

18. August 2021

---

# **Einheitliches Beurkundungsverfahren in der Schweiz**

Leitsätze und Erläuterungen

---

Groupe de réflexion: Einheitliches Beurkundungs-  
verfahren in der Schweiz

## Inhaltsverzeichnis

<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>5</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>	<b>8</b>
<b>1 Ausgangslage.....</b>	<b>12</b>
1.1 Beurkundungsrecht in der Schweiz.....	12
1.2 Auftrag des Bundesrats .....	13
1.3 Empfehlung der Wettbewerbskommission zur Freizügigkeit .....	13
<b>2 Umsetzung der Aufträge des Bundesrats .....</b>	<b>14</b>
2.1 Umsetzung des Auftrags 1: «Elektronische öffentliche Urkunde» .....	14
2.2 Umsetzung des Auftrags 2: «Bundesrechtliche Mindestanforderungen» und «Freizügigkeit» .....	14
<b>3 Mandat der «Groupe de réflexion zu einem einheitlichen Beurkundungsverfahren in der Schweiz».....</b>	<b>15</b>
<b>4 Vorgehensweise.....</b>	<b>15</b>
<b>5 Verfassungsmässige Grundlagen.....</b>	<b>16</b>
<b>6 Begriffe und Definitionen .....</b>	<b>17</b>
6.1 Ausgangslage .....	17
6.2 Freiwillige Gerichtsbarkeit .....	17
6.3 Urkundsperson .....	18
6.4 Öffentliche Beurkundung .....	18
6.5 Öffentliche Urkunde.....	19
6.6 Original der öffentlichen Urkunde («Urschrift» / «minute» / «atto originale») .....	20
6.7 Ausfertigung (« <i>expédition</i> » / « <i>copia autentica</i> »).....	21
6.8 Beglaubigte Kopie (« <i>Visa</i> » / « <i>copie certifiée conforme</i> » / « <i>autenticazione di una copia</i> »).....	21
6.9 Beurkundungsverfahren .....	22
6.9.1 Allgemeines .....	22
6.9.2 Einteilung der Beurkundungsverfahren .....	22
6.9.3 Einteilung der Beurkundungsverfahren nach dem Gegenstand der Beurkundung .....	23
6.9.4 Beglaubigungen (« <i>légalisations</i> » / « <i>autenticazioni</i> ») .....	24
6.10 Verfahrensabschnitte .....	26
6.11 Siegel der Urkundsperson (Berufssiegel).....	26
6.12 Schlussverbal (Beurkundungsvermerk) .....	27
<b>7 Leitsätze.....</b>	<b>28</b>
7.1 Allgemeines .....	28
7.2 Mindestanforderungen des Bundesrechts .....	28
7.3 Amt und Zuständigkeit der Urkundsperson .....	30
7.3.1 Öffentliches Amt .....	30
7.3.2 Berufszulassungsvoraussetzungen / Beurkundungsbefugnis.....	30
7.3.2.1 Allgemeines.....	30
7.3.2.2 Wohnsitz und Nationalität .....	32
7.3.2.3 Fähigkeitsprüfung.....	34
7.3.2.4 Ausbildung / Fachliche Voraussetzungen .....	34
7.3.2.5 Unvereinbarkeit mit anderen Tätigkeiten .....	35
7.3.3 Örtliche und sachliche Zuständigkeit.....	36
7.3.3.1 Allgemeines.....	36
7.3.3.2 Freizügigkeit von Urkundspersonen .....	38
7.3.3.3 Freizügigkeit von öffentlichen Urkunden / Anerkennung von öffentlichen Urkunden .....	39
7.4 Berufspflichten der Urkundsperson.....	39
7.4.1 Allgemeines .....	39

7.4.2	Urkundspflicht / Ablehnungspflicht / Ablehnungsrecht .....	40
7.4.3	Wahrheitspflicht .....	42
7.4.4	Interessenwahrungspflicht .....	42
7.4.4.1	Die Unparteilichkeitspflicht .....	43
7.4.4.2	Die Sorgfaltspflicht .....	44
7.4.4.3	Die Erledigungspflicht .....	44
7.4.5	Unparteilichkeitspflicht .....	44
7.4.6	Ausstandspflichten .....	45
7.4.7	Geheimhaltungspflicht (Schweigepflicht) .....	46
7.4.8	Sorgfaltspflicht .....	47
7.4.9	Ansehen .....	47
7.4.10	Unabhängigkeit .....	47
7.4.11	Mitteilungspflicht .....	48
7.4.12	Weiterbildungspflicht .....	48
7.4.13	Pflicht zur Wahrung staatlicher Fiskalinteressen .....	48
7.5	Beurkundungsverfahren (Verfahrensablauf) .....	48
7.5.1	Allgemeine Verfahrensvorschriften .....	48
7.5.1.1	Datenträger für das Original der Urkunde, die Ausfertigung und die beglaubigte Kopie .....	48
7.5.1.2	Formeller Inhalt öffentlicher Urkunden .....	49
7.5.1.3	Beilagen zur öffentlichen Urkunde .....	50
7.5.1.4	Mitwirkende / beteiligte Personen .....	51
7.5.1.5	Urkundssprache .....	54
7.5.2	Beurkundungsbegehren (Rogation) .....	56
7.5.3	Vorverfahren (Prüfungs- und Vorbereitungsverfahren) .....	57
7.5.3.1	Prüfung .....	57
7.5.3.2	Vorbereitung .....	58
7.5.3.3	Belehrung .....	59
7.5.3.4	Klarheitspflicht .....	61
7.5.4	Hauptverfahren .....	61
7.5.4.1	Allgemeines .....	61
7.5.4.2	Beurkundungsort .....	61
7.5.4.3	Lesung oder Vorlesung / Augenschein und Protokoll .....	62
7.5.4.4	Korrekturen / Bereinigungen .....	63
7.5.4.5	Genehmigung .....	64
7.5.4.6	Unterzeichnung durch die Urkundsparteien .....	65
7.5.4.7	Visierung der einzelnen Seiten .....	66
7.5.4.8	Datierung und Unterzeichnung durch die Urkundsperson .....	66
7.5.4.9	Einheit des Beurkundungsvorgangs (Einheit des Aktes) / Sukzessivbeurkundung .....	66
7.5.4.10	Fernbeurkundung .....	68
7.5.4.11	Fremdsprachige Urkundspartei/en .....	71
7.5.4.12	Besondere Verfahren .....	72
7.5.4.13	Verträge über Grundpfandrechte / Verträge über kleine Grundstücke .....	73
7.5.4.14	Schlussverbal .....	73
7.5.5	Nachverfahren .....	74
7.5.5.1	Allgemeines .....	74
7.5.5.2	Führen eines Registers / Protokolls .....	74
7.5.5.3	Aufbewahrung des Originals der Urkunde oder einer beglaubigten Kopie .....	75
7.5.5.4	Erstellung von Ausfertigungen und beglaubigten Kopien .....	76
7.5.5.5	Siegelung der öffentlichen Urkunde .....	76
7.5.5.6	Anmeldung von Geschäften bei Registerämtern / Meldung bei Behörden .....	77
7.6	Die Nicht-Entstehung der öffentlichen Urkunde und die Rechtsfolgen .....	77

7.6.1	Aktuelle Situation .....	78
7.6.1.1	Unterscheidung zwischen Gültigkeits- und Ordnungsvorschriften ....	78
7.6.1.2	Unterscheidung zwischen der Verletzung einer Gültigkeitsvorschrift (Tatbestand des Verfahrensfehlers) und der zivilrechtlichen Rechtsfolge .....	78
7.6.2	Unterscheidung zwischen «Nichtentstehung und Anfechtbarkeit der Urkunde» .....	79
7.6.2.1	Allgemeine Überlegungen.....	79
7.6.2.2	De lege ferenda: Bundesrechtliche Kompetenz zur Einteilung der Formmängel in Bezug auf die Entstehung der öffentlichen Urkunde	81
7.6.2.3	Gültigkeitsvorschriften .....	81
7.6.2.4	Ordnungsvorschriften .....	83
7.6.3	Umfang des Formzwangs – Teilweise Formungültigkeit bei öffentlichen Urkunden .....	83
7.6.4	Regelung der materiell-rechtlichen Folgen eines Verfahrensfehlers .....	83
7.6.4.1	Bundesrechtliche und kantonrechtliche Regelungskompetenzen betreffend materiell-rechtliche Folgen eines Verfahrensfehlers .....	83
7.6.4.2	Materiell-rechtliche Folgen eines Verfahrensfehlers.....	84
7.7	Aufhebung der beurkundungsrechtlichen Sonderregelungen des ZGB .....	84
7.8	Aufsichtswesen / Disziplinarmassnahmen .....	84
7.9	Verantwortung und Haftung .....	84
7.10	Buchführung, Geldverkehr, Zahlungsbereitschaft und Aufbewahrung von Geldmitteln	84
7.11	Gebühren / Unentgeltliche öffentliche Beurkundung bei Bedürftigkeit.....	85
<b>8</b>	<b>Fazit .....</b>	<b>85</b>
<b>Anhang 1: Propositions pour le point « Einteilung der Themenliste »; Bericht von Herrn Prof. Dr. Denis Piotet, Lausanne.....</b>		<b>86</b>
<b>Anhang 2: Gutachten des BJ betreffend Bundeskompetenz zur Regelung des Beurkundungsverfahrens vom 13. September 2018.....</b>		<b>86</b>
<b>Anhang 3: Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenz von Bund und Kantonen im Bereich des Beurkundungsrechts; Bericht von Frau Prof. Dr. Ruth Arnet, Zürich .....</b>		<b>86</b>

## Literaturverzeichnis

ARNET RUTH, Die öffentliche Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen – de lege lata und de lege ferenda, successio 3/2015, S. 185 ff.

