

SO_GERICHTE VWBES.2013.379 vom 18. Februar 2014

SO Obergericht, 2014-02-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2013.379

FR: SO_GERICHTE VWBES.2013.379 du 18 février 2014

IT: SO_GERICHTE VWBES.2013.379 del 18 febbraio 2014

Regeste

§ 13 Abs. 1 NotV, § 60 Abs. 2 NotV. Ein Notar, der einen Vorvertrag für einen Grundstückkauf zwischen dem Verkäufer und einer GmbH beurkundet, dessen Stammanteile er vorgängig selber übernommen hat, verletzt die Ausstandspflicht. Die Pflichtverletzung ist als mittelschwer einzustufen. Eine Busse von CHF 1'000.00 zusammen mit einem Monat Einstellung im Beruf als Notar, die nicht publiziert wird, ist als Sanktion angemessen.

Erwägungen

E. 6

Juli 2012 eine Beschwerde beim Regierungsrat gegen R. als Notar ein. Sie beantragte, gegen R. sei ein Disziplinarverfahren zu eröffnen und eine Disziplinarstrafe zu verhängen. Begründet wurden die Anträge damit, dass R. die Ausstandsbestimmungen als Notar missachtet und sich der Interessenkollision sowie wiederholtem Handeln wider Treu und Glauben schuldig gemacht habe. Er habe damit gegen die Berufspflicht als Notar verstossen. Mit Regierungsratsbeschluss vom 12. März 2013 wurde die Aufsichtsbeschwerde gegen R. wegen Verletzung seiner Pflichten als Notar gegenüber J., vertreten durch E., aufgenommen und ein aufsichtsrechtliches Disziplinarverfahren eröffnet. Der Regierungsrat beschloss am 24. September 2013 über das Disziplinarverfahren von R. wie folgt: «3.1 R. wird für die Dauer von drei Monaten ab Rechtskraft des Beschlusses in seinem Beruf als öffentlicher Notar des Kantons Solothurn eingestellt. Er darf während dieser Zeit keine öffentlichen Beurkundungen vornehmen. 3.2 R. hat an demjenigen Tage, an welchem Ziff. 3.1 des Beschlusses in Rechtskraft erwächst, seinen Notariatsstempel zur Aufbewahrung an die Staatskanzlei, Legistik und Justiz, (...) einzusenden. Dieser ist ihm nach Ablauf der Einstellungsdauer wieder auszuhändigen. 3.3 R. wird eine Busse von CHF 1'000.00, zahlbar innert 30 Tagen ab Rechtskraft des Beschlusses, auferlegt. (...)» Gegen den Regierungsratsbeschluss liess R. (Beschwerdeführer) Beschwerde beim Verwaltungsgericht erheben. Er beantragte, die Ziffern 3.1 und 3.2 des Beschlusses seien aufzuheben. Das Verwaltungsgericht heisst die Beschwerde teilweise gut und setzt die Dauer der Einstellung im Beruf als öffentlicher Notar auf einen Monat fest. Aus den Erwägungen: 2.1 Die solothurnischen Notare unterstehen der Aufsicht des Regierungsrats (§ 11 Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs, EG ZGB, BGS 211.1). Er übt die Aufsicht durch die Staatskanzlei aus (§ 63 Notariatsverordnung, NotV, BGS 129.11). Nach § 60 NotV ergreift der Regierungsrat disziplinarische Massnahmen gegen einen Notar, welcher die ihm obliegenden Pflichten verletzt oder gegen die Würde, die Ehre und das Vertrauen, die für die Ausübung des Notariats unerlässlich sind, verstösst. Er tut dies auf Anzeige hin oder von Amtes wegen. Als Disziplinarinstrumente kommen je nach Art und Schwere des Falls in

