

# **GR\_GERICHTE U 2007 98 vom 25. Januar 2008**

GR Gerichte, 2008-01-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_U\\_2007\\_98](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_U_2007_98)

FR: GR\_GERICHTE U 2007 98 du 25 janvier 2008

IT: GR\_GERICHTE U 2007 98 del 25 gennaio 2008

## **Regeste**

Entbindung vom Berufsgeheimnis als Notar | Notariatsrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Mit Schreiben vom 19. April 2007 ersuchte der Rechtsanwalt und Notar ... die Notariatskommission des Kantons Graubünden, ihn im Zusammenhang mit einem vor dem Bezirksgericht ... anhängigen Forderungsprozess aus einem Kaufvertrag vom Notariatsgeheimnis zu entbinden. Zur Begründung machte er geltend, im erwähnten Prozess als Zeuge vorgeladen worden zu sein.

### **E. 2**

Mit Stellungnahme vom 4. Juni 2007 beantragte die ... AG, der betreffende Notar sei nicht von seinem Notariatsgeheimnis zu entbinden. Zur Begründung brachte sie im Wesentlichen vor, dieser sei im erwähnten Forderungsprozess für eine Partei auch als Anwalt tätig gewesen. Zudem nehme ein Mitglied der Kanzleigemeinschaft des Notars die Rechtsvertretung dieser Partei wahr. Die freiberuflich tätigen Urkundspersonen unterstünden dem Berufsgeheimnis, welches strafrechtlich geschützt sei. Die Entbindung von der Geheimhaltungspflicht könne nur vom Geheimnisherrn - vorliegend von den Vertragsparteien - oder von der Aufsichtsbehörde erteilt werden. Ein Notar habe die Interessen der Beteiligten nach bestem Wissen und Gewissen gleichmässig und unparteiisch zu wahren. Er habe sich im konkreten Fall jedoch nicht neutral verhalten, sodass nicht mehr von Unparteilichkeit gesprochen werden könne. Es sei zu befürchten, dass er tendenziell zugunsten seiner Klientin aussagen würde. Die Gegenpartei liess sich zur Sache nicht vernehmen.

### **E. 3**

Mit Beschluss der Notariatskommission vom 25. September 2007, mitgeteilt am 1. Oktober 2007, wurde der besagte Notar für seine Aussage als Zeuge

im Zivilprozess vor dem Bezirksgericht ... von seinem Berufsgeheimnis befreit. Die Kommission führte zur Hauptsache aus, ein Notar stehe grundsätzlich unter Schweigepflicht. Wenn er aber ein Geheimnis offenbaren wolle und nicht die diesbezügliche Einwilligung aller Berechtigten erhalte, so müsse er die Aufsichtsbehörde um Befreiung nachsuchen. Diese habe freies Ermessen bei der Beurteilung, ob und unter welchen Voraussetzungen einem Notar die Offenbarung eines Geheimnisses erlaubt oder verweigert werden solle. Sie müsse dazu jedoch die massgebenden Interessen abwägen und alle entscheiderelevanten Umstände des Einzelfalles berücksichtigen. Es sei zwar durchaus denkbar, dass das Verhältnis eines Notars zu einer Partei seine Aussage beeinflussen könne.

Das Gericht müsse jedoch die Glaubwürdigkeit und das Gewicht der Zeugenaussagen für sich allein und gegeneinander sorgfältig abwägen und dabei alle Umstände, die sich auf die Zuverlässigkeit der Zeugen auswirken könnten, in Betracht ziehen. Damit sei gewährleistet, dass solche Zeugenaussagen durch den zuständigen Richter ins richtige Licht gestellt würden. Aus den genannten Gründen bestehe ein beachtliches öffentliches Interesse an der Preisgabe des Notariatsgeheimnisses, damit der Notar als Zeuge im Zivilprozess zur Ermittlung der materiellen Wahrheit beitragen könne.