ARNET RUTH, «Form folgt Funktion» – Zur Bedeutung der öffentlichen Beurkundung im Immobiliarsachenrecht, ZBJV 149/2013, S. 391 ff. (zit. ARNET, ZBJV).

BECK EMIL, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Schlusstitel, 2. Abschnitt, Art. 51-63, Bern 1932.

BIBER RENÉ, Die Zukunft des Amtsnotariats in der Schweiz, in: SCHWEIZERISCHER NOTARENVERBAND (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, Bd. 1, Muri b. Bern 2010, S. 138 ff.

BRÄM BEAT, Beilagen zu öffentlichen Urkunden und deren Einbezug in das Beurkundungsverfahren, Festgabe für Professor Dr. iur. Roland Pfäffli, BN 2014, S. 216 ff.

BRAZEROL RICCARDO, Das schweizerische Notariat im Fokus der Freizügigkeit – Die Rechtslage in der Schweiz mit Blick auf die Rechtsprechung des EuGH zur Freizügigkeit der Notare in der EU, Jusletter 28. Oktober 2013.

BRÜCKNER CHRISTIAN, Vereinheitlichung des notariellen Beurkundungsverfahrens, in: SCHWEIZERISCHER NOTARENVERBAND (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, Bd. 4, Bern 2018 (zit. BRÜCKNER, Notariatspraxis), S. 59 ff.

BRÜCKNER CHRISTIAN, Der Umfang des Formzwangs beim Grundstückkauf, ZBGR 75/1994, S. 1 ff. (zit. BRÜCKNER, ZBGR 1994).

BRÜCKNER CHRISTIAN, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993.

CARLEN LOUIS, Notariatsrecht der Schweiz, Zürich 1976.

DEPRAZ ALEX, La forme authentique en droit fédéral et en droit cantonal comparé, Diss. Lausanne 2002.

DIEBOLD NICOLAS, Die Verwirklichung des Binnenmarktes Schweiz, in: COTTIER/OESCH (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 3. Auflage, Bern 2020.

EICHENBERGER CHRISTIAN, Die Wahrheitspflicht der an der öffentlichen Beurkundung Beteiligten im Spannungsfeld zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht, Diss. Bern 2009.

GASSER DOMINIK/MÜLLER RAHEL/KOJAN TAMARA, Zivilprozessrecht in a nutshell, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. I, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.

GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 6. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK-BEARBEITER, N. zu Art.).

GEISER THOMAS/WOLF STEPHAN (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1–61 SchIT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK-BEARBEITER, N. zu Art.).

GULDENER MAX, Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 1954.

OESCH MATTHIAS/RENFER STEFAN, Kommentar Wettbewerbsrecht II, in: OESCH/WEBER/ZÄCH (Hrsg.), 2. Auflage, Zürich 2021.

HUBER HANS, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechts, ZBGR 69/1988, S. 228 ff.

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 2019.

HÜRLIMANN-KAUP BETTINA/SCHUMACHER RAINER/SCHMID JÖRG, *Droits réels – Sachenrecht*, BR 4/2010, S. 191 ff.

JEANDIN ETIENNE, *La profession de notaire*, Genève/Zurich/Bâle 2017.

KOLLER ALFRED, Vom Formmangel und seinen Folgen, Der formungültige Grundstückskauf, in: ALFRED KOLLER (Hrsg.), *Der Grundstückskauf*, 3. Aufl., Bern 2017, S. 81 ff.

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 4. Aufl., Bern 2017 (zit. KOLLER, OR AT).

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/WOLF STEPHAN/AMSTUTZ MARC/FANKHAUSER ROLAND (Hrsg.), *ZGB Kommentar*, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. OFK-BEARBEITER, N. zu Art.).

KUNZ HANS, *Öffentliche Vertragsverurkundung und ihre Gültigkeit nach schweizerischem Recht*, Diss. Bern, Biel 1928.

MARTI HANS, *Notariatsprozess, Grundzüge der öffentlichen Beurkundung in der Schweiz*, Bern 1989.

MARTI HANS, *Bernisches Notariatsrecht*, Bern 1983 (zit. MARTI, *Notariatsrecht*).

MOOSER MICHEL, Les conséquences de la reconnaissance intercantonale des actes authentiques immobiliers, in: SCHWEIZERISCHER NOTARENVERBAND (Hrsg.), *Aktuelle Themen zur Notariatspraxis*, 4. Bd., Bern 2018, S. 141 ff. (zit. MOOSER, 2018).

MOOSER MICHEL, *Le droit notarial en Suisse*, 2. Aufl., Berne 2014.

MÜLLER CHRISTOPH, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht*, Bern 2018 (zit. BK-MÜLLER, N. zu Art.).

MÜLLER LUKAS, Die Online-Gründung der Aktiengesellschaft, *SJZ* 116 (2020) 16-17, S. 555 ff. (zit. MÜLLER LUKAS).

MÜLLER LUKAS/PAFUMI LARA, Die digitale öffentliche Urkunde im Kontext der AG (2/2), *REPRAX* 1/2020, S. 45 ff.

NUSSBAUM HEINRICH, *Beispiele mit Anmerkungen und Erläuterungen über öffentliche Beurkundungen mit einer einleitenden Darstellung des massgebenden Rechts*, 2. Aufl., Aarau 1949.

PFÄFFLI ROLAND/LIECHTI FABRIZIO ANDREA, Der Notar und das Freizügigkeitsabkommen: Entwicklungen, *Jusletter* 20. April 2015.

PFÄFFLI ROLAND/LIECHTI FABRIZIO ANDREA, Bemerkungen zu den rechtlichen Einschätzungen der eidgenössischen Wettbewerbskommission (WEKO) zur Freizügigkeit der Notare, *Jusletter* 16. Dezember 2013 (zit. PFÄFFLI/LIECHTI, WEKO).

PIOTET DENIS, L'avant-projet de révision des art. 55 à 55t du Titre final du Code civil, in: SCHWEIZERISCHER NOTARENVERBAND (Hrsg.), *Aktuelle Themen zur Notariatspraxis*, 3. Bd., Bern 2015, S. 79 ff. (zit. PIOTET, 2015).

PIOTET DENIS, Les procédures spéciales d'instrumentation d'actes authentiques, in: STIFTUNG SCHWEIZERISCHES NOTARIAT (Hrsg.), *Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsverfahren*, Zürich 2007, S. 259 ff. (zit. PIOTET, *Ausgewählte Fragen*).

PIOTET DENIS, La notion fédérale de la forme authentique à l'épreuve de la doctrine, in: UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen*, Basel/Frankfurt am Main 1992, S. 19 ff.

RUF PETER, *Notariatsrecht*, Langenthal 1995.

SANTSCHI ALFRED, Die Rechtsberatung durch den Notar, ZBGR 49/1968, S. 1 ff. (zit. SANTSCHI ALFRED, Rechtsberatung).

SANTSCHI ALFRED, Die Berufspflichten des bernischen Notars, Diss. Bern 1958, Winterthur 1959 (zit. SANTSCHI ALFRED).

SANTSCHI DANIEL, Die Ausstandspflichten des Notars, Diss. Bern, Langenthal 1992 (zit. SANTSCHI DANIEL).

SCHMID JÖRG, Erbrechtsreform und öffentliche Beurkundung der Verfügungen von Todes wegen, in: JUNGO ALEXANDRA/BREITSCHMID PETER/SCHMID JÖRG (Hrsg.), Erste Silser Erbrechtsgespräche: Gedanken zur Erbrechtsrevision anlässlich des 60. Geburtstags von Paul Eitel, Zürich/Basel/Genf 2018, S. 37 ff. (zit. SCHMID JÖRG).

SCHMID JÖRG, Grundlagen zur notariellen Belehrungs- und Beratungspflicht, in: SCHMID JÖRG (Hrsg.), Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 3 ff. (zit. SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht).

SCHMID JÜRIG, Die Fernbeurkundung, in: SCHWEIZERISCHER NOTARENVERBAND (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, Bd. 4, Bern 2018, S. 231 ff. (zit. SCHMID JÜRIG, Notariatspraxis).

STAEHELIN DANIEL, Vertretungsverhältnis nicht genannt – öffentliche Urkunde ungültig?, Jusletter 2. August 2010.

STRUB YAEL, Haftung des Notars für die Aufklärung betreffend Steuern? – «Es chunnt druf aa», Recht 4/2013, S. 163 ff.

VON BÜREN ROLAND, Notare und Wettbewerb, in: RUF PETER/PFÄFFLI ROLAND (Hrsg.), 100 Jahre Verband bernischer Notare, Langenthal 2003, S. 79 ff.

WOLF STEPHAN, Zu den kantonalen Beurkundungsverfahren als Ausgangslage für einen bundesrechtlichen Notariatsprozess und zugleich zu den Schwierigkeiten einer Vereinheitlichung des materiellen Notariatsrechts – eine Standortbestimmung, in: SCHWEIZERISCHER NOTARENVERBAND (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, 4. Bd., Bern 2018, S. 23 ff. (zit. WOLF, Notariatspraxis).

WOLF STEPHAN (Hrsg.), Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, Bern 2009 (zit. KNB-BEARBEITER, N. zu Art.).

WOLF STEPHAN/PFEUTI ANJA/MINNIG YANNICK, Zur Zukunft des Notariats in der Schweiz – Einführung und Überblick, Jusletter 28. Oktober 2013.

WOLF STEPHAN/SETZ ANNA LEA, Handlungsfähigkeit, insbesondere Urteilsfähigkeit, sowie ihre Prüfung durch den Notar, in: WOLF STEPHAN (Hrsg.), Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson, Bern 2012.

