

## Notariat Notariat

### *KGE (öffentlichrechtliche Abteilung) A1 19 157 vom 10. Dezember 2019*

#### **Zeugnisverweigerungsrecht**

- Der Notar hat das, was ihm bei der Ausübung seines Berufs anvertraut wird, im gleichen Umfange geheim zu halten hat, wie das Anwaltsgeheimnis zu wahren ist (E. 4.1).
- Das Berufsgeheimnis schützt die Geheimnissphäre des Einzelnen, der die Dienstleistungen des Notars in Anspruch nimmt. Es entspricht dem Interesse der Fachleute, möglichst vollständige Informationen zu erhalten, um ihre Aufgaben effektiv erfüllen zu können (E. 4.2).
- Aufgrund der überragenden Bedeutung des Berufsgeheimnisses ist eine Offenbarung nur mit Zurückhaltung zu gestatten. Die Wahrheitsfindung im Prozess und die Abklärung, ob eine mit Strafe bedrohte Gesetzesübertretung des Mandanten vorliegt, begründet im Allgemeinen kein höheres Interesse. Hingegen ist die Schweigepflicht nicht mehr zumutbar, wenn sie den Berufsgeheimnisträger daran hindert, sich in einem vom Mandanten angestregten Straf- oder Disziplinarverfahren zu verteidigen, Angriffe auf seine Ehre zurückzuweisen oder einen ungerechtfertigten erheblichen Vermögensnachteil abzuwenden (E. 4.4).

#### **Droit de refuser de témoigner**

- A l'instar de l'avocat soumis au secret professionnel, le notaire doit garder secret ce qui lui est confié dans l'exercice de sa profession (consid. 4.1).
- Le secret professionnel protège le domaine secret de celui qui recourt aux services du notaire. Il correspond à l'intérêt des professionnels à obtenir des informations aussi complètes que possible afin de pouvoir mener à bien leurs tâches (consid. 4.2).
- En raison de l'importance primordiale du secret professionnel, la divulgation ne doit être autorisée qu'avec retenue. Trouver la vérité au cours du procès et clarifier si le client a violé la loi sous la menace d'une sanction ne justifient généralement pas un intérêt supérieur. En revanche, l'obligation de maintenir le secret n'est plus raisonnable si elle empêche le titulaire du secret professionnel de se défendre dans le cadre d'une procédure pénale ou disciplinaire engagée par le client, de rejeter des atteintes à son honneur ou d'éviter un préjudice patrimonial considérable et injustifié (consid. 4.4).

## Gekürzter Sachverhalt

Ein Notar reichte beim Rechtsdienst für Sicherheit und Justiz (RDSJ) des Departementes für Bildung und Sicherheit (DBS, heute Departement für Sicherheit, Institutionen und Sport [DSIS]) ein Gesuch ein, ihn für eine Zeugeneinvernahme in Zusammenhang mit einem Zivilprozess vor dem Bezirksgericht, gestützt auf Art. 40 Abs. 3 lit. b des Notariatsgesetzes vom 15. Dezember 2004 (NG; SGS/VS 178.1), vom Berufsgeheimnis zu entbinden. Mit Entscheid des DBS wurde der Notar vom Berufsgeheimnis entbunden, um im Zivilverfahren als Zeuge auszusagen bzw. dem Bezirksgericht schriftliche Auskünfte erteilen zu können. Das öffentliche Interesse am ungehinderten Ablauf des Zivilprozesses habe Vorrang gegenüber dem privaten Interesse der A. AG an der Beibehaltung des Berufsgeheimnisses. Dagegen erhob die A. AG Beschwerde beim Staatsrat, der die Beschwerde abwies, worauf Verwaltungsgerichtsbeschwerde bei der öffentlichrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts erhoben wurde, welches die Beschwerde guthiess.

## Erwägungen

(...)

**4.** Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe keine sorgfältige und rechtsgenügende Interessenabwägung vorgenommen. Das Vorladen eines Zeugen führe nicht gezwungenermassen zur Aufhebung des Berufsgeheimnisses, ansonsten das Berufsgeheimnis ganz generell in Prozessen als aufgehoben betrachtet werden müsste. Vorliegend bestehe weder ein höherwertiges öffentliches noch ein höherwertiges privates Interesse, welches eine Entbindung vom Berufsgeheimnis des Notars rechtfertigen würde.