#### **E. 4**

Dagegen liess die ... AG am 29. Oktober 2007 frist- und formgerecht Beschwerde an das Verwaltungsgericht erheben und beantragte die Aufhebung des Beschlusses der Notariatskommission bzw. die Abweisung des Gesuchs um Entbindung vom Notariatsgeheimnis. Zur Begründung machte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, der Notar unterstehe einer strengen Schweigepflicht. Das Notariatsgeheimnis sei zu wahren, auch wenn der Notar als Zeuge aufgerufen werde. Er dürfe keine Aussage machen, bis ihn die Berechtigten von der Schweigepflicht entbunden hätten oder die zuständige Behörde die Bewilligung zur Offenbarung erteilt habe. Der Entbindung von der Schweigepflicht durch die zuständige Behörde seien enge Grenzen gesetzt. Sie dürfe nur nach einer Abwägung der einander widerstreitenden Interessen bei einer deutlich höheren Gewichtung des öffentlichen oder privaten Interesses erfolgen. In Forderungsprozessen zwischen den Vertragspartnern sei eine Bewilligung zur Offenbarung des Geheimnisses grundsätzlich nicht statthaft, weil das Interesse an der Geheimhaltung regelmässig grösser sei als dasjenige an der Aufklärung eines privatrechtlichen Anspruches. Als Interesse für die Preisgabe des Berufsgeheimnisses werde lediglich das öffentliche Interesse an der Ermittlung der materiellen Wahrheit angeführt. Dies sei mit übergeordnetem Recht nicht vereinbar.

#### **E. 5**

Mit Stellungnahme vom 19. November 2007 beantragte die Notariatskommission, unter Hinweis auf die Begründung im angefochtenen Entscheid, die Abweisung der Beschwerde.

#### **E. 6**

Mit Vernehmlassung vom 10. Dezember 2007 beantragte ... die Abweisung der Beschwerde. Sie begründete ihren Antrag zur Hauptsache damit, dass die Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen Sache des Bezirksgerichtes ... sei. Der Antrag der Beschwerdeführerin, der betreffende Notar sei wegen fehlender Unabhängigkeit nicht zur Aussage zuzulassen, sei im vorliegenden Verfahren unzulässig. Im Übrigen stehe er nicht in einem Interessenkonflikt. Der Entscheid der Notariatskommission entspreche der langjährigen und konstanten Praxis der Aufsichtsbehörde im Kanton Graubünden. Dabei stehe ihr als unabhängige Fachinstanz ein weites Ermessen zu, welches von der Beschwerdeinstanz nicht ohne triftige Gründe beschränkt werden solle. Die Beschwerdeführerin lege nicht dar, inwiefern die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten bzw. missbraucht habe. Weiter sei ein Notar grundsätzlich zur Aussage verpflichtet, wenn er entweder durch die Parteien oder die Aufsichtsbehörde von der Schweigepflicht entbunden sei. Bei diesem Entscheid müsse das öffentliche Interesse und jenes privater Beteiligter an der Geheimhaltung gegen das Interesse an der Wahrheitsfindung im Prozess abgewogen werden. Das zuletzt genannte Interesse sei im Kanton Graubünden ein wesentliches Entscheidungskriterium bei der Frage, ob ein Notar von der

Geheimhaltungspflicht entbunden werden müsse. Im vorliegenden Fall müsse eine objektive Interessenabwägung zu Gunsten der Aufhebung der Schweigepflicht ausfallen.

Die Frage, unter welchen Umständen ein Notar von der Schweigepflicht befreit werden dürfe, werde nicht vom Bundesrecht, sondern vom kantonalen Recht beherrscht. Bei der Rechtsgüterabwägung sei insbesondere zwischen der sehr unterschiedlichen Stellung des Notars und des Anwalts zu differenzieren. Der Umstand, dass im Kanton Graubünden einige Anwälte auch Notare seien, dürfe nicht zur Verwischung der klaren Abgrenzung zwischen den entgegengesetzt unterschiedlichen Funktionen führen. Zudem kollidiere die Aussage eines Notars im Zivilprozess praktisch nie mit einem öffentlichen Interesse an der Geheimhaltung. Auf die weiteren Ausführungen der Parteien in den Rechtsschriften wird, sofern erforderlich, in den Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1. Anfechtungsobjekt im vorliegenden Beschwerdeverfahren bildet der Beschluss der Notariatskommission vom 25. September 2007, welcher gemäss Art. 9 Abs. 2 des Notariatsgesetzes (BR 210.300) mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht angefochten werden kann. Nachfolgend gilt es zu prüfen, ob der besagte Notar zu Recht von seinem Berufsgeheimnis befreit worden ist. 2. Gemäss Art. 7 Abs. 1 Notariatsgesetz haben die Notariatspersonen und ihre Hilfskräfte, die Notariatskommission und die mit Inspektionen betrauten Personen über ihre Tätigkeiten und Wahrnehmungen bei Ausübung ihres Amtes Verschwiegenheit zu bewahren. Diese Schweigepflicht beruht auf verschiedenen Überlegungen: Einerseits ist die Geheimhaltungspflicht des Notars eine Folge seines ausschliesslichen Rechts, öffentliche Beurkundungen vorzunehmen. Diese Zwangssituation kann dem Bürger nur zugemutet werden, wenn er weiss, dass der Notar von Gesetzes wegen verpflichtet ist, über die so erworbenen Kenntnisse mit teilweise persönlichem oder anderweitig heiklem Charakter Dritten gegenüber zu schweigen (Ruf Peter, Notariatsrecht, Langenthal 1995, S. 253 N 945). Andererseits soll mit