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Kanton Aargau
AI	Kanton Appenzell Innerrhoden
AR	Kanton Appenzell Ausserrhoden
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BE	Kanton Bern
BeurG-AG	Beurkundungs- und Beglaubigungsgesetz vom 30. August 2011, SAR 295.200
BeurkG-AR	Beurkundungsgesetz vom 26. Oktober 2009, bGS-AR 211.2
BeurkG-GL	Gesetz über Beurkundung und Beglaubigung (Beurkundungsgesetz) vom 6. Mai 2007, GS-GL III B/3/1
BeurkG-LU	Gesetz über die öffentliche Beurkundung (Beurkundungsgesetz) vom 18. September 1973, SRL 255
BeurkG-ZG	Gesetz über die öffentliche Beurkundung und die Beglaubigung in Zivilsachen (Beurkundungsgesetz) vom 3. Juni 1946, BGS-ZG 223.1
BeurkV-NW	Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die öffentliche Beurkundung vom 9. November 1974 (Beurkundungsverordnung), Nidwaldner Gesetzessammlung 268.11
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz) vom 6. Oktober 1995, SR 943.02
BGE	Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BJ	Bundesamt für Justiz
BL	Kanton Basel-Landschaft
BN	Der bernische Notar, Zeitschrift des Verbandes bernischer Notare (Langenthal)
BR	Baurecht, Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen (Zürich)
BS	Kanton Basel-Stadt
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
bzw.	beziehungsweise
DELN-JU	Décret concernant l'exécution de la loi sur le notariat du 6 décembre 1978, RSJU 189.111
Dr.	Doktor

E.	Erwägung
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EÖBV	Verordnung über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen vom 8. Dezember 2017, SR 211.435.1
etc.	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f.	folgende(r)
ff.	fortfolgende
FR	Kanton Freiburg
FusG	Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003 (Fusionsgesetz), SR 221.301
FZA	Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.142.112.681
GBV	Grundbuchverordnung vom 23. September 2011, SR 211.432.1
GE	Kanton Genf
GL	Kanton Glarus
GR	Kanton Graubünden
HRegV	Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007, SR 221.411
Hrsg.	Herausgeber
INR	Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis
JU	Kanton Jura
Lit.	Litera
LN-JU	Loi sur le notariat du 9 novembre 1978, RSJU 189.11
LN-NE	Loi sur le notariat du 26 août 1996, RSN 166.10
LNo-VD	Loi sur le notariat du 29 juin 2004, RS 178.11
LU	Kanton Luzern
N.	Note; Randnote
NE	Kanton Neuenburg
NG-BE	Notariatsgesetz vom 22. November 2005, BSG 169.11
NO-BE	Notariatsverordnung vom 26. April 2006, BSG 169.112
NG-BL	Notariatsgesetz vom 22. März 2012, SGS-BL 217
NG-BS	Notariatsgesetz vom 18. Januar 2006, BSSG 292.100
NG-FR	Gesetz über das Notariat vom 17. März 2016, SGF 261.1
NG-GR	Notariatsgesetz vom 18. Oktober 2004, BR 210.300

NG-VS	Notariatsgesetz vom 15. Dezember 2004, Walliser Gesetzes- sammlung 178.1
NotG-ZH	Notariatsgesetz vom 9. Juni 1985, ZH-Lex 242
NotPV-ZH	Verordnung über den Erwerb des Wahlfähigkeitszeugnisses für Notarinnen und Notare vom 4. September 2013, ZH-Lex 242.1
NV-BE	Notariatsverordnung vom 26. April 2006, BSG 169.112
NV-UR	Verordnung über das Notariat vom 9. Oktober 1911, RB-UR 9.2311
NW	Kanton Nidwalden
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
OW	Kanton Obwalden
Prof.	Professorin / Professor
REPRAX	Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis in Gesellschafts- und Handelsregisterrecht (Zürich)
S.	Seite
SchIT ZGB	Schlusstitel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches
SG	Kanton St. Gallen
SH	Kanton Schaffhausen
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zürich)
SO	Kanton Solothurn
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
successio	Zeitschrift für Erbrecht (Zürich)
SZ	Kanton Schwyz
TG	Kanton Thurgau
UR	Kanton Uri
VD	Kanton Waadt
VS	Kanton Wallis
vgl.	vergleiche
WEKO	Eidgenössische Wettbewerbskommission
z.B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuch- recht (Zürich)
ZG	Kanton Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210

ZH	Kanton Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR 272

## 1 Ausgangslage

### 1.1 Beurkundungsrecht in der Schweiz

Das Bundesrecht schreibt für zahlreiche Rechtsgeschäfte als Gültigkeitserfordernis die Form der öffentlichen Beurkundung vor. Eine explizite bundesrechtliche Regelung in Bezug auf das konkrete Beurkundungsverfahren besteht jedoch nur bei der öffentlichen letztwilligen Verfügung, dem Erbvertrag, der Schenkung von Todes wegen, dem Verpfändungsvertrag und dem Wechselprotest (Art. 499 ff., 512 Abs. 1 ZGB, Art. 245 Abs. 2, Art. 522 Abs. 1, Art. 1034 ff. OR). Die weitere Verfahrensordnung für Rechtsgeschäfte, die der öffentlichen Beurkundung bedürfen, überlässt der Bundesgesetzgeber den Kantonen. So hält Artikel 55 Absatz 1 SchIT ZGB fest, dass die Kantone bestimmen, in welcher Weise auf ihrem Gebiet die öffentliche Beurkundung hergestellt wird. Entsprechend ist das Beurkundungsrecht in der Schweiz geprägt von kantonalen Eigenheiten.

Die kantonale Zuständigkeit hat dazu geführt, dass sich in der Schweiz im Bereich der öffentlichen Beurkundung verschiedene Organisationsformen gebildet haben. Unterschieden werden dabei im Grundsatz die drei folgenden Systeme: das freiberufliche (lateinische) Notariat, das Amtsnotariat sowie verschiedene Mischformen des freiberuflichen und des amtlichen Notariats.<sup>1</sup> Beim freiberuflichen Notariat üben die Urkundspersonen ihre hoheitliche Tätigkeit selbstständig sowie auf eigene Rechnung und Verantwortung aus.<sup>2</sup> Im Gegensatz dazu steht die Urkundsperson beim Amtsnotariat in einem öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis.<sup>3</sup> Bei den Mischformen werden gewisse Aufgaben von freiberuflichen Notarinnen und Notaren wahrgenommen und andere wiederum von Amtsnotarinnen und -notaren.

Mit der öffentlichen Beurkundung werden verschiedene Ziele verfolgt.<sup>4</sup> Dazu gehören die folgenden:

- Schutz der Urkundsparteien vor Übereilung;<sup>5</sup>
- Erinnerungsstütze;<sup>6</sup>
- Beweisfunktion;<sup>7</sup>
- streitvermeidende Funktion;<sup>8</sup>
- Errichtung geeigneter Rechtsgrundausweise;<sup>9</sup>
- rechtspolizeiliche Funktion;<sup>10</sup>
- Klarheit des Rechtsgeschäfts;<sup>11</sup>
- zeitlich unbefristete Aufbewahrung der öffentlichen Urkunde.<sup>12</sup>

---

<sup>1</sup> BIBER, S. 141; CARLEN, S. 35 ff.; JEANDIN, S. 11; MOOSER, N. 55 ff.

<sup>2</sup> BRÜCKNER, Notariatspraxis, S. 63; CARLEN, S. 36; JEANDIN, S. 11; KNB-WOLF/PFAMMATTER, N. 3 zu Art. 2 NG.

<sup>3</sup> BRÜCKNER, Notariatspraxis, S. 63; CARLEN, S. 38; JEANDIN, S. 11.

<sup>4</sup> Vgl. die Übersicht bei ARNET, ZBJV, S. 399 ff.

<sup>5</sup> BECK, S. 14; BRÜCKNER, N. 258 ff.; JEANDIN, S. 17; MARTI, S. 23; SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht, S. 10.

<sup>6</sup> MARTI, S. 21 f.

<sup>7</sup> MARTI, S. 22 f.

<sup>8</sup> MARTI, S. 22.

<sup>9</sup> JEANDIN, S. 17; MARTI, S. 24.

<sup>10</sup> JEANDIN, S. 18; MARTI, S. 25.

<sup>11</sup> KNB-WOLF/PFAMMATTER, N. 9 zu Art. 23 NG; BSK-SCHMID, N. 12 zu Art. 55 SchIT ZGB.

<sup>12</sup> BRÜCKNER, Notariatspraxis, S. 63; JEANDIN, S. 18.

Es ist heute sowohl in der Lehre wie auch in der Rechtsprechung unbestritten, dass der Begriff der «öffentlichen Beurkundung» dem Bundesrecht angehört.<sup>13</sup> Entsprechend haben die Kantone bei der Regelung des Beurkundungsverfahrens die Anforderungen, die sich aus dem Bundesrecht ergeben, zu berücksichtigen.<sup>14</sup>

Bei den Vorgaben, die sich aus dem – teilweise ungeschriebenen – Bundesrecht ergeben, ist zwischen den Mindest- und den Maximalanforderungen zu unterscheiden.<sup>15</sup> Gemäss den Mindestanforderungen haben die kantonalen Bestimmungen die sich aus dem Begriff und Zweck der öffentlichen Beurkundung ergebenden Anforderungen zu erfüllen.<sup>16</sup> Die Maximalanforderungen sollen gewährleisten, dass die Kantone die Zugänglichkeit zur öffentlichen Beurkundung durch Verfahrensvorschriften nicht übermässig erschweren oder gar vereiteln.<sup>17</sup>

## 1.2 Auftrag des Bundesrats

Der Bundesrat hatte am 14. Dezember 2012 das Vernehmlassungsverfahren zur Änderung des Zivilgesetzbuchs («Öffentliche Beurkundung») eröffnet. Der Vorentwurf umfasste folgende Revisionspunkte:

- Festlegung bundesrechtlicher Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung;
- Ausdehnung der Freizügigkeit auf sämtliche öffentliche Urkunden im Bereich der Liegenschaftsgeschäfte;
- Ermöglichung der Erstellung eines Originals der öffentlichen Urkunde in elektronischer Form sowie
- Betreiben einer zentralen Urkundendatenbank durch den Bund.