Frage: Verweis, Busse bis CHF 1'000.00, Einstellung im Beruf bis zu einem Jahr oder Entzug der Berufsausübungsbewilligung (§ 60 Abs. 2 NotV). 2.2 Gemäss § 11 NotV darf der Notar die Vornahme einer von ihm ordnungsgemäss verlangten, gesetzlich vorgesehenen Berufsfunktion, die in den Kreis seiner Zuständigkeit fällt, nicht verweigern, sofern er nicht durch wichtige Gründe an ihrer Vornahme verhindert oder durch einen gesetzlichen Ausschlussgrund davon ausgeschlossen ist. Der Notar hat die Mitwirkung zu verweigern bei allen Rechtshandlungen, die gegen das Gesetz, die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstossen (§ 12 Abs. 1 NotV). Er hat nach Kräften dafür zu sorgen, dass im Rechtsleben Treu und Glauben gewahrt werden (§ 12 Abs. 2 NotV). Der Notar hat sich nach § 13 Abs. 1 lit. a und lit. d NotV in Geschäften in eigener Sache sowie in Sachen einer natürlichen oder juristischen Person, deren gesetzlicher Vertreter oder Bevollmächtigter er allein oder mit Dritten zusammen ist, in Ausstand zu begeben. Der Notar soll diejenigen, die seine Dienste beanspruchen, unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen beraten. Er achtet besonders darauf, dass Geschäfts- und Rechtsunkundige, die vor ihm rechtsgeschäftliche Erklärungen abgeben, die nötigen Aufschlüsse erhalten und nicht in Unkenntnis der Sachlage zu ihrem Nachteil handeln (§ 15 NotV). 3. Der Beschwerdeführer hat als Notar gemäss Art. 216 Abs. 2 Obligationenrecht (OR, SR 220) einen Vorvertrag für einen Grundstückkauf zwischen J. und der H. GmbH öffentlich beurkundet. Zuvor hatte der Beschwerdeführer die Stammanteile der H. GmbH von J. übernommen. Damit nahm der Beschwerdeführer eine öffentliche Beurkundung vor, obwohl dies ein Geschäft in eigener Sache resp. in Sachen einer juristischen Person war, deren gesetzlicher Vertreter er kurz darauf wurde. Der Beschwerdeführer hätte sich gemäss § 13 Abs. 1 NotV in den Ausstand begeben müssen. Dieser Tatbestand wird vom Beschwerdeführer nicht bestritten. 4.1 Der Regierungsrat wirft dem Beschwerdeführer neben der Ausstandspflichtverletzung auch einen Verstoß gegen die Würde, die Ehre und das Vertrauen als Notar vor, dies wegen der Inhalte der Verträge über den Vorvertrag des Liegenschaftsverkaufs und der Übernahme der Stammanteile der GmbH sowie auch wegen des Verhaltens nach Abschluss resp. Umwandlung dieser Verträge. Der Beschwerdeführer bringt dagegen vor, er habe die Interessen von J. richtig erkannt und entsprechend beurkundet. Jedenfalls sei der nachträglich vereinbarte Liegenschaftsverkaufsentwurf – obwohl J. durch einen Anwalt vertreten wurde – nicht besser ausgefallen, als der von ihm aufgesetzte Vorvertrag. Er habe nicht gegen die Würde, die Ehre oder das Vertrauen als Notar verstossen. 4.2 Der Beschwerdeführer ist sowohl als Anwalt als auch als freier Notar tätig. Unbestritten ist die öffentliche Beurkundung eines Vorvertrags für einen Grundstückkauf eine notarielle Tätigkeit. Weniger klar ist dagegen die Frage, wann die notarielle Tätigkeit beginnt und endet sowie ob ein zweiter Vertrag, welcher im Zusammenhang mit dem beurkundeten steht, ebenfalls als notarielle Tätigkeit zu betrachten ist. 4.3 Gemäss herrschender Lehre gelten als notarielles Handeln auch Nebenleistungen, welche die Urkundsperson im Zusammenhang mit einer öffentlichen Beurkundung ausdrücklich zusagt oder aufgrund ihrer Amtspflicht oder stillschweigender Erwartung der Klientschaft spontan erbringt. Als solche Nebenleistungen sind zu betrachten: a) Die Beratung, welche im Hinblick auf eine öffentliche Beurkundung im Rahmen üblicher notarieller Berufserfahrung erteilt wird; b) Die Formulierung von Verträgen und anderen individuellen Willenserklärungen, deren gültiges Vorliegen für das zu beurkundende Geschäft oder dessen registerliche Eintragungsfähigkeit eine notwendige Voraussetzung und von der Urkundsperson von Amtes wegen zu prüfen ist; c) Treuhandfunktionen anlässlich der Durchführung eines beurkundeten Geschäfts (Christian Brückner:

Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, N 495 f.). Diese Nebenleistungen werden von der Urkundsperson im Rahmen des öffentlichen Beurkundungsverhältnisses eingegangen, sie sind somit als freiwillig eingegangene Erweiterung der Amtspflichten anzusehen und sind amtliche Tätigkeiten. Die vom öffentlichen Recht bestimmten modalen Amtspflichten der Urkundsperson (Wahrheitspflicht, Klarheitspflicht, Unparteilichkeit, Sorgfaltspflicht, Pflicht zur Wahrung von Treu und Glauben, Verbot der Schaffung falschen Anscheins) sind auch für solche Nebenleistungen massgebend und können nicht durch Willenseinigung zwischen Urkundsperson und Klient wegbedungen werden (Brückner, a.a.O., N 496). Die Erbringung einer Nebenleistung im Zusammenhang mit oder im Hinblick auf eine öffentliche Beurkundung ist als Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Amtspflicht und nicht als privatrechtliche Vertragspflicht zu qualifizieren.

4.4 Der Vertrag zur Übertragung der Stammanteile der GmbH enthält einige Ausführungen zum Grundstückkauf, insbesondere verpflichtet sich J. bereits bei der Übertragung der Stammanteile zum Verkauf der Liegenschaft. Der Vertrag über die Stammteilübertragung und der Vorvertrag zum Grundstücksverkauf bilden zusammen die Nachfolgeregelung der H. GmbH. Sie stehen in sehr engem Zusammenhang. Die Beratung und Abwicklung einer Nachfolgeregelung ist jedoch per se keine notarielle Tätigkeit. Erst die Beratung, Formulierung und Beurkundung von Erbverträgen oder von Vorverträgen zu Liegenschaftsverkäufen sind notarielle Tätigkeiten. Unterliegt eine von mehreren zusammenhängenden Verträgen der öffentlichen Beurkundung, bedeutet dies nicht, dass die gesamte Beratung und Tätigkeit eine notarielle Tätigkeit ist. Wann die notarielle Tätigkeit bei einer solch umfassenden Beratung beginnt und endet, ist sehr schwierig zu beurteilen. Sicher ist dabei nur, dass der notariellen Tätigkeit alle Handlungen unterliegen, welche zum öffentlich zu beurkundenden Vertrag gehören.

4.5 J. beauftragte den Beschwerdeführer mit der Liquidation der GmbH resp. der Nachfolgeregelung. Er verlangte damals vom Beschwerdeführer keine notarielle Tätigkeit. Diese ergab sich erst mit der Nachfolgeregelung, insbesondere mit der Übertragung der Liegenschaft auf die GmbH. Die notarielle Tätigkeit des Beschwerdeführers begann damit sicher nicht bereits mit der ersten Konsultation von J. beim Beschwerdeführer. Die notarielle Tätigkeit des Beschwerdeführers für J. ist vorliegend eng an die Beratung, Ausformulierung sowie den Akt der öffentlichen Beurkundung des Vorvertrags zum Grundstücksverkauf zu setzen.

4.6 Ebenfalls nicht zur notariellen Tätigkeit gehören die Nachverhandlungen der Verträge und Bedingungen. Der Beschwerdeführer hat bei den Nachverhandlungen seine eigenen Interessen gewahrt. Dies steht ihm – auch wenn er Notar ist – unbestritten zu. Die Beratung als Notar sowie der Akt der öffentlichen Beurkundung waren zu diesem Zeitpunkt abgeschlossen. Während der Dauer der Nachverhandlungen war der Beschwerdeführer nicht mehr notariell für J. tätig. Ihm können für diese Zeitspanne deswegen auch keine Verstösse gegen die Würde, die Ehre und das Vertrauen als Notar vorgeworfen werden. (...)

