

RUNDSCHREIBEN NR. 2/2000

an die patentierten Notare, Kreisnotare und Grundbuchverwalter im Kanton Graubünden

betreffend

NOTAR ALS ZEUGE IM BÜNDNER PROZESS

Hinweis der Notariatskommission (2009):

Verschiedene Verweise im vorliegenden Rundschreiben beziehen sich auf die im Jahre 2000 in Kraft stehenden EG/ZGB bzw. NV, welche die Beurkundungskompetenzen der Urkundspersonen regelten. Die Ausführungen in diesem Rundschreiben finden jedoch auch unter dem heute gültigen NotG Anwendung.

Die Kommission erhielt in den letzten Jahren vermehrt Gesuche oder Anfragen von Notaren, welche in Bündner Prozessen als Zeugen benannt wurden und Aussagen entweder machen oder vermeiden wollten.

Dieses Rundschreiben soll zur Klärung wichtiger Rechtsfragen und zweckmässiger Vorgehen beitragen.

I. Materielle rechtliche Zuordnungsprobleme

1. Verschiedene Notare und verschiedene Geheimnisse

Graubünden kennt drei Gruppen von Notaren, nämlich patentierte Notare, Kreisnotare und Grundbuchverwalter (Art. 2 Abs. 1 NV). Diese drei Gruppen unterscheiden sich vor allem bei Ausbildungsanforderungen, Ernennungsbehörde und Zuständigkeit (vgl. Art. 17 Abs. 1 EG/ZGB sowie Art. 9 Abs. 1 und Art. 14 NV für patentierte Notare, Art. 17 Abs. 2 EG/ZGB sowie Art. 6 und Art. 7 Abs. 1 NV für Kreisnotare, Art. 17 Abs. 3 und Art. 138 EG/ZGB für Grundbuchverwalter). Es weisen gewisse Merkmale zum "Beamten" und andere Merkmale zum "Freiberufstätigen" hin. Zwar besteht für jeden Notar die Geheimnispflicht. Aber die gesetzlichen Vorschriften zum "Amtsgeheimnis" lauten in mehreren wichtigen Details anders als diejenigen zum "Berufsgeheimnis", und zwar bundesrechtlich

(vgl. Art. 320 f. StGB) wie kantonalrechtlich (vgl. z.B. Art. 175 Ziff. 2 f. ZPO). In Graubünden sind die einzelnen Zuordnungen noch weitgehend ungeklärt.

2. Zuordnung des patentierten Notars

Er fällt unter das Berufsgeheimnis von Art. 321 StGB. So lauten auch herrschende Doktrin und bisherige Praxis der Kommission (vgl. ZGRG 1999, S. 88/E3).

3. Zuordnung des Kreisnotars

Dazu gibt es weder Lehre noch Rechtsprechung. Die Kommission ist der Auffassung, dass auch der Kreisnotar unter das Berufsgeheimnis von Art. 321 StGB fällt. Denn der Kreis ist im wesentlichen nur zuständig für Wahl, Vereidigung, Aktenübergabe und Haftpflichtversicherung (vgl. Art. 6 Abs. 1, Art. 19 Abs. 2, Art. 20 Abs. 1 und Art. 21 Abs. 2 NV). Der Kreisnotar hat im Rahmen seiner örtlichen und sachlichen Zuständigkeit die gleichen Rechte und Pflichten wie ein patentierter Notar. Auch untersteht er derselben Aufsicht durch die kantonale Notariatskommission (vgl. ZGRG 1999, S. 88/E4). Seine Entschädigung beruht nicht auf einem Erlass des Kreises und wird nicht vom Kreis geleistet. Nach den Feststellungen des Notariatsinspektors ist das Kreisnotariat überall ausgeprägte Nebentätigkeit. Zwar übt der Kreisnotar keine private Beschäftigung aus, sondern hoheitliche Funktion innerhalb der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit. Diese Rechtsstellung kommt jedoch allen Notaren zu, weshalb sie hier nicht ins Gewicht fallen kann. Bei gesamthafter Betrachtung fehlen dem Kreisnotar typische und nötige Merkmale eines "Beamten" gemäss Legaldefinition von Art. 110 Ziff. 4 StGB und damit auch im Sinne von Art. 320 StGB. Ausserdem sind etliche Kreisnotare auch als patentierte Notare tätig.