Aufgrund der Ergebnisse der Vernehmlassung und nach Gesprächen mit den betroffenen Kreisen beschloss der Bundesrat am 25. Mai 2016, die Vorlage über die Revision des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs im Bereich der öffentlichen Beurkundung in die zwei folgenden Projekte aufzuteilen:

- Ausarbeitung einer Botschaft, welche das elektronische Original der öffentlichen Urkunde und das Register der elektronischen öffentlichen Urkunden erfasst («Auftrag 1»).
- Prüfung einer Ausarbeitung einer Botschaft zu den Bereichen «bundesrechtliche Mindestanforderungen» und «Freizügigkeit» und eine entsprechende Berichterstattung («Auftrag 2»).

## 1.3 Empfehlung der Wettbewerbskommission zur Freizügigkeit

Die Wettbewerbskommission (WEKO) empfahl den Kantonen am 23. September 2013 die Einführung der Freizügigkeit für die interkantonale Ausübung der Erwerbstätigkeit von Notarinnen und Notaren sowie für die öffentliche Beurkundung.<sup>18</sup> Insbesondere sollten ausserkantonale Notarinnen und Notare unter Anerkennung deren Fähigkeitsausweise für diejenigen Tätigkeiten zugelassen werden, die im eigenen Kanton ebenfalls durch das freierwerbende Notariat ausgeübt werden dürfen. In Bezug auf die öffentlichen Urkunden empfahl die WEKO eine Normierung der Anerkennung aller öffentlichen Urkunden zwischen den Kantonen sowie

<sup>13</sup> BGE 125 III 131, 134 und 133 I 259, 260; BIBER, S. 140; BRÜCKNER, N. 5; HUBER, S. 229.

<sup>14</sup> WOLF/PFEUTI/MINNIG, S. 3 f.

<sup>15</sup> BRÜCKNER, N. 8 ff. und N. 19 f.; HUBER, S. 230; MOOSER, N. 26; WOLF/PFEUTI/MINNIG, S. 4.

<sup>16</sup> BGE 99 II 159, 161; HUBER, S. 230. Eine Zusammenstellung der Mindestanforderungen findet sich in Ziff. 7.2.

<sup>17</sup> BRÜCKNER, N. 19 f.; WOLF/PFEUTI/MINNIG, S. 4.

<sup>18</sup> <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/medien/medieninformationen/nsb-news.msg-id-50564.html> (Stand: 13.07.2021).

die Schaffung von Grundlagen zur Anerkennung von ausserkantonalen Urkunden bei Grundstücksgeschäften. Die Empfehlung der WEKO stützt sich insbesondere auf das Binnenmarktgesetz (BGBM), welches für die Ausübung der Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz einen freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt gewährleistet. Aus binnenmarktrechtlicher Sicht ist zu erwähnen, dass der Geltungsbereich des BGBM an denjenigen des FZA angeglichen wurde, weshalb notarielle Tätigkeiten in Abkehr von der bundesgerichtlichen Praxis dem Geltungsbereich des BGBM zu unterstellen wären.<sup>19</sup> Diese Einschätzung und die Empfehlung der WEKO blieben nicht unkritisiert.<sup>20</sup>

Die Empfehlung der WEKO beabsichtigte aus ordnungspolitischer Sicht auch, den Wettbewerb im Notariatswesen zu beleben. Die Empfehlungen der WEKO wurden bislang nicht umgesetzt, hingegen sieht beispielsweise das Postulat Bertschy 20.3879 vom 19. Juni 2020, welches auszugsweise praktisch wörtlich auf die Empfehlung der WEKO abstellt, eine schweizweite Liberalisierung des Notariatswesens mit einem möglichst freien, interkantonalen Wettbewerb vor.

## **2 Umsetzung der Aufträge des Bundesrats**

### **2.1 Umsetzung des Auftrags 1: «Elektronische öffentliche Urkunde»**

Seit der Verabschiedung des Vorentwurfs 2012 und der Durchführung des Vernehmlassungsverfahrens im Jahr 2013 hat sich das digitale Bewusstsein der Bevölkerung weiterentwickelt und Digitalisierungsprojekte haben einen starken Auftrieb erfahren. Vor diesem Hintergrund war es angezeigt, die ursprünglich im Jahre 2012 vorgeschlagenen Bestimmungen in akzentuierter Form nochmals der breiten Öffentlichkeit zur Diskussion vorzulegen. Der Bundesrat hat daher den Vorentwurf des Bundesgesetzes über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBG) vom 30. Januar bis am 8. Mai 2019 in die Vernehmlassung gegeben. In Abweichung zum Vorentwurf 2012 solle nicht nur die Option zur Erstellung von elektronischen Originalen öffentlicher Urkunden eingeführt werden – das elektronische Original solle (nach einer Übergangsfrist von zehn Jahren nach Inkrafttreten des Gesetzes) vielmehr die Regel sein. Mit dem elektronischen Original der öffentlichen Urkunde solle zudem eine zentrale Registerlösung (*Urkundenregister*) eingeführt werden, welche die sichere und langfristige Aufbewahrung der Urkunden sicherstellt.

Die im Rahmen der Vernehmlassung eingegangenen Stellungnahmen wurden ausgewertet und gestützt darauf wird durch das EJPD in einem nächsten Schritt ein Gesetzesentwurf sowie eine Botschaft erarbeitet.

Die Möglichkeit, dass das Original der öffentlichen Urkunde in Zukunft elektronisch erstellt werden könnte, wurde bei der Erarbeitung der Definitionen und Leitsätze ebenfalls in die Diskussionen miteinbezogen.

### **2.2 Umsetzung des Auftrags 2: «Bundesrechtliche Mindestanforderungen» und «Freizügigkeit»**

Die Vorschläge im Vorentwurf 2012 betreffend Kodifizierung der bundesrechtlichen Mindestanforderungen und Freizügigkeit der öffentlichen Urkunden im Bereich der Liegenschaftsgeschäfte wurden teilweise kritisch aufgenommen. Im Nachgang zur Vernehmlassung führte die Bundesverwaltung daher mit Vertreterinnen und Vertretern des Notariats diverse Gespräche. Im Rahmen dieses Gedankenaustausches wurde die Idee aufgegriffen, dass statt einer Kodifikation von Mindestanforderungen die Schaffung eines einheitlichen Beurkundungsverfahrens geprüft werden sollte.

---

<sup>19</sup> Mit weiteren Hinweisen: OESCH/RENFER, N. 13 zu Art. 1 BGBM; DIEBOLD, S. 489.

<sup>20</sup> Vgl. auch die Ausführungen unter Ziff. 7.3.3.

Im Nachgang zum Notariatskongress vom 15. März 2018 zum Thema «Der einheitliche Notariatsprozess in der Schweiz und die Zukunft des Notariats» wurde vom BJ eine Groupe de réflexion zu einem «einheitlichen Beurkundungsverfahren in der Schweiz» eingesetzt, die Leitsätze mitsamt Erläuterungen zu einem vereinheitlichten bundesrechtlichen Beurkundungsverfahren erarbeiten sollte.

### **3 Mandat der «Groupe de réflexion zu einem einheitlichen Beurkundungsverfahren in der Schweiz»<sup>21</sup>**

Die Groupe de réflexion hatte den Auftrag, die Rechtsfragen einer möglichen bundesrechtlichen Vereinheitlichung des Beurkundungsverfahrens in der Schweiz aus fachlicher Sicht zu vertiefen und Leitsätze zu einem bundesrechtlichen Beurkundungsverfahren mitsamt Erläuterungen zu erarbeiten.

Im Rahmen ihrer Arbeiten sollte die Groupe de réflexion den möglichen Umfang einer Vereinheitlichung erörtern und verschiedene Regelungsmodelle entwickeln. Die Überlegungen der Groupe de réflexion sollten zudem den Grundsatz der Organisationshoheit sowie die Aufsichtsbefugnisse der Kantone im Bereich der öffentlichen Beurkundung respektieren. Weiter sollte dem Ineinandergreifen von kantonalem Recht und einem möglichen künftigen Beurkundungsrecht sowie dem materiellen Bundesprivatrecht besonders Beachtung geschenkt werden.

Die Leitsätze sollen sowohl im freiberuflichen (lateinischen) und gemischten Notariat sowie auch im Amtsnotariat angewendet werden können.

Die Groupe de réflexion setzte sich aus Vertreterinnen und Vertretern des freiberuflichen (lateinischen) Notariats, des Amtsnotariats, der Kantone und der Wissenschaft zusammen.

### **4 Vorgehensweise**

In einem ersten Schritt wurden die Themen, welche in den kantonalen Rechtsgrundlagen betreffend öffentliche Beurkundung geregelt werden, zusammengetragen. Anschliessend einigte man sich wie folgt auf eine Strukturierung derselben:

- *Block 1:* Amt und Zuständigkeit der Urkundsperson / allgemeine Vorschriften;
- *Block 2:* Berufspflichten;
- *Block 3:* Beurkundungsverfahren;
- *Block 4:* Nicht-Entstehung der öffentlichen Urkunde / Aufsicht / Gebühren.

Im *ersten Block* finden sich die Themen, welche sich inhaltlich mit der Organisationsform der öffentlichen Beurkundung befassen. Dazu gehören insbesondere die Bezeichnung der für die öffentliche Beurkundung zuständigen Personen, die Berufszulassungsvoraussetzungen, sowie die örtliche und sachliche Zuständigkeit von Urkundspersonen oder deren Freizügigkeit.