der Mitwirkung der Urkundsperson dafür gesorgt sein, dass der Wille der Beteiligten klar zum Ausdruck kommt und dass er vollständig und unmissverständlich formuliert ist (vgl. Sidler Kurt, Kurzkomentar zum luzernischen Beurkundungsgesetz, Luzern 1975, N 10). Diese Zweckbestimmung findet ihre Folge in Art. 9 ZGB, wonach eine öffentliche Urkunde den vollen Beweis liefert, solange nicht ihre inhaltliche Unrichtigkeit nachgewiesen ist. Das erhöhte Vertrauen in die öffentliche Urkunde basiert auf der eben dargelegten Zweckbestimmung. Dies setzt voraus, dass eine Urkundspartei der Urkundsperson alle relevanten Punkte eröffnet. Hier knüpft die Verschwiegenheitspflicht an. Der Schutz des Geheimnisses soll die Ausübung bestimmter Berufe im öffentlichen Interesse erleichtern. Demgemäss können diese Ämter nur dann richtig und einwandfrei ausgeübt werden, wenn das Publikum aufgrund einer grundsätzlich unbedingten Garantie der Verschwiegenheit das unentbehrliche Vertrauen zum Inhaber des Berufes hat (vgl. BGE 112 Ib 606 f.; Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide (LGVE) 1999 I Nr. 17). Zudem übt der Notar eine hoheitliche Funktion innerhalb der freiwilligen Gerichtsbarkeit aus (vgl. Ruf a.a.O., S. 74 N 249 f. und S. 83 N 284 f.), weshalb auch der Staat dafür zu sorgen hat, dass volles Vertrauen des Publikums zu diesem Berufsstand besteht. 3. a) Verletzungen des Berufsgeheimnisses können disziplinarrechtliche und strafrechtliche Folgen nach sich ziehen (vgl. Art. 42 ff. Notariatsgesetz). Nach Art. 321 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB; SR 311.0) werden Notare, die ein Geheimnis offenbaren, das ihnen infolge ihres Berufes anvertraut worden ist, oder das sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben, auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Die Verletzung des

Berufsgeheimnisses ist auch nach Beendigung der Berufsausübung strafbar (Ziff. 1). Der Täter ist nicht strafbar, wenn er das Geheimnis auf Grund einer Einwilligung des Berechtigten oder einer auf Gesuch des Täters erteilten schriftlichen Bewilligung der vorgesetzten Behörde oder Aufsichtsbehörde offenbart hat (Ziff. 2). Einwilligen müssen alle Urkundsparteien als so genannte Geheimnisherren (Trechsel Stefan, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, Zürich 1997, Art. 321, S.

