (lukrativen) Nebenerwerbstätigkeiten nicht nachgehen können. 4.2 Mit Blick auf Immobiliengeschäfte ergibt sich daraus Folgendes: Während die Liegenschaftsverwaltung im Sinn einer Administration von ruhendem Vermögen auch für Urkundspersonen

grundsätzlich zulässig erscheint (so auch Brückner, a.a.O.,

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.11.2014, Nr. 100.2013.232U, Seite 14 Rz. 3481), führt eine Beteiligung am Liegenschaftshandel bei diesen zwangsläufig zum Risiko von Interessenkonflikten. Angesichts der Gefahr, dass die Urkundsperson Marktinformationen, die ihr von der Klientschaft anvertraut werden, für eigene Zwecke verwendet, ist jede Betätigung im Grundstückshandel geeignet, die Neutralität der Notarin bzw. des Notars in Frage zu stellen (Brückner, a.a.O., Rz. 3482). Eine Nebenerwerbstätigkeit als Liegenschaftshändler ist deshalb nicht nur im Kanton Bern, sondern auch nach allgemeiner Schweizerischer Rechtsauffassung mit dem Ansehen des Notariatsberufs nicht vereinbar (vgl. Mooser, a.a.O., Rz. 104; Ruf, a.a.O., Rz. 448). Dabei unterscheidet sich eine Beteiligung am Liegenschaftshandel als Organ einer Immobiliengesellschaft auch nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht von einer selbständigen Betätigung der Urkundsperson als Liegenschaftshändler (vgl. BGE 133 I 259 E. 3.3). Nach dem Gesagten ist nicht zu beanstanden, dass die JGK in Ziff. 3 Bst. e KS LH das Bekleiden einer Organstellung oder das Wahrnehmen einer Geschäftsführungsfunktion für eine Immobiliengesellschaft als unzulässige Form der «Mitwirkung» bezeichnet. Solche Mandate sind ohne weiteres im Sinn von Art. 4 Abs. 3 NG «mit einer unabhängigen und einwandfreien Berufsausübung» unvereinbar. 4.3 Zu prüfen bleibt demnach, ob die JGK Ziff. 3 Bst. e KS LH zu Recht auf den Beschwerdeführer angewendet hat. 4.3.1 Dieser wendet ein, sein Mandat als Verwaltungsratspräsident falle nicht unter Ziff. 3 Bst. e KS LH, weil die B._____ AG nicht gewerbsmässigen Liegenschaftshandel betreibe, sondern eine «umfassende Palette von Immobiliendienstleistungen» erbringe. Weiter werde «eine tatsächliche Einmischung in die operationelle Geschäftstätigkeit» vorausgesetzt, während er sich als Führungsorgan auf Strategie, Organisation und Risikomanagement des Unternehmens beschränke und keinen Einfluss auf das operationelle Geschäft nehme. Zudem sei er zwar zeichnungsberechtigt, aber bloss mit Kollektivunterschrift zu zweien, könne also den Geschäftsgang nicht selbständig beeinflussen. Sodann dürfe das Kreisschreiben nur Tätigkeiten ausschliessen, welche die Unabhängigkeit der Notarin oder des Notars oder das Ansehen des Notariats beeinträchtigen könnten, was vorab bei spekulativen Tätigkeiten oder unverhältnismässigen Gewinnchancen der Fall sei. Diese Voraussetzungen seien bei der B._____ AG, die im Immobilienmarkt primär beratend tätig sei, und bei ihm selber, der weder im direkten Kundenkontakt stehe noch Rechtsgeschäfte abschliesse, nicht erfüllt. Das Ansehen des Notariats könnte nur beeinträchtigt werden, wenn er

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.11.2014, Nr. 100.2013.232U, Seite 15 «systematisch und wiederholt in solche Geschäfte involviert» und mit diesen «einen namhaften Umsatz» erzielen würde (Beschwerde, S. 14 ff.). 4.3.2 Der Beschwerdeführer leitet als Verwaltungsratspräsident der B._____ AG deren geschäftsführendes Organ (vgl. Art. 716 des Schweizerischen Obligationenrechts [OR; SR 220]) und ist grundsätzlich von Gesetzes wegen befugt, im Namen der Gesellschaft alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann (vgl. Art. 718a OR). Er ist mithin in Organstellung für die B._____ AG tätig, auch wenn er – im Unterschied zur Delegierten des Verwaltungsrats – nicht über die Einzelzeichnungsberechtigung verfügt. Der Beschwerdeführer erfüllt demnach die persönliche Voraussetzung des «Mitwirkens» an einer Gesellschaft im Sinn von Ziff. 3 Bst. e KS LH. Dabei kommt es nicht darauf an, ob und inwieweit er die «operationelle