In einem *zweiten Block* werden die verschiedenen Berufspflichten der Urkundspersonen aufgelistet.

Der *dritte Block* beinhaltet die zu regelnden Bereiche in Zusammenhang mit dem Beurkundungsverfahren an sich wie bspw. die Urkundssprache, die Beilagen zur Urkunde, die Korrekturen etc.

Die Nicht-Entstehung einer öffentlichen Urkunde, die Aufsicht über die Urkundspersonen sowie die Gebühren werden in einem *vierten Block* zusammengefasst.

---

<sup>21</sup> Die Zusammensetzung und das Mandat der Groupe de réflexion kann abgerufen werden unter: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/beurkundungsverfahren.html> (Stand: 31.05.2021).

Im Rahmen der Arbeiten zur Einteilung der verschiedenen Themen wurde die Meinung vertreten, dass als Erstes geklärt werden müsse, auf welches Beurkundungsverfahren die Leitsätze anzuwenden seien. Dies aufgrund der Tatsache, dass das Verfahren je nach Beurkundungsgegenstand ein anderes sein könne. So bedürfe namentlich das Verfahren zur Beurkundung von Willenserklärungen unter Umständen einer anderen Regelung als dasjenige für eine Sachbeurkundung.<sup>22</sup> Im Auftrag der Groupe de réflexion erstellte Herr Prof. Dr. DENIS PIOTET einen Beitrag mit einer Zusammenstellung der verschiedenen Beurkundungsverfahren sowie einem Vorschlag betreffend deren Unterscheidung und dem Anwendungsbereich der Leitsätze (*Anhang 1*).

Im Nachgang zum Bericht von Herrn Prof. Dr. DENIS PIOTET wurde der Entscheid getroffen, dass die Leitsätze so formuliert werden sollten, dass sie idealerweise auf alle Beurkundungsverfahren angewendet werden können. Bei Fällen, in denen klarerweise eine Unterscheidung zu treffen ist, wird eine entsprechende Klarstellung in den Erläuterungen aufgenommen oder es werden zusätzliche Leitsätze verfasst.

Nach der Zusammenstellung und der Strukturierung der Themen folgten in der Groupe de réflexion die Diskussionen zu den einzelnen Leitsätzen. Dabei wurde bereits in einem ersten Durchgang bei gewissen Regelungsbereichen festgehalten, dass dazu keine Leitsätze zu verfassen seien. Es handelt sich dabei um die folgenden zwei Bereiche:

- Höchstzahl an Urkundspersonen (*numerus clausus*);<sup>23</sup>
- Büroräumlichkeiten.

Auch bei anderen Themen kam die Groupe de réflexion zum Schluss, dass kein Leitsatz verfasst werden sollte. Der Grund liegt darin, dass allfällige bundesrechtliche Vorschriften teilweise in die Organisationshoheit der Kantone eingreifen würden. Überdies konnte in einigen Fällen keine mehrheitsfähige Lösung für einen Leitsatz gefunden werden.<sup>24</sup>

Die Resultate der Gespräche und des Gedankenaustausches sowie die erarbeiteten Leitsätze sind im vorliegenden Bericht zusammengefasst. Dementsprechend handelt es sich diesem Dokument nicht um einen Bericht der Verwaltung oder des Bundesrats, sondern um ein Schriftstück der Groupe de réflexion. Die Redaktionsarbeiten für den Bericht wurden durch das Bundesamt für Justiz BJ vorgenommen.

## 5 Verfassungsmässige Grundlagen

Die Natur von Artikel 55 Absatz 1 SchIT ZGB ist im Hinblick auf die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen umstritten.<sup>25</sup> Teilweise wird in der Lehre die Meinung vertreten, dass es sich bei der vorgenannten Bestimmung um einen unechten Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechts handle.<sup>26</sup> Andere Autoren hingegen verstehen die Regelung als echten Vorbehalt.<sup>27</sup>

Im Rahmen der Einführung der ZPO hat sich der Gesetzgeber dahingehend geäußert, dass die ZPO im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit, zu der auch die öffentliche Beurkundung gehört, nur für gerichtliche Angelegenheiten anwendbar sei. Keine Geltung habe die ZPO je-

---

<sup>22</sup> Betreffend Unterscheidung der verschiedenen Beurkundungsverfahren wird verwiesen auf die Ausführungen in Ziff. 6.9 des vorliegenden Berichts.

<sup>23</sup> Eine entsprechende explizite Vorschrift kennt nur FR. Gemäss Art. 2 Abs. 1 NG-FR dürfen nicht mehr als 55 Notare auf dem Kantonsgebiet tätig sein. Allerdings ist die Anzahl Urkundspersonen auf Grund der Organisationsform auch in Kantonen mit dem Amtsnotariat begrenzt.

<sup>24</sup> Vgl. dazu auch die Ausführungen in Ziff. 7.1.

<sup>25</sup> WOLF/PFEUTI/MINNIG, S. 3.

<sup>26</sup> MARTI, S. 30 ff.; RUF, N. 132 ff.

<sup>27</sup> BRÜCKNER, N. 5 ff.; VON BÜREN, S. 80 ff.

doch aus verfassungsrechtlichen Gründen für Zivilsachen, die von kantonalen Verwaltungsbehörden (Art. 54 SchIT ZGB) behandelt werden. Hierbei komme weiterhin kantonales Verfahrensrecht zur Anwendung.<sup>28</sup> Weitergehende Ausführungen in Bezug auf die angesprochenen «verfassungsrechtlichen Gründe» – gerade auch im Hinblick auf die öffentliche Beurkundung – macht der Bundesrat in diesem Zusammenhang jedoch nicht.<sup>29</sup>

Die Frage der Bundeskompetenz zur Regelung des Beurkundungsverfahrens wurde durch die Groupe de réflexion aufgegriffen. Seitens BJ wurde ein Gutachten (vgl. Anhang 2) und von Frau Prof. Dr. RUTH ARNET ein Bericht (vgl. Anhang 3) zu dieser Frage erarbeitet. Die Mitglieder der Groupe de réflexion vertraten unterschiedliche Meinungen zur Kompetenzausscheidung. Man war sich allerdings einig darüber, dass man diese Frage in Anbetracht des Mandats der Groupe de réflexion offenlassen könne. Ziel müsse es sein, unter Berücksichtigung der Zwecke der öffentlichen Beurkundung und der Organisationsformen der Kantone Leitsätze für ein «ideales» Beurkundungsverfahren zu entwickeln.

## 6 Begriffe und Definitionen

### 6.1 Ausgangslage

Die Diskussionen im Rahmen der Sitzungen der Groupe de réflexion haben gezeigt, dass für die Erarbeitung der Leitsätze Erläuterungen zu diversen Begriffen, die im Beurkundungsrecht verwendet werden, notwendig sind. Erforderlich sind die Definitionen verschiedener Begriffe, weil in den Kantonen im Zusammenhang mit dem Beurkundungsrecht teilweise unterschiedliche Bezeichnungen für denselben Sachverhalt verwendet werden und weil nicht alle Kantone die gleichen Institute kennen.

### 6.2 Freiwillige Gerichtsbarkeit

Definition:

*Die freiwillige Gerichtsbarkeit bezeichnet die hoheitliche Tätigkeit einer Behörde oder einer Urkundsperson, die in nicht streitigen Angelegenheiten dazu dient, zivilrechtliche Rechte festzustellen, zu begründen, zu ändern oder aufzuheben, oder einen Sachverhalt festzustellen.*

In der Gesetzgebung wird zwischen der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit unterschieden.

Das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann umschrieben werden als hoheitliche Tätigkeit einer Behörde (Gericht, Urkundsperson, Verwaltungsbehörde), die dazu dient, private Rechte festzustellen, zu begründen, zu ändern oder aufzuheben, oder einen Sachverhalt festzustellen. Es handelt sich dabei um ein nicht Streitiges Verfahren, das in der Regel auf einseitigen Antrag von Privaten initiiert wird.<sup>30</sup> Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der «einseitige Antrag» alleine jedoch kein Kriterium zur Unterscheidung, ob es sich um ein Verfahren der freiwilligen oder der streitigen Gerichtsbarkeit handelt; insbesondere erfolgt bei der öffentlichen Beurkundung die Einleitung des Verfahrens (Rogation) häufig durch mehrere Parteien. Vielmehr ist für die Abgrenzung auf den materiell-rechtlichen Inhalt des Verfahrens abzustellen.<sup>31</sup> Die öffentliche Beurkundung ist Teil dieser freiwilligen Gerichtsbarkeit.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> BBL 2006 7221, 7257.

<sup>29</sup> Die zitierte Passage aus der Botschaft zu der ZPO (BBL 2006 7221, 7257) wurde aufgrund der Stellungnahmen im Rahmen der Vernehmlassung eingefügt («...in der Vernehmlassung aus verfassungsrechtlichen Gründen gefordert wurde...»).

<sup>30</sup> GULDENER, S. 1 ff.; GASSER/MÜLLER/KOJAN, S. 2.

<sup>31</sup> BGE 140 III 550; BGE 139 III 225; BGer 5A\_434/2012.

<sup>32</sup> BGE 128 I 280, 281; BRÜCKNER, N. 481; CARLEN, S. 35; GULDENER, S. 9; MARTI, S. 19; RUF, N. 232 ff.

### 6.3 Urkundsperson

Definition:

*Als Urkundspersonen werden alle Personen bezeichnet, die für die öffentliche Beurkundung zuständig sind, unabhängig davon, ob sie über eine beschränkte oder unbeschränkte Beurkundungsbefugnis verfügen und für welche Beurkundungsverfahren sie sachlich und / oder örtlich zuständig sind.*

Personen, welche für die öffentliche Beurkundung zuständig sind, werden in den Kantonen unterschiedlich bezeichnet. Neben der Bezeichnung «Notar» wird auch der Begriff «Urkundsperson» verwendet.