4. Zuordnung des Grundbuchverwalters

a) Bei ihm sind Grundbuchwesen und Notariatswesen strikte auseinanderzuhalten. Der erstgenannte Bereich steht unter Aufsicht eines kantonalen Departementes (Art. 953 Abs. 1 und Art. 956 Abs. 2 ZGB, Art. 139 Abs. 1 EG/ZGB) und fällt deshalb ausser Betracht. Hier geht es aber um den zweitgenannten Bereich, d.h. wenn und soweit der Grundbuchverwalter im Rahmen seiner Zuständigkeit als Notar tätig ist. Dazu besteht in Graubünden weder Lehre noch Rechtsprechung. Die schweizerische Doktrin möchte zumindest diejenigen Personen, welche bei einem staatlichen Beamtennotariat angestellt sind, unter Art. 110 Ziff. 4 StGB und damit auch unter Art. 320 StGB nehmen (z.B. Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, Zürich 1997, S. 1013 f./N7; Rehberg, Strafrecht IV, Zürich 1996, S. 274 und S. 430; Logoz, Commentaire du droit pénal suisse, Tome II, Neuchâtel 1956, S. 779).

b) Es sprechen aber gewichtige Gründe für Anwendung des Berufsgeheimnisses von Art. 321 StGB, insbesondere:

- Graubünden kennt kein eigentliches Beamtennotariat mit Personen, welche als Angestellte eines Gemeinwesens ausschliesslich oder auch nur hauptsächlich Beurkundungen und Beglaubigungen vornehmen. Der Grundbuchverwalter ist in erster Linie für das Grundbuchwesen zuständig und diesbezüglich Beamter.

- Die letzte Revision der Notariatsverordnung stellte klar, dass der Grundbuchverwalter ebenfalls "Notar" ist und derselben Aufsicht durch die Kommission untersteht, sobald er Beurkundungen oder Beglaubigungen vornimmt (Art. 2 NV; ZGRG 1999, S. 88/E4).
- In Art. 321 StGB werden die "Notare" ausdrücklich und ohne weitere Unterscheidung erwähnt (Ziff. 1).
- Das Berufsgeheimnis von Art. 321 StGB gilt auch für Rechtsanwälte. Laut einem Bundesgerichtsurteil muss jeder Notar sein Berufsgeheimnis ohne Rücksicht auf unterschiedliche Notariatsorganisationen in den Kantonen stets gleich wahren wie ein Rechtsanwalt (BGE 102 Ia 519).
- Der Grundbuchverwalter hat im Rahmen seiner örtlichen und sachlichen Zuständigkeit dieselben Rechte und Pflichten wie patentierter Notar und Kreisnotar. Seine Entschädigungen werden ebenfalls gleich bemessen und geleistet.
- Etliche Grundbuchverwalter sind auch als Kreisnotare tätig.
- Einheitliche Regelungen für patentierte Notare, Kreisnotare und Grundbuchverwalter sind hier sachgerecht. Das Notariatsgeheimnis muss nämlich in erster Linie den Klienten und dessen Vertrauen in die Verschwiegenheit des Notars schützen, weshalb der Klient nicht je nach Wahl des Notars eine unterschiedliche Wahrung oder Preisgabe des Geheimnisses gewärtigen soll.

Aus diesen Gründen ist die Kommission der Auffassung, dass der Grundbuchverwalter auch unter das Berufsgeheimnis von Art. 321 StGB fällt.