1019 N 26). Fehlt eine Einwilligung und will der Notar trotzdem ein Geheimnis offenbaren, so ist dies nur mit Bewilligung der zuständigen Behörde zulässig. Der Notar muss - wie vorliegend - ein Gesuch um Befreiung vom Berufsgeheimnis an die Kommission als zuständige Aufsichtsbehörde stellen. Zur Stellung des Gesuchs ist nur der Geheimnisträger selber befugt, nicht etwa eine Gerichtsbehörde (vgl. ZGRG 1999, S. 88 E. 4). Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs gebietet es, dass die Kommission dem nicht einwilligenden Geheimnisherrn Kenntnis vom Gesuch und Gelegenheit zur Stellungnahme gibt (vgl. Rundschreiben Nr. 2/2000 der Notariatskommission vom 15. Juli 2000 betreffend Notar als Zeuge im Bündner Prozess, S. 4 II. 3. a und b). Die nicht einwilligende Geheimnisherrin konnte sich im vorliegenden Fall mit Stellungnahme vom 4. Juni 2007 zur Sache äussern. b) Dem Gesetz lassen sich keine Kriterien entnehmen, welche von der vorgesetzten Behörde oder Aufsichtsbehörde bei ihrer Entscheidung zu beachten sind. Sie wird deshalb in aller Regel aufgrund allgemeiner Kriterien eine Abwägung der für die Preisgabe oder Wahrung des Geheimnisses massgebenden Interessen vorzunehmen haben (Basler Kommentar, StGB II, Basel 2003, Oberholzer Niklaus, Art. 321 N 19; Sidler a.a.O., S. 28). Nach der Praxis kann es sich aber nur um ein höheres Interesse handeln, welches als schutzwürdiger erscheint als das entgegenstehende Interesse an der Geheimhaltung (BGE 91 I 205, 102 Ia 520 E. 3). Die Aufsichtsbehörde hat freies Ermessen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Bewilligung zur Aussage erteilt oder verweigert werden soll (Rehberg Jörg, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Zürich 1999, S. 481). Im Beschluss vom 25. September 2007 hat die Notariatskommission die verschiedenen Interessen gegeneinander abgewogen. Sie führte aus, es bestehe ein privates Interesse der Urkundspartei als Geheimnisherr, dass bestimmte Umstände nicht offenbart würden. Ein solches Interesse an der Geheimhaltung könne auch eine Drittperson haben. Daneben bestehe ein privates Interesse des Notars auf Schutz seiner persönlichen Freiheit, sei es durch Preisgabe oder Wahrung eines Geheimnisses. Sodann bestehe einerseits ein öffentliches Interesse an der Wahrung des Berufsgeheimnisses, um das erforderliche Vertrauen der Bevölkerung zum Notar zu schaffen und

zu erhalten, andererseits aber auch ein öffentliches Interesse an der Ermittlung der materiellen Wahrheit über Vorgänge oder Tatsachen, welche zwar unter das Notariatsgeheimnis fallen würden, aber in einem staatlichen Verfahren strittig seien. Nach Erfassung und Gewichtung der massgebenden Interessen unter Berücksichtigung aller beachtenswerten Umstände hielt die Kommission fest, dass ein beachtliches öffentliches Interesse an der Preisgabe des Notariatsgeheimnisses bestehe. Dadurch könne der Notar als Zeuge im Zivilprozess zur Ermittlung der materiellen Wahrheit beitragen. Den entgegenstehenden privaten Interessen werde demgegenüber durch die Beweiswürdigungspflicht des Zivilrichters im Sinne von Art. 186 Abs. 2 der Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden (ZPO; BR 320.000) genügend Rechnung getragen. c) Der Notariatskommission steht als unabhängige Fachinstanz ein weites Ermessen zu, welches sie im Rahmen des Gesetzes auszuüben hat. Durch das Ermessen

erhalten die Behörden einen Spielraum für den Entscheid im Einzelfall. Dies bedeutet jedoch nicht, dass sie in ihrer Entscheidung völlig frei sind. Vielmehr müssen sie ihr Ermessen pflichtgemäss ausüben und die Ermessensentscheide begründen (vgl. Häfelin Ulrich/Müller Georg, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 2002, S. 93 N 441 f.). d) Gemäss Art. 51 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; BR 370.100) beschränkt sich die Kognition des Verwaltungsgerichtes bei der Prüfung einer Beschwerde auf Rechtsverletzungen einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (lit. a) sowie auf die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes (lit. b). Die Überprüfung findet somit im Rahmen einer Rechtskontrolle statt, welche im Gegensatz zu einer Ermessenskontrolle neben Rechtsverletzungen lediglich die willkürliche Ausübung des Ermessens (Ermessensüberschreitung, -unterschreitung und -missbrauch) zum Gegenstand hat. Eine Prüfung der Unangemessenheit oder Unzweckmässigkeit einer Verfügung kann im Allgemeinen mit der Beschwerde nicht geltend gemacht werden. Diese Beschränkung der Überprüfungsbefugnis ergibt sich auch aus der Tatsache, dass die