4.7 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die notarielle Tätigkeit nur die Formulierung, Rechtsaufklärung, den Akt der öffentlichen Beurkundung zum Vorvertrag des Grundstücksverkaufs und deren Anmeldung beim Grundbuchamt umfasst. Die Beratung über die Liquidation und Nachfolgeregelung der H. GmbH sowie auch die Nachverhandlungen sind als rechtsberatende resp. sogar private Tätigkeiten zu betrachten. Diese unterstehen nicht der disziplinarischen Aufsicht des Regierungsrats, da dieser nur für notarielle Tätigkeiten zuständig ist. Der Beschwerdeführer hat vorliegend die Ausstandspflicht verletzt, nicht jedoch gegen die Würde, die Ehre und das Vertrauen eines Notars verstossen.

5.1 Der Regierungsrat hat das Verschulden des Beschwerdeführers als

mittelschwer eingestuft und ihm eine Busse in der Höhe von CHF 1'000.00 sowie eine Einstellung in der Berufsausübung als Notar während drei Monaten auferlegt. Der Beschwerdeführer anerkennt die Busse in der Höhe von CHF 1'000.00. Er erachtet jedoch die dreimonatige Berufseinstellung als unverhältnismässig. 5.2 Der Beschwerdeführer hat gegen die Ausstandspflicht verstossen. Dies ist eine zentrale Berufspflicht, welche von einem Notar besondere Aufmerksamkeit verlangt. Von einem solothurnischen Notar muss erwartet werden, dass das Wissen um die Ausstandsregeln zu seinen beruflichen Grundkenntnissen gehört. Der Beschwerdeführer sagte aus, ihm sei die Ausstandspflicht während der Beurkundung nicht bewusst gewesen. Die Erkenntnis über die Ausstandspflicht kam erst mit der Eröffnung des Disziplinarverfahrens gegen ihn. Dies zeigt deutlich, dass er sich mit den Ausstandsregeln nur ungenügend auseinandergesetzt hat. Die gesetzlichen Bestimmungen sind jedoch klar und lassen für die Auslegung keinen Spielraum offen. Spätestens bei Konsultation der Notariatsverordnung hätte der Beschwerdeführer ohne weiteres seine Ausstandspflicht erkennen können. Das Verschulden des Beschwerdeführers ist zu Recht als mittelschwer bewertet worden. 5.3 Zugunsten des Beschwerdeführers ist festzustellen, dass er sich in seiner bisherigen notariellen Tätigkeit nichts hat zu Schulden kommen lassen. Sein Fehlverhalten bei der Ausstandspflichtverletzung erfüllte auch keine strafbare Handlung. Folge der Ausstandspflichtverletzung war die Ungültigkeit des Vorvertrags des Grundstückkaufs. Dass sich der Beschwerdeführer – wie die Vorinstanz geltend macht – selbst bevorteilen wollte, ist nicht erstellt. Der Beschwerdeführer sagte anlässlich der Hauptverhandlung vor dem Verwaltungsgericht glaubhaft aus, dass er sich durch die Übernahme der H. GmbH mittelfristig einen Vorteil erhofft habe. Diesen Vorteil sah der Beschwerdeführer im Aufbau eines zweiten Geschäftsstandbeins im Holzbau neben seiner Anwalts- und Notariatskanzlei. 5.4 Die Vorinstanz verwies anlässlich der Hauptverhandlung für die von ihr verhängte Disziplinarstrafe einer Busse in Verbindung mit der befristeten Einstellung im Beruf auf zwei von ihr früher beurteilte Vergleichsfälle. In diesen beiden Fällen ging die Vorinstanz jeweils von einer mittelschweren Pflichtverletzung aus und verhängte eine Busse sowie eine befristete Einstellung im Beruf von drei Monaten. Der vorliegende Fall unterscheidet sich jedoch in der Schwere der Verletzung der Berufspflichten wesentlich von diesen Vergleichsfällen. Während in beiden Referenzfällen auch strafbare Handlungen (Urkundenfälschung im Amt) vorlagen, handelt es sich hier um nichts dergleichen, sondern um die reine Verletzung einer Amtspflicht. 5.5 Das Disziplinarrecht ist in die Zukunft gerichtet; es will bewirken, dass sich der fehlbare Notar künftig – wieder – beruflich korrekt verhält. Mit der Disziplinarstrafe soll demnach eine Motivation dafür geschaffen werden, dass ein fehlbares Verhalten in Zukunft unterbleibt. Für die Bemessung einer Disziplinarstrafe gilt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit: Widerhandlungen und Disziplinarstrafe müssen mit Blick auf den Zweck des Disziplinarrechts in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen (Beschluss der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 28. Juli 2009, E. 3.3; BVR 2000, S. 166, E. 8a). In Bezug auf die Referenzfälle der Vorinstanz ist die verhängte Disziplinarstrafe jedenfalls zu streng. Dabei muss offen bleiben, ob die Referenzfälle zu milde ausgefallen sind. Jedenfalls ist es unverhältnismässig, gegenüber dem Beschwerdeführer die gleiche Disziplinarstrafe anzuordnen wie in den zwei Referenzfällen, da sich der Beschwerdeführer keines Straftatbestandes schuldig gemacht hat. Die Pflichtverletzung des Beschwerdeführers ist zwar als mittelschwer und nicht als blosser Bagatelletat einzustufen, doch muss die Disziplinarstrafe gegenüber den beiden