**4.1** Die Regelung der allgemeinen Pflichten des Notars zielen darauf ab, die durch die öffentliche Urkunde geschaffenen Garantien sowie den Schutz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr sicherzustellen (vgl. Art. 2 NG). Die Sorgfaltspflicht verlangt vom Notar ein bestimmtes Mass an Aufmerksamkeit gegenüber den Parteien und exakte Ausführung, um jede Nachlässigkeit in der Ausübung seiner amtlichen Tätig-

keit zu vermeiden (Art. 32 NG). Die gleichzeitige Ausübung des Notariats- und Anwaltsberufs ist zulässig (Art. 18, 20 NG). Der Notar hat über Tatsachen und Erklärungen, die ihm von den Parteien anvertraut wurden oder von denen er im Rahmen der Beurkundung für diese erfahren hat, Stillschweigen zu bewahren. Er darf unbefugten Dritten keine Einsicht in Schriftstücke gewähren, welche solche Tatsachen oder Erklärungen enthalten (Art. 40 Abs. 1 NG). Das Berufsgeheimnis entfällt, wenn sämtliche Beteiligte den Notar davon entbinden (Art. 40 Abs. 3 lit. a NG), wenn der Notar auf sein Gesuch hin vom Departement vom Berufsgeheimnis entbunden wurde; diese Bewilligung wird nur erteilt, wenn die Entbindung zum Schutze eines überwiegenden öffentlichen oder privaten Interesses zwingend erforderlich ist (lit. b) oder wenn die richtige Erfüllung seiner beruflichen Verpflichtungen die Bekanntgabe an Dritte erfordert (lit. c). Obgleich das Notariat in den einzelnen Kantonen verschieden geregelt ist, wird allgemein angenommen, dass der Notar das, was ihm bei der Ausübung seines Berufs anvertraut wird, im gleichen Umfange geheim zu halten hat, wie das Anwaltsgeheimnis zu wahren ist (Stefan Trechsel/Hans Vest, in: *Praxiskommentar zum Schweizerisches Strafgesetzbuch*, 3. A., Bern 2017, Art. 321 N. 7; BGE 102 Ia 516 E. 2a).

**4.2** Gemäss Art. 321 Ziff. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0) werden Rechtsanwälte, (...), Notare, (...), Ärzte (...), die ein Geheimnis offenbaren, das ihnen infolge ihres Berufs anvertraut worden ist oder das sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben, auf Antrag bestraft. Nach Ziff. 2 dieser Bestimmung ist eine solche Offenbarung nicht strafbar, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten oder mit Bewilligung der Aufsichtsbehörde erfolgt ist. Schliesslich behält sich Ziff. 3 die eidgenössische oder kantonale Gesetzgebung vor, die eine Informationspflicht vorsieht. Diese Bestimmung, welche in die gleiche Richtung wie Art. 40 NG zielt, soll eine Vielzahl von Interessen schützen. Erstens schützt sie die Geheimnissphäre des Einzelnen, der die Dienstleistungen des Notars in Anspruch nimmt. Sie entspricht dem Interesse der Fachleute, möglichst vollständige Informationen zu erhalten, um ihre Aufgaben effektiv erfüllen zu können. Darüber hinaus soll das öffentliche Interesse geschützt werden, indem sichergestellt wird, dass diese Berufe professionell ausgeübt werden können, um das Vertrauen in unverzichtbare Dienstleistungen zu sichern (hierzu und nachfolgend Antoine Eigenmann, *Succession et secrets*, in: *Journée de droit successoral 2019*, S. 95; Stefan Trechsel/Hans Vest, a.a.O. Art. 321 N. 1). Bei der Lektüre von

Art. 166 Abs. 1 lit. b der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272) ergibt sich, dass ein Unterschied zwischen den beiden Berufen Anwalt und Notar besteht. Tatsächlich kann nach dieser Bestimmung eine dritte Person in einem Prozess die Mitwirkung verweigern, «soweit sie sich wegen Verletzung eines Geheimnisses nach Artikel 321 StGB strafbar machen würde; ausgenommen sind die Revisorinnen und Revisoren; mit Ausnahme der Anwältinnen und Anwälte sowie der Geistlichen haben Dritte jedoch mitzuwirken, wenn sie einer Anzeigepflicht unterliegen oder wenn sie von der Geheimhaltungspflicht entbunden worden sind, es sei denn, sie machen glaubhaft, dass das Geheimhaltungsinteresse das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt». So ist zwar das Anwaltsgeheimnis absolut, das Berufsgeheimnis des Notars aber eingeschränkt. Es steht dem Rechtsanwalt frei, auch wenn er von seiner Geheimhaltungspflicht befreit ist, zu schweigen, während der Notar grundsätzlich zur Aussage gezwungen ist, es sei denn, er mache glaubhaft, dass das Interesse an der Geheimhaltung das Interesse an der Wahrheit überwiegt. Es erscheint wohl schwierig, ein solches Motiv plausibel zu machen, ohne den Inhalt des Geheimnisses zum Teil bereits offenzulegen (vgl. Antoine Eigenmann, a.a.O., S. 97).