Für die Leitsätze und die entsprechenden Erläuterungen sollte eine einheitliche Bezeichnung für diejenigen Personen gewählt werden, welche in den Kantonen die öffentliche Beurkundung vornehmen dürfen. Das Ziel war, einen Begriff zu finden, der eng genug ist, um nicht allzu abstrakt zu wirken, jedoch auch hinlänglich weit, um sämtliche Personen mit Beurkundungs- bzw. Beglaubigungskompetenzen mitzuumfassen.

In der deutschen Sprache würde es sich anbieten, die Bezeichnung «Urkundsperson» zu verwenden. Allerdings existieren in der französischen und italienischen Sprache keine entsprechenden Übersetzungen, die inhaltlich genau übereinstimmen. Die Begriffe «officier public» bzw. «pubblico ufficiale» sind mit Amtsperson oder Träger eines öffentlichen Amtes zu übersetzen und nicht mit «Urkundsperson».

Trotz dieser Übersetzungsproblematik entschieden sich die Mitglieder der Groupe de réflexion im vorliegenden Bericht für die Bezeichnung der Personen mit einer Beurkundungs- bzw. Beglaubigungskompetenz die folgenden Begriffe zu verwenden:

- Deutsch: «Urkundsperson»;
- Französisch: «officier public»;
- Italienisch: «pubblico ufficiale».

### 6.4 Öffentliche Beurkundung

Definition:

*Die öffentliche Beurkundung ist die Aufzeichnung rechtserheblicher Tatsachen oder Erklärungen rechtsgeschäftlicher, prozessrechtlicher oder tatsächlicher Art in dem dafür vorgesehenen Verfahren durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betrauten Urkundsperson.*

Nach heutiger Auffassung der Lehre und Rechtsprechung gehört der Begriff der «öffentlichen Beurkundung» dem Bundesrecht an, auch wenn eine bundesgesetzliche Definition fehlt.<sup>33</sup>

Die Lehre wie auch die Rechtsprechung haben verschiedene Begriffsbestimmungen entwickelt, die sich allerdings nicht allzu stark voneinander unterscheiden. So umschreibt bspw. CARLEN<sup>34</sup> die öffentliche Beurkundung als «urkundliche Festlegung rechtlich erheblicher Tatsachen und rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen durch ein von der Gesetzgebung hiezu als zuständig bezeichnetes Organ unter Einhaltung der hierfür vorgeschriebenen Form.» Eine ähnliche Formulierung wählt auch JEANDIN<sup>35</sup>: «On définit la forme authentique comme étant la forme solennelle selon laquelle une personne autorisée à cet effet par un canton confectionne, selon la procédure prescrite par ce canton, un document écrit consignant des déclarations de

<sup>33</sup> BGE 125 III 131, 134, und 133 I 259, 260; BIBER, S. 140; BRÜCKNER, N. 5; HUBER, S. 229.

<sup>34</sup> CARLEN, S. 88.

<sup>35</sup> JEANDIN, S. 16.

volonté ou la constatation de faits.» Das Bundesgericht<sup>36</sup> weicht mit seiner Definition nur unwesentlich von den beiden vorstehenden ab: «Die öffentliche Beurkundung ist die Aufzeichnung rechtserheblicher Tatsachen oder rechtsgeschäftlicher Erklärungen durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betrauten Person, in der vom Staate geforderten Form und in dem dafür vorgesehenen Verfahren.»

Der Vorschlag, die Begriffsbestimmung des Bundesgerichts zu verwenden, stiess nicht bei allen Mitgliedern der Groupe de réflexion auf Zustimmung. Kritisiert wurde insbesondere die Offenheit der Formulierung. Diese ist der Tatsache geschuldet, dass es sich bei der «öffentlichen Beurkundung» um ein Verfahren respektive einen Verfahrensablauf handelt, bei dem bestimmte (bundesrechtliche und kantonale) Verfahrensregeln eingehalten werden müssen.<sup>37</sup> Entsprechend müsste man für die einzelnen Beurkundungsverfahren jeweils die konkreten Bestimmungen aufführen und die einzelnen Verfahrensschritte ausformulieren, um eine umfassende und anschauliche Definition des Begriffs der «öffentlichen Beurkundung» zu erhalten.

Als Lösungsvorschlag wurde vorgebracht, dass es allenfalls denkbar wäre, zwischen den Willenserklärungen und den Sachbeurkundungen zu unterscheiden, um eine aussagekräftigere Begriffsbestimmung zu erhalten. Zudem sei auch eine Trennung zwischen der «öffentlichen Beurkundung» und der «Beglaubigung» in Betracht zu ziehen. Es wurde weiter vorgeschlagen, eine Liste mit den beurkundungsbedürftigen Geschäften und Fällen zu erstellen, auf die sich die Leitsätze beziehen. So erreiche man eine Konkretisierung des Begriffs. Gleichzeitig berge dieses Vorgehen jedoch das Risiko, dass man nicht alle Fälle erfasse und der Tatsache, dass das Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung von den Parteien freiwillig gewählt werden könne, werde keine Rechnung getragen. Als Präzisierungsmöglichkeit wurde zudem der Vorschlag eingebracht, an die Funktion der Urkundsperson anzuknüpfen.

Im Rahmen der Diskussionen wurde darauf hingewiesen, dass die Definition der «öffentlichen Beurkundung» immer auch in Zusammenhang mit den Leitsätzen zu lesen sei und diese damit indirekt an Inhalt gewinne.

Bezüglich einer Definition konnte in der Groupe de réflexion keine Mehrheit für eine der vorgeschlagenen Varianten gefunden werden. Daher wurde trotz den vorgebrachten Einwänden eine Definition in Anlehnung an diejenige des Bundesgerichts gewählt.

## 6.5 Öffentliche Urkunde

Definition:

*Die öffentliche Urkunde ist das Ergebnis der öffentlichen Beurkundung.*

*Öffentliche Urkunden im Sinne der Leitsätze sind:*

- *Urkunden über Willenserklärungen oder die Feststellung von Sachverhalten, für welche die Form der öffentlichen Beurkundung nach Bundesrecht oder kantonalem Recht erforderlich ist oder von den Parteien gewünscht wird;*
- *Ausfertigungen;*
- *Beglaubigungen.*

Weder das ZGB noch das OR enthalten heute eine Definition des Begriffs der «öffentlichen Urkunde». Allerdings regelt das ZGB in Artikel 9 die Wirkung der öffentlichen Urkunde, indem es dieser eine erhöhte Beweiskraft beimisst (analog dazu Art. 179 ZPO). Eine Bestimmung zum Begriff der «öffentlichen Urkunde» findet sich allerdings in Artikel 110 Absatz 5 StGB.

<sup>36</sup> BGE 99 II 159, 161.

<sup>37</sup> BRÜCKNER, N. 21 ff.

Der Vorschlag, eine Definition der «öffentlichen Urkunde» in Anlehnung an diejenige von Artikel 110 Absatz 5 StGB<sup>38</sup> zu verfassen, stiess nicht bei allen Mitgliedern der Groupe de réflexion auf Zustimmung. So wurde auch hier wieder die Problematik der zu offenen Formulierung angesprochen.<sup>39</sup> Zugleich wurde aber darauf verwiesen, dass die Begriffsbestimmung der «öffentlichen Urkunde» wie diejenige der «öffentlichen Beurkundung» nicht ohne die Leitsätze zu lesen sei.

Da bereits beim Begriff der «öffentlichen Beurkundung» vorgebracht wurde, dass ein Hinweis auf die verschiedenen Beurkundungsverfahren (Willenserklärungen und Sachbeurkundungen) sinnvoll wäre, erfolgt dieser nun bei der Begriffsbestimmung der «öffentlichen Urkunde» (erstes Lemma des Leitsatzes).

Im Leitsatz werden neben den Urkunden über die Willenserklärungen und die Sachbeurkundungen («die Feststellung von Sachverhalten») explizit die Ausfertigungen und die Beglaubigungen aufgeführt, um zu verdeutlichen, dass es sich hierbei ebenfalls um öffentliche Urkunden handelt, auch wenn sich das Verfahren zur Errichtung derselben stark von denjenigen zur Errichtung einer öffentlichen Urkunde über Willenserklärungen oder Sachbeurkundungen unterscheidet.

## 6.6 Original der öffentlichen Urkunde («Urschrift» / «minute» / «atto originale»)

Definition:

*Als Original der öffentlichen Urkunde wird das im Rahmen des durchgeführten Hauptverfahrens entstandene Dokument bezeichnet, welches die erforderliche/n Unterschrift/en trägt.*

Das Original der öffentlichen Urkunde ist dasjenige Dokument, welches als Entwurf Grundlage des Hauptverfahrens gewesen ist und zum Abschluss des Hauptverfahrens die originale Unterschrift aller Personen trägt, welche die Urkunde zu unterzeichnen haben.<sup>40</sup> Jedes abgeschlossene Hauptverfahren führt im Ergebnis zur Entstehung des Originals der öffentlichen Urkunde.<sup>41</sup>

Je nach Organisationsform wird respektive werden heute im Rahmen des Hauptverfahrens ein Original oder mehrere Originale erstellt. So kennen gewisse Kantone das System der originalen, nicht für den Rechtsverkehr bestimmten Urschrift. Von dieser Urschrift werden beglaubigte Kopien oder Ausfertigungen erstellt, welche die Urschrift im Rechtsverkehr vertreten.<sup>42</sup> Die Urschrift bleibt grundsätzlich in Gewahrsam der Urkundsperson, welche die Beurkundung vorgenommen hat.<sup>43</sup> In anderen Kantonen verbleibt eine beglaubigte oder unbeglaubigte Kopie bei der Urkundsperson und die Originalurkunde(n) sind für den Rechtsverkehr bestimmt.