Verwaltungsgerichte - im Gegensatz zu den meisten Rechtsmittelbehörden in der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege - den Verwaltungsbehörden nicht hierarchisch übergeordnet sind (vgl. zur Kognition in der verwaltungsexternen Verwaltungsrechtspflege: Häfelin Ulrich/Müller Georg a.a.O., S. 400 N 1930). Im vorliegenden Fall hat die Aufsichtsbehörde die massgebenden Interessen erfasst und gegeneinander abgewogen. Sie hat das ihr zustehende Ermessen korrekt ausgeübt, d. h. es liegt weder eine Überschreitung noch ein Missbrauch des Ermessens vor. Ermessensfehler werden auch von der Beschwerdeführerin nicht gerügt. Da der Entscheid überdies ausführlich und schlüssig begründet wurde, ist am Beschluss, den Notar von seinem Berufsgeheimnis zu befreien, nichts auszusetzen. e) Bei einer Befreiung des Notars von seinem Berufsgeheimnis ist er bundesrechtlich zur Aussage ermächtigt, aber nicht verpflichtet (Trechsel a.a.O., S. 1022 N 33). Vorbehalten bleiben die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnispflicht und über die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde (Art. 321 Ziff. 3 StGB). Dies lässt eine Umwandlung von bundesrechtlicher Aussagemöglichkeit in kantonale Aussagepflicht zu (BGE 102 Ia 520). Im Kanton Graubünden ist jedermann verpflichtet, in einem Zivilprozess als Zeuge auszusagen, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 173 Abs. 1 ZPO). Der Notar gehört nicht zu denjenigen Personen, welche gemäss Gesetz nicht zur Aussage zugelassen werden (Art. 173 Abs. 2 ZPO). Es trifft ihn also grundsätzlich die Pflicht zur Aussage. Das Zeugnis kann hingegen gemäss Art. 175 Ziff. 3 ZPO bei Aussagen über Tatsachen, welche dem Notar in seiner in Art. 321 StGB genannten Stellung anvertraut worden sind oder die er in deren Ausübung wahrgenommen hat, verweigert werden. Wird der Notar jedoch von der Pflicht zur Geheimhaltung befreit, ist er zur Aussage verpflichtet, wenn nicht gemäss seiner gewissenhaften Erklärung ein höheres Interesse trotz der Befreiung die Geheimhaltung gebietet. Die Notariatskommission berücksichtigt in der Interessenabwägung die massgebenden Interessen, worunter auch dieses "höhere Interesse" im Sinne von Art. 175 Ziff. 3 ZPO fällt (vgl. Rundschreiben Nr. 2/2000 der

Notariatskommission vom 15. Juli 2000 betreffend Notar als Zeuge im Bündner Prozess, S. 4 II. 3. c und d). Somit ist der Notar bei einer Befreiung vom Berufsgeheimnis in jedem Fall zur Aussage verpflichtet. 4. Zusammenfassend wird festgehalten, dass der besagte Notar zu Recht von seinem Berufsgeheimnis befreit worden ist. Der angefochtene Beschluss erweist

sich somit als rechtmässig, weswegen die Beschwerde abzuweisen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Gerichtskosten gestützt auf Art. 73 Abs. 1 VRG der Beschwerdeführerin auferlegt. Zudem hat sie der anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerin 3 eine aussergerichtliche Entschädigung gemäss Art. 78 Abs. 1 VRG auszurichten. Demnach erkennt das Gericht: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen. 2. Die Gerichtskosten, bestehend - aus einer Staatsgebühr von Fr. 2'000.-- - und den Kanzleiauslagen von Fr. 324.-- zusammen Fr. 2'324.-- gehen zulasten der ... AG und sind innert 30 Tagen seit Zustellung dieses Entscheides an die Finanzverwaltung des Kantons Graubünden, Chur, zu bezahlen. 3. Die ... AG wird verpflichtet, ... für das vorliegende Beschwerdeverfahren aussergerichtlich mit Fr. 2'000.-- (inkl. MWST) zu entschädigen.

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