**4.3** Das Berufsgeheimnis ist eine der Grundlagen des Notariats. Einerseits ist der Mandant verpflichtet, dem Notar bestimmte Aspekte seines Privatlebens offenzulegen, andererseits muss der Notar die tatsächliche Absicht der Parteien in die Urkunden aufnehmen (vgl. Cécile Faessler, *Le secret professionnel du notaire et le droit aux renseignements des héritiers*, in: *Revue de droit privé et fiscal du patrimoine* 3/12, S. 109; Antoine Eigenmann, a.a.O., S. 100). Infolgedessen wäre der Beruf ohne den Zugang zur persönlichen Sphäre der Klienten und das absolute Vertrauen ihrerseits schwer auszuüben. Diese Tätigkeiten stellen den Notar in eine vertrauensvolle Beziehung zu seinen Mandanten, die durch das Berufsgeheimnis geschützt ist. Die Verschwiegenheit garantiert es dem Mandanten, dass er sich auf die absolute Diskretion des Notars verlassen kann, ohne zu riskieren, dass Elemente seiner Privatsphäre preisgegeben werden (Cecile Faessler, a.a.O., S.109; Antoine Eigenmann, a.a.O., S. 100, je mit Verweisen; BGE 112 Ib 606 E. 2b). Tatsächlich besteht das legitime Recht, seine Privatsphäre von der öffentlichen Wahrnehmung auszuschliessen (vgl. auch die Ausführungen des Bundesgerichts zum Berufsgeheimnis der Rechtsanwälte im Urteil 2C\_586/2015 vom 9. Mai 2016 E. 2.1).

**4.4** Wenn ein Vertragsbeteiligter die Entbindung vom Notarsgeheimnis verweigert, kann sich der Notar mit einem Gesuch an die Aufsichtsbehörde wenden (Art. 40 Abs. 3 lit. b NG und Art. 321 Ziff. 2 StGB). Das Gesuch um Entbindung hat eine Darlegung der tatsächlichen Verhältnisse zu enthalten, um der vorgesetzten Behörde eine Grundlage für ihre Entscheidungsfindung zu geben (hierzu und nachfolgend Niklaus Oberholzer, in: Basler Kommentar zum Strafrecht II, 4. A. 2018, Art. 321 N. 23). Dem Gesetz lassen sich keine Kriterien entnehmen, welche von der vorgesetzten Behörde oder Aufsichtsbehörde bei ihrer Entscheidung zu beachten sind. Sie wird deshalb aufgrund allgemeiner Kriterien eine Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen vorzunehmen haben, wobei nur ein deutlich überwiegendes öffentliches oder privates Interesse die Entbindung zu rechtfertigen vermag. Zumindest müssen die Voraussetzungen für einen strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund vorliegen. An die Substantiierung des Interesses des Klienten an einer Geheimhaltung dürfen im Verfahren auf Entbindung keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden, würde doch der in Art. 321 Ziff. 1 StGB verankerte Rechtsschutz durch eine eigentliche Substantiierungspflicht geradezu unterlaufen (BGE 142 II 307 E. 4.3.3). Aufgrund der überragenden Bedeutung des Berufsgeheimnisses ist eine Offenbarung nur mit Zurückhaltung zu gestatten. Die Wahrheitsfindung im Prozess und die Abklärung, ob eine mit Strafe bedrohte Gesetzesübertretung des Mandanten vorliegt, begründet im Allgemeinen kein höheres Interesse. Hingegen ist die Schweigepflicht nicht mehr zumutbar, wenn sie den Berufsgeheimnisträger daran hindert, sich in einem vom Mandanten angestregten Straf- oder Disziplinarverfahren zu verteidigen, Angriffe auf seine Ehre zurückzuweisen oder einen ungerechtfertigten erheblichen Vermögensnachteil abzuwenden (Niklaus Oberholzer, a.a.O., mit Hinweisen) oder wenn die Entbindung zwecks Eintreibung offener Honorarforderungen angestrebt wird (BGE 142 II 307 E. 4.3.3).