Gemäss dem Bundesgericht werden Urkundensammlungen (öffentliche Urkunden, die im Gewahrsam der Urkundsperson verbleiben) zu ausschliesslich öffentlichen Zwecken erstellt, weshalb sie als öffentliche Sachen zu qualifizieren seien. Daher sei es Sache der Kantone, die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse an diesen Urkundensammlungen zu bestimmen. Namentlich können die Kantone festlegen, wem das Eigentum an der Urkundensammlung zustehen soll.<sup>44</sup>

<sup>38</sup> Artikel 110 Absatz 5 StGB: «Öffentliche Urkunden sind Urkunden, die von Mitgliedern einer Behörde, Beamten und Personen öffentlichen Glaubens in Wahrnehmung hoheitlicher Funktionen ausgestellt werden. Nicht als öffentliche Urkunden gelten Urkunden, die von der Verwaltung der wirtschaftlichen Unternehmungen und Monopolbetriebe des Staates oder anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften und Anstalten in zivilrechtlichen Geschäften ausgestellt werden»

<sup>39</sup> Vgl. hierzu Ziff. 6.4.

<sup>40</sup> MARTI, S. 135.

<sup>41</sup> MARTI, S. 135; MOOSER, N. 505.

<sup>42</sup> BRÜCKNER, N. 228.

<sup>43</sup> BRÜCKNER, N. 228; JEANDIN, S. 148.

<sup>44</sup> BGE 133 I 259, 268 f.

Die Diskussionen in der Groupe de réflexion haben aufgezeigt, dass die Frage, wie viele Originale es geben soll oder kann, geklärt werden muss. Bei der Formulierung einer Definition respektive des Leitsatzes zur Herausgabe des Originals der öffentlichen Urkunde ist zudem zu beachten, dass gewisse Originale zwingend (z.B. für die Vernichtung) herausgegeben werden müssen respektive in gewissen kantonalen Regelungen eine Herausgabe vorgesehen ist. Es handelt sich dabei zum einen um die öffentlichen Urkunden, die einem anderen Dokument nachgetragen werden (z.B. die Beglaubigung einer Unterschrift) und zum andern bspw. um Bürgerschaftsurkunden, Vorsorgeaufträge sowie Verfügungen von Todes wegen (vgl. hierzu Ziffer 7.5.5.3 und 7.5.5.4).

Für die vorliegend verfassten Leitsätze wurde davon ausgegangen, dass es bei einer Beurkundung in «Papierform» grundsätzlich ein Original der öffentlichen Urkunde gibt. Bei einer elektronischen Beurkundung wird eine Unterscheidung zwischen dem elektronischen Original der öffentlichen Urkunde und einer elektronischen Ausfertigung hinfällig, da die Dokumente aus exakt denselben (technischen) Daten bestehen.

### 6.7 Ausfertigung («*expédition*» / «*copia autentica*»)

Definition:

*Die Ausfertigung ist eine öffentliche Urkunde und enthält eine genaue Wiedergabe des Inhalts oder einen Teil des Inhalts des Originals der öffentlichen Urkunde.*

Eine Ausfertigung ist eine öffentliche Urkunde (Feststellungsurkunde) und enthält die genaue Wiedergabe des Inhalts der originalen öffentlichen Urkunde. Rein formell gesehen, muss die Ausfertigung jedoch nicht die «exakte (Foto-)Kopie» des Originals sein. So müssen Streichungen oder Korrekturen, die im Rahmen des Hauptverfahrens am Original der öffentlichen Urkunde vorgenommen wurden, nicht wiedergegeben werden.<sup>45</sup> Im Unterschied zur beglaubigten Kopie wird bei der Ausfertigung eine Aussage über den Inhalt des Dokuments gemacht. In einer Ausfertigung wird bescheinigt, dass deren Inhalt dem entspricht, was im Zeitpunkt der Beurkundung festgehalten wurde. Bei einer beglaubigten Kopie wird dagegen bestätigt, dass die Kopie mit dem vorgewiesenen originalen Ausgangsdokument übereinstimmt.

Ausfertigungen werden im Nachverfahren errichtet. Sie vertreten das Original der Urkunde im Rechtsverkehr und können grundsätzlich nur von der Urkundsperson erstellt werden, welche die Beurkundung des Originals der öffentlichen Urkunde vorgenommen hat. Unter gewissen Umständen (z.B. aufgrund der Berufsaufgabe oder beim Stellenwechsel einer Urkundsperson [Amtsnotariat]) kann eine Ausfertigung durch eine andere Urkundsperson errichtet werden, als von derjenigen, welche das Original der öffentlichen Urkunde erstellt hat. Allerdings muss in einem solche Fall der Urkundsperson, welche die Ausfertigung erstellt, das Original der öffentlichen Urkunde zwingend vorliegen.

Gewisse Kantone sehen heute die Möglichkeit vor, Teilausfertigungen zu erstellen, wenn der Zweck dies erfordert. Auf die Tatsache, dass es sich bei einem Exemplar um eine Teilausfertigung handelt, ist jeweils hinzuweisen. Die Groupe de réflexion vertritt die Ansicht, dass die Möglichkeit der Erstellung von Teilausfertigungen auch für die Zukunft beizubehalten sei.

### 6.8 Beglaubigte Kopie («*Visa*» / «*copia certifiée conforme*» / «*autenticazione di una copia*»)<sup>46</sup>

Definition:

*Die Beglaubigung einer Kopie ist eine Bescheinigung, dass die Kopie mit dem vorgewiesenen originalen Ausgangsdokument übereinstimmt.*

<sup>45</sup> MARTI, S. 154; MOOSER, N. 510.

<sup>46</sup> Vgl. dazu auch Ziff. 6.9.4.

Gegenstand der Beurkundung ist die Übereinstimmung einer Kopie mit einem vorgewiesenen Dokument, jedoch nicht der Inhalt des Dokuments an sich. Die Urkundsperson bezeugt bei der Beglaubigung einer Kopie lediglich, dass diese mit dem vorgewiesenen Dokument übereinstimmt.<sup>47</sup>

Die Beglaubigung wird einem anderen Dokument (der Kopie) nachgetragen und mit diesem verbunden. Das vorgewiesene Dokument muss im Original vorliegen.<sup>48</sup>

## 6.9 Beurkundungsverfahren

### 6.9.1 Allgemeines

Definition:

*Das Beurkundungsverfahren bezeichnet die Gesamtheit der Verfahrensvorschriften des Bundesrechts und des kantonalen Rechts, welche die Errichtung einer öffentlichen Urkunde durch eine Urkundsperson zum Gegenstand haben.*

Unter dem Begriff «Beurkundungsverfahren» ist das zu befolgende Verfahren zu verstehen, welches im Ergebnis zu einer öffentlichen Urkunde führt.<sup>49</sup> Mit anderen Worten bezeichnet das Beurkundungsverfahren «die Gesamtheit der Vorschriften, welche die Herstellung einer öffentlichen Urkunde regeln».<sup>50</sup> Im Bundesrecht finden sich heute nur für wenige Fälle (Rechtsgeschäfte) besondere Vorschriften für das konkrete Beurkundungsverfahren. Gemäss Artikel 55 Absatz 1 SchIT ZGB bestimmen die Kantone in allen anderen Beurkundungsfällen, wie auf ihrem Gebiet das Beurkundungsverfahren ausgestaltet ist.

Allerdings ist heute anerkannt, dass es bestimmte bundesrechtliche Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung gibt, an die sich die Kantone bei der Ausgestaltung des Beurkundungsrechts oder des Beurkundungsverfahrens halten müssen.<sup>51</sup>

### 6.9.2 Einteilung der Beurkundungsverfahren

Es gibt heute in den einzelnen Kantonen nicht ein einziges Beurkundungsverfahren, sondern eine Mehrzahl davon. Beurkundungsverfahren lassen sich aufgrund folgender Gesichtspunkte unterscheiden:

- Rechtliche Grundlagen: Hierbei ist zwischen den kantonalrechtlichen Beurkundungsverfahren und den bundesrechtlichen Verfahren zu unterscheiden. Grundsätzlich sind die Beurkundungsverfahren im kantonalen Recht geregelt.<sup>52</sup> Für die Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen, von Schenkungen von Todes wegen, von Wechselprotesten und von Verpfändungsverträgen bestehen jedoch bundesrechtliche Vorschriften im ZGB und im OR.<sup>53</sup>
- Fähigkeiten der Urkundsparteien: Unter Umständen muss aufgrund der Fähigkeiten der Urkundsparteien ein anderes Beurkundungsverfahren gewählt werden. Dies kann bspw. der Fall sein, wenn eine Urkundspartei nicht in der Lage ist, die Urkunde selber zu lesen oder wenn sie die Urkundssprache nicht kennt.<sup>54</sup>

<sup>47</sup> BRÜCKNER, N. 3388; MOOSER, N. 731.

<sup>48</sup> BRÜCKNER, N. 3389; JEANDIN, S. 228; MOOSER, N. 732.

<sup>49</sup> BRÜCKNER, N. 141.

<sup>50</sup> MOOSER, N. 579; WOLF, Notariatspraxis, S. 28.

<sup>51</sup> BRÜCKNER, N. 8 ff.; WOLF/PFEUTI/MINNIG, S. 3 f.; Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Änderung betreffend öffentliche Beurkundung), Erläuternder Bericht mit Vorentwurf, 2012, S. 3 ff.

<sup>52</sup> MOOSER, N. 580; RUF, N. 1290; WOLF, Notariatspraxis, S. 30.

<sup>53</sup> Artikel 499 ff. ZGB über die öffentliche (notarielle) letztwillige Verfügung und Artikel 512 Absatz 1 ZGB zum Erbvertrag sowie Artikel 245 Absatz 2 OR zur Schenkung von Todes wegen, Artikel 522 Absatz 1 OR zum Verpfändungsvertrag und Artikel 1034 ff. OR zum Wechselprotest.