Geschäftstätigkeit» selber prägt; die Unvereinbarkeitsbestimmung von Art. 4 Abs. 3 NG will nicht nur tatsächliche Interessenkonflikte vermeiden, sondern, zum Schutz des Ansehens des Notariats, auch den Anschein bzw. die Möglichkeit solcher Konflikte ausschliessen. Die JGK hat es deshalb zu Recht abgelehnt, die Unvereinbarkeit nach der Art der konkreten Tätigkeit anstatt gestützt auf die Organstellung zu beurteilen (angefochtene Verfügung, E. 4.3). Eine solche Differenzierung drängt sich auch unter Verhältnismässigkeits- gesichtspunkten nicht auf (vgl. Beschwerde, S. 17), handelt es sich doch bei Unabhängigkeit und Neutralität der Urkundspersonen bzw. dem Ansehen des Notariats nicht um Rechtsgüter, die je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls und der Interessenlage der betroffenen Urkundsperson mehr oder weniger weitgehend geschützt werden können. 4.3.3 Als Immobiliengesellschaften bezeichnet die JGK in Ziff. 3 Bst. e KS LH solche «Gesellschaften, deren statutarischer oder tatsächlicher Zweck im gewerbmässigen Liegenschaftshandel oder in der gewerbmässigen Liegenschaftsvermittlung besteht». Sie hat hierzu ausgeführt, es sei nicht massgebend, wenn die B._____ AG nur selten reine Vermittlungen von Liegenschaftsverkäufen auf Provisionsbasis tätige. Den Notarinnen und Notaren sei es sowohl gemäss Ziff. 3 Bst. c KS LH als auch gemäss Art. 3 der Standesregeln des VbN (abrufbar unter <www.bernernotar.ch>, Rubriken «Notarin/Notar, Aufsicht, Standesregeln») untersagt, Liegenschaftskäufe gegen Provision zu vermitteln (angefochtene Verfügung, E. 4.4). Der Beschwerdeführer setzt sich mit diesen Erwägungen der Vorinstanz nicht substantiiert auseinander, sondern wiederholt bloss seine Behauptung, die B._____ AG tätige Immobiliengeschäfte meist

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.11.2014, Nr. 100.2013.232U, Seite 16 nur im Zusammenhang mit Beratungsmandaten. Mit Blick auf seine weiteren Vorbringen, wonach eine Unvereinbarkeit bloss bei systematischer bzw. wiederholter Vornahme von Spekulationsgeschäften gegeben sein soll (vgl. vorne E. 4.3.1), scheint er geltend zu machen, dass nur die Mitwirkung in Unternehmungen untersagt sei, die ausschliesslich oder zumindest vorwiegend mit Liegenschaften handeln oder solche vermitteln. Dieser Einwand ist indes nicht stichhaltig: Wie gesehen wird die Neutralität der Urkundsperson nicht erst dann gefährdet, wenn eine Vielzahl von Immobiliengeschäften getätigt wird; vielmehr steht auch bereits die Vermittlung einzelner Liegenschaften gegen Provision in einem Spannungsverhältnis zur Neutralität der Urkundsperson (vorne E. 4.2; vgl. Ruf, a.a.O, Rz. 448). Es verstösst deshalb nicht gegen Art. 4 Abs. 3 NG, wenn die JGK den Notarinnen und Notaren jegliche Betätigung im Liegenschaftshandel und in der Vermittlung von Immobilien gegen Provision untersagt. Insoweit ist unerheblich, ob die entsprechende Betätigung selbständig oder als Organ einer Gesellschaft erfolgt (vorne E. 4.2), weshalb als Immobiliengesellschaft im Sinn von Ziff. 3 Bst. c KS LH zulässigerweise auch Unternehmungen betrachtet werden können, die nur gelegentlich Immobilien gegen eine Provisionszahlung vermitteln oder mit solchen handeln. Im Übrigen ist unbestritten, dass sich die B._____ AG auf ihrer Homepage auch aktiv als «seriöse Maklerin» und nicht nur als Erbringerin von Beratungsdienstleistungen anpreist (vgl. Beilage 3 zur Vernehmlassung der JGK; act. 3A). 4.4 Zusammenfassend werden die gesetzlichen Vorgaben, die Art. 4 Abs. 3 NG mit einer «unabhängigen und einwandfreien Berufsausübung» und dem «Ansehen des Notariats» offen umschreibt, durch Ziff. 3 Bst. e KS LH und die angefochtene Verfügung einzelfallgerecht und praktikabel konkretisiert. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet, soweit eine Verletzung des Notariatsgesetzes oder von verfassungsmässigen Rechten geltend gemacht wird. Im Übrigen hat auch die