II. Verhalten des Notars im Zivilprozess

1. Allgemeine Bemerkungen

- a) Für patentierten Notar, Kreisnotar und Grundbuchverwalter gilt dasselbe. Massgebend sind insbesondere Art. 321 StGB und Art. 175 Ziff. 3 ZPO.
- b) Die generellen Zeugnisverweigerungsrechte von Art. 174 und Art. 175 Ziff. 1 ZPO werden hier weggelassen, zumal sie keine Besonderheiten für den Notar enthalten.
- c) Eine Verletzung des Notariatsgeheimnisses wird bestraft. Der Notar ist jedoch nicht strafbar, wenn er das Geheimnis mit "Einwilligung des Berechtigten" offenbart (Art. 321 Ziff. 2 StGB). Einwilligen müssen nicht die gegenwärtigen Prozessparteien, sondern alle damaligen Urkundsparteien als sog. Geheimnisherren. Unter Umständen haben sogar Dritte einzuwilligen (vgl. dazu Rehberg aaO, S. 438; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, Bern 1995, S. 361; SJZ 1966, S. 223). Ist ein Geheimnisherr inzwischen gestorben, sind wohl Einwilligungen seiner Erben erforderlich (vgl. dazu Ruf, Notariatsrecht, Langenthal 1995, S. 259; Sidler, Kommentar zum Luzerner Beurkundungsgesetz, Luzern 1975, S. 69; differenzierend Trechsel aaO, S. 1019 f. /N26).

- d) Liegt die "Einwilligung des Berechtigten" vor, ist der Notar bundesrechtlich zur Aussage ermächtigt, aber nicht verpflichtet (Trechsel aaO, S. 1022/N33). In Art. 321 Ziff. 3 StGB werden aber kantonale Bestimmungen über die Zeugnispflicht vorbehalten. Das lässt Umwandlung von bundesrechtlicher Aussagemöglichkeit in kantonale Aussagepflicht zu (BGE 102 Ia 520). Graubünden macht hiervon Gebrauch und kennt grundsätzlich die Pflicht zur Aussage (vgl. Art. 173 Abs. 1 ZPO).
- e) Es empfiehlt sich, die drei folgenden Fälle zu unterscheiden.

2. Fall A: Sämtliche Geheimnisherren erteilen die Einwilligung

- a) Ein Gesuch an die zuständige Aufsichtsbehörde um Befreiung vom Notariatsgeheimnis entfällt (Sidler aaO, S. 28).
- b) Sofern es um einen wesentlichen Beweis geht (vgl. dazu Art. 96 ZPO), wird der Notar ohne weiteres als Zeuge aufgeboten, und er muss zur Einvernahme erscheinen. Das gilt ohne Rücksicht darauf, ob er aussagen will oder nicht. Denn er ist grundsätzlich zur Aussage verpflichtet (Art. 173 Abs. 1 und Art. 175 Ziff. 3/2. Satz/1. Teil ZPO).
- c) Von diesem Grundsatz gibt es eine Ausnahme. Der Notar darf nämlich die Aussage verweigern, wenn "gemäss seiner gewissenhaften Erklärung ein höheres Interesse trotz der Befreiung die Geheimhaltung gebietet. Die Erklärung ist vor dem einvernehmenden Richter mündlich abzugeben, nachdem dem Zeugen das Beweisthema bekanntgegeben worden ist" (Art. 175 Ziff. 3/2. Teil ZPO). Diese Ausnahme wurde bei der letzten Revision der ZPO eingeführt. Die Materialien liefern dazu nichts Näheres, und auch ein Bündner Entscheid fehlt noch. Der Kanton Zürich kennt jedoch eine gleiche Bestimmung (§ 159 Ziff. 3 ZH-ZPO), weshalb auf dortige Literatur verwiesen werden kann (z.B. Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcher Zivilprozessordnung, Zürich 1997, S. 496).