Referenzfällen deutlich geringer ausfallen. 5.6 Die solothurnische Notariatsverordnung sieht eine maximale Bussenhöhe von CHF 1'000.00 vor. Eine höhere Busse kann nicht verhängt werden. Eine Busse von maximal CHF 1'000.00 ist jedoch als Sanktion für eine mittelschwere Verletzung der Berufspflicht ungenügend. Sie kann die erwünschte Wirkung nicht erbringen, da der Betrag zu gering ist. Als angemessene Sanktion für eine mittelschwere Berufspflichtsverletzung bleibt daher nur die (zusätzliche) befristete Einstellung im Beruf als nächsthöhere gesetzliche Disziplinar massnahme. Aus diesem Grund ist die befristete Einstellung im Beruf zusammen mit der Busse die richtige Sanktion. Die Notariatsverordnung sieht bei der befristeten Einstellung im Beruf eine Maximaldauer von einem Jahr vor, aber keine Mindestdauer. Eine nur ganz kurze Einstellung im Beruf für bloss einen oder wenige Tage ist aber klarerweise nicht geeignet, über die Busse hinaus Wirkung zu erzeugen, jedenfalls nicht, wenn sie nicht veröffentlicht wird. Eine mehrmonatige Einstellung im Beruf steht andererseits, wie dargelegt, in keinem Verhältnis zu der von der Vorinstanz dargelegten kantonalen Praxis. Die Einstellung im Beruf soll nach dem angefochtenen Entscheid nicht veröffentlicht werden. Deren Dauer ist deshalb auf einen Monat festzulegen. Die Disziplinar massnahme einer Busse von CHF 1'000.00 zusammen mit einem Monat Einstellung als Notar, die nicht publiziert wird, ist der Schwere der Berufspflichtverletzung und des Verschuldens angemessen. Die Klientschaft des Beschwerdeführers wird von der Einstellung als Notar während nur einem Monat wohl wenig bis gar nichts merken. Der Beschwerdeführer wird durch die einmonatige Einstellung im Beruf als Notar zwar getroffen, mindestens indem er Termine verschieben oder zum Teil sogar Berufskollegen beiziehen muss. In seiner Tätigkeit als Rechtsanwalt ist er jedoch nicht eingeschränkt, sodass sich eine allfällige finanzielle Einbusse in Grenzen halten wird. Verwaltungsgericht, Urteil vom 18. Februar 2014 (VWBES.2013.379)

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