höchstrichterliche Rechtsprechung wiederholt die herausragende Bedeutung von Unabhängigkeit und Neutralität der freiberuflich tätigen Notarinnen und Notare betont. Mit Blick hierauf hat das Bundesgericht etwa eine Regelung des Kantons Genf für verfassungsmässig erklärt, welche den dortigen Notaren (fast) alle Formen von Nebenerwerbstätigkeiten verbietet (BGer 2P.62/1989 vom 10.11.1989, in SJ 1990 S. 97). Es hat diesbezüglich erwogen, jegliche Beteiligung am Wirtschaftsleben führe zu einer gewissen Gefährdung der Unabhängigkeit des Notars. Es sei deshalb Sache des kantonalen Gesetzgebers, abzuwägen, in welchem Ausmass er Nebenbeschäftigungen seiner Urkundspersonen gestatten oder deren Neutralität

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.11.2014, Nr. 100.2013.232U, Seite 17 absichern wolle (vgl. auch BGer 2P.151/1995 vom 12.12.1996, in RDAT 1997 II N. 10 S. 14, E. 3c, 2P.226/2006 vom 8.12.2006, E. 4.2). Mit Blick auf den Gegenstand der vorliegenden Streitigkeit ist weiter zu erwähnen, dass das Bundesgericht – weil der (gewerbmässige) Liegenschaftshandel gemeinhin als mit dem Ansehen des Notariatsberufs unvereinbar betrachtet werde – eine Bestimmung des Notariatsgesetzes des Kantons Basel-Stadt geschützt hat, die dessen Urkundspersonen die Beteiligung am Liegenschaftshandel untersagt (BGE 133 I 259 E. 3.3). 5. Der Beschwerdeführer rügt schliesslich noch eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben (Art. 9 BV; Art. 11 Abs. 2 KV). Er habe im Jahr 2008 für die B._____ AG um «Befreiung [...] von der Unterstellung unter die Notariatsrevision» ersucht. In diesem Zusammenhang habe die JGK von seinem Mandat als Verwaltungsratspräsident erfahren, ohne dass dies zu einer aufsichtsrechtlichen Beanstandung geführt habe. Bei diesen Gegebenheiten sei er in seinem Vertrauen zu schützen, dass die Tätigkeit auch unter Geltung des neuen KS LH, dass gemäss dessen Ziff. 1 keine Verschärfung der Praxis bezwecke, zulässig bleibe. – Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben kann eine (selbst unrichtige) Auskunft, die eine Behörde einer Privatperson erteilt, unter gewissen Umständen Rechtswirkungen entfalten. Voraussetzung dafür bildet, dass sich die Auskunft der Behörde auf eine konkrete, die betreffende Person berührende Angelegenheit bezieht, dass die Amtsstelle, welche die Auskunft erteilt hat, hiefür zuständig war oder die betroffene Person sie aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte, dass Letztere die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen können, dass sie im Vertrauen hierauf nicht ohne Nachteil rückgängig zu machende Dispositionen getroffen hat, dass die Rechtslage zur Zeit der Verwirklichung des Tatbestandes noch die gleiche ist wie im Zeitpunkt der Auskunftserteilung und dass das öffentliche Interesse an der Anwendung des positiven Rechts die geschützte private Vertrauensposition nicht überwiegt (vgl. BVR 2013 S. 85 E. 6.1, 2012 S. 294 E. 3.2; BGE 137 I 69 E. 2.5, 130 I 26 E. 8.1). Inwiefern diese Voraussetzungen für den Vertrauensschutz vorliegend erfüllt sein sollen, ist weder dargetan noch ersichtlich. Zunächst beruft sich der Beschwerdeführer nicht auf eine ihn selber betreffende, vertrauensbegründende Auskunft oder Zusicherung, sondern auf ein im Namen der B._____ AG eingeleitetes

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.11.2014, Nr. 100.2013.232U, Seite 18 Gesuchsverfahren gemäss Art. 44 Abs. 4 NG. Die JGK hat zu Recht erwogen, aus dem betreffenden Verfahren lasse sich für die hier streitige aufsichtsrechtliche Fragestellung nichts ableiten (angefochtene Verfügung, E. 4.2), wozu der Beschwerdeführer im Übrigen nicht Stellung nimmt. Weiter legt der Beschwerdeführer weder dar, welche Dispositionen er im Vertrauen auf die vermeintliche Rechtmässigkeit

seiner Tätigkeit für die B._____ AG getätigt haben will, noch inwiefern diese nicht ohne Nachteil rückgängig zu machen wären.

E. 6

Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Parteikosten sind keine zu sprechen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 3 VRPG). Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.