3. Fall B: Es fehlt eine Einwilligung, und der Notar will aussagen

- a) Der Notar muss ein Gesuch um Befreiung vom Berufsgeheimnis an die Kommission als zuständige Aufsichtsbehörde stellen (vgl. ZGRG 1999, S. 88/E4).
- b) Die Kommission gibt dem nicht einwilligenden Geheimnisherrn Kenntnis vom Gesuch und Gelegenheit zur Stellungnahme. Dann trifft sie die noch nötigen Abklärungen oder Erhebungen.
- c) Die Kommission hat freies Ermessen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Bewilligung zur Aussage erteilt oder verweigert werden soll (Rehberg, StGB-Textausgabe mit Anmerkungen, Zürich 1999, S. 481). Sie macht eine "Abwägung der für Preisgabe oder Wahrung des Geheimnisses massgebenden Interessen" (Sidler aaO, S. 28). Dabei berücksichtigt sie auch ein allfälliges "höheres Interesse" im Sinne von Art. 175 Ziff. 3/2. Satz ZPO.
- d) Wird das Gesuch gutgeheissen, muss der Notar im Rahmen der erteilten Befreiung vom Berufsgeheimnis aussagen. Er kann vor dem einvernehmenden Richter kein sog. "höheres Interesse" mehr geltend machen.

- e) Wird das Gesuch abgelehnt, darf der Notar nicht aussagen.

4. Fall C: Es fehlt eine Einwilligung, und der Notar will nicht aussagen

- a) Der Notar verzichtet auf ein Gesuch um Befreiung vom Berufsgeheimnis. Denn es liegt "in seinem Gutdünken", ob er ein solches Gesuch stellen wolle oder nicht (Sträuli/Messmer aaO, S. 496).
- b) Ein Gesuch um Befreiung vom Berufsgeheimnis kann nur durch den Notar selber gestellt werden. Eine andere Rechtsperson (z.B. damalige Urkundspartei, gegenwärtige Prozesspartei) oder auch eine Behörde (z.B. Gericht) ist dazu nicht legitimiert (vgl. Trechsel aaO, S. 1020/N29; Rehberg IV aaO, S. 438).
- c) Folglich muss allseits akzeptiert werden, wenn der Notar ohne Grundangabe kein Befreiungsgesuch an die Kommission stellt und sein Zeugnisverweigerungsrecht anruft.

III. Verhalten des Notars im Verwaltungsprozess

Es gilt dasselbe wie im Zivilprozess (vgl. Art. 39 VGG für Verfahren vor Verwaltungsgericht, Art. 4 Abs. 3 VVG für Verfahren vor kantonalen Verwaltungsinstanzen und Departementen sowie Regierung), weshalb vollumfänglich auf Abschnitt II hiervoor verwiesen wird.

IV. Verhalten des Notars im Strafprozess

1. Massgebendes Recht

Art. 89 f. StPO enthalten verschiedene Bestimmungen, welche aber beim Notar im Ergebnis von Art. 321 Ziff. 1 und Ziff. 2 StGB nicht abweichen (vgl. Padrutt, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Graubünden, Chur 1996, S. 221, S. 225 und S. 227). Es gilt also das Bundesrecht.

2. Auswirkungen auf die drei Fälle A, B und C

- a) Beim Fall A (vgl. II/2 hiervoor) ist hier zu unterscheiden, ob der Notar aussagen will oder nicht. Will er aussagen, kann er dies ohne weiteres (vgl. Art. 321 Ziff. 2 StGB; Trechsel aaO, S. 1022/N33; II/2/a hiervoor). Will er nicht aussagen, braucht er bloss sein Zeugnisverweigerungsrecht anzurufen (vgl. Art. 90 Abs. 3 StPO).
- b) Beim Fall B (vgl. II/3 hiervoor) gilt mit einer Ausnahme dasselbe wie im Zivilprozess. Die Ausnahme besteht darin, dass die Kommission bei der Behandlung des Befreiungsgesuches kein sog. "höheres Interesse" im Sinne von Art. 175 Ziff. 3/2. Satz ZPO einbeziehen muss.
- c) Beim Fall C (vgl. II/4 hiervoor) gilt vollumfänglich dasselbe wie im Zivilprozess.

Sollten Sie als Zeuge benannt werden und trotz dieses Rundschreibens noch Fragen haben, steht die Kommission oder der Unterzeichner zur Verfügung.

Mit freundlichem Gruss
Für die Kommission:

Präs. Dr. U. Zinsli