<sup>54</sup> NUSSBAUM, S. 68; RUF, N. 1290; WOLF, Notariatspraxis, S. 30 f.

- **Beurkundungsgegenstand:** Je nachdem, was Gegenstand der öffentlichen Beurkundung ist, können unterschiedliche Beurkundungsverfahren zur Anwendung kommen.<sup>55</sup>

### 6.9.3 Einteilung der Beurkundungsverfahren nach dem Gegenstand der Beurkundung

Definition (Einteilung):

*Bei den öffentlichen Beurkundungen wird zwischen Willenserklärungen und Sachbeurkundungen unterschieden.*

Je nach Gegenstand der Beurkundung werden die Beurkundungsverfahren in der Lehre in verschiedene «Kategorien» eingeteilt. Allerdings bestehen unterschiedliche, nicht übereinstimmende Lehrmeinungen betreffend diese Einteilung / Kategorisierung respektive der Frage, welcher Beurkundungsgegenstand nun welcher Kategorie zuzuordnen ist.

KUNZ<sup>56</sup> unterteilt die Beurkundungsverfahren in zwei Kategorien: in das «normale Verurkundungsverfahren» und in «spezielle Verurkundungsfälle». Unter dem Begriff der «normalen Verurkundungsverfahren» subsumiert KUNZ die Rechtsgeschäfte, für welche im Bundeszivilrecht die Form der öffentlichen Beurkundung vorgeschrieben ist. Den «speziellen Verurkundungsfällen» sind gemäss KUNZ die Beglaubigungen, Abschriftsbeglaubigungen, Feststellungen, Inventaraufnahmen und Versteigerungen zuzuordnen. Hinsichtlich des Beurkundungsverfahrens für die «speziellen Verurkundungsfälle» hält KUNZ fest, dass es sich hierbei nicht um Spezialverfahren handelt, sondern dass das allgemeine Verfahren lediglich modifiziert wird.

MARTI<sup>57</sup> unterscheidet betreffend Gegenstand der Beurkundung zwischen *Willenserklärungen*, *Wissenserklärungen* sowie *Vorgängen und Zuständen*:

- *Rechtsgeschäfte / Willenserklärungen*

Gegenstand einer Willenserklärung ist ein Rechtsgeschäft. Im Rahmen des Hauptverfahrens müssen die Urkundsparteien den materiellen Inhalt der Urkunde genehmigen.

- *Wissenserklärungen*

Im Rahmen von Wissenserklärungen erklärt die Urkundspartei der Urkundsperson, dass bestimmte Tatsachen bestehen oder nicht bestehen. Die Beurkundung einer Wissenserklärung erfolgt in der Regel im gleichen Beurkundungsverfahren wie diejenige von Vorgängen und Zuständen.

- *Vorgänge und Zustände*

Die Urkundsperson beurkundet das Bestehen gewisser Zustände oder den konkreten Ablauf von Vorgängen. Die Zustände oder Vorgänge muss die Urkundsperson selber wahrnehmen. Bei der Beurkundung von Vorgängen oder Zuständen ist die Mitwirkung der Urkundsparteien im Hauptverfahren nicht notwendig.

RUF<sup>58</sup> wie auch WOLF<sup>59</sup> unterscheiden hinsichtlich des Beurkundungsgegenstands primär zwischen den *Willenserklärungen* und den *Sachbeurkundungen* (Vorgänge und Zustände). Bei

<sup>55</sup> JEANDIN, S. 170; RUF, N. 1290; WOLF, Notariatspraxis, S. 30.

<sup>56</sup> KUNZ, S. 28 ff.

<sup>57</sup> MARTI, S. 25 ff.

<sup>58</sup> RUF, N. 1280 ff.

<sup>59</sup> WOLF, Notariatspraxis, S. 32.

Willenserklärungen ist die Mitwirkung der Urkundspartei im Hauptverfahren erforderlich, bei Sachbeurkundungen dagegen nicht.

MOOSER<sup>60</sup> und JEANDIN<sup>61</sup> teilen die Beurkundungsverfahren ebenfalls ein in «*actes de déclaration*» (Willenserklärungsbeurkundungen) und «*actes de constatation*» (Sachbeurkundungen oder Feststellungsbeurkundungen).

Auch BRÜCKNER<sup>62</sup> macht hinsichtlich des Beurkundungsgegenstands die Unterscheidung zwischen *Willenserklärungen* und *Sachbeurkundungen*. Die Sachbeurkundungen unterteilt BRÜCKNER weiter in die folgenden Kategorien: *Vorgänge*, *bestehende Tatsachen* und *Vermerkbeurkundungen* (Beglaubigungen).

In der Groupe de réflexion war unbestritten, dass die Unterscheidung hinsichtlich des Beurkundungsgegenstands für die Erarbeitung der Leitsätze relevant ist. Allerdings zeigte sich im Rahmen der Diskussionen, dass auch in der Groupe de réflexion unterschiedliche Meinungen bezüglich der Einteilung / Kategorisierung der Beurkundungsverfahren bestehen. Einigkeit herrscht in Bezug darauf, dass zwischen Willenserklärungen und Sachbeurkundungen zu unterscheiden sei. Umstritten war dagegen, ob zu diesen beiden genannten Kategorien noch eine weitere, dritte hinzukommen müsste: diejenige der Willenserklärungen respektive diejenige der Erklärungen zu Protokoll. Im Verlaufe der Gespräche zeigte sich, dass eine Mehrheit der Mitglieder der Groupe de réflexion eine Einteilung der Beurkundungsverfahren in «*Willenserklärungen*» und «*Sachbeurkundungen*» befürwortet. Entsprechend dieser durch die Groupe de réflexion gewählten Einteilung wurde bei den einzelnen Leitsätzen jeweils geprüft, ob eine Differenzierung hinsichtlich «*Willenserklärungen*» und «*Sachbeurkundungen*» notwendig ist.<sup>63</sup>

In Zusammenhang mit der Einteilung der Beurkundungsverfahren wurde die Frage aufgeworfen, ob eine Liste mit der Zuteilung der einzelnen Beurkundungsgegenstände zu der jeweiligen Kategorie («*Willensbeurkundung*» oder «*Sachbeurkundung*») sinnvoll wäre. Ein Teil der Mitglieder der Groupe de réflexion unterstützte dieses Anliegen mit der Begründung, dass bei gewissen Beurkundungsgegenständen die Zuordnung zu einer Kategorie nicht unumstritten sei und mit einer Liste diesbezüglich Klarheit geschaffen werden könnte. Dagegen wurde vorgebracht, dass eine solche Aufstellung immer mit der Gefahr verbunden sei, dass diese nicht vollständig sei. Im Ergebnis wurde auf die Erstellung einer solchen Liste verzichtet.

Im vorliegenden Bericht bilden «*Willenserklärungen*» den Gegenstand der öffentlichen Beurkundung, wenn der Wille oder das Wissen der Urkundsparteien wiedergegeben wird, also die Errichtung öffentlicher Urkunden mittels derer die Urkundsparteien ihren Willen und ihr Wissen «*erklären*». Unter dem Begriff der «*Sachbeurkundungen*» werden demgegenüber öffentliche Urkunden zusammengefasst, deren Gegenstand Feststellungen der Urkundsperson bilden. Es ist durchaus möglich, dass eine öffentliche Urkunde sowohl Willens- und Willenserklärungen der Urkundsparteien wie auch Feststellungen der Urkundsperson enthält.

#### 6.9.4 Beglaubigungen («*légalisations*» / «*autenticazioni*»)

Definition:

*Die Beglaubigung stellt einen speziellen Fall der Sachbeurkundungen dar.*

Bei der Beglaubigung handelt es sich um eine spezielle Untergruppe der Sachbeurkundungen.<sup>64</sup> Eine Beglaubigung begründet keine privatrechtlichen Rechte oder Pflichten<sup>65</sup> und nimmt

<sup>60</sup> MOOSER, N 434 ff.

<sup>61</sup> JEANDIN, S. 170 f.

<sup>62</sup> BRÜCKNER, Notariatspraxis, S. 66 ff.

<sup>63</sup> vgl. dazu Ziff. 7.1.

<sup>64</sup> BRÜCKNER, N. 3220.

<sup>65</sup> GULDENER, S. 3.

keinen Bezug zum Inhalt des Dokuments an sich.<sup>66</sup> So entfällt die Belehrungs- oder Beratungspflicht der Urkundsperson hinsichtlich des Inhalts.<sup>67</sup>

Beglaubigungen sind keine selbstständigen öffentlichen Urkunden. Sie werden auf dem Dokument angebracht, auf das sie sich beziehen oder sind mit diesem Dokument so zu verbinden, dass der Zusammenhang erkennbar bleibt.<sup>68</sup> Das Original der öffentlichen Urkunde bleibt nicht in der Verwahrung der Urkundsperson, sondern wird der nachfragenden Person ausgehändigt.

Die heutigen kantonalen Regelungen kennen verschiedene Objekte, die Gegenstand von Beglaubigungen sein können. Folgende Arten von Beglaubigungen sind dabei am häufigsten anzutreffen: Beglaubigungen von Kopien, Beglaubigungen von Unterschriften und Beglaubigungen von Daten.

Die Beglaubigung eines Datums dient dazu, den Nachweis zu erbringen, dass ein Dokument zu einem entsprechenden Zeitpunkt existierte.<sup>69</sup> Bei der Beglaubigung einer Kopie wird bezeugt, dass diese mit dem vorgewiesenen originalen Dokument übereinstimmt.<sup>70</sup> Gegenstand von Unterschriftsbeglaubigungen ist die Feststellung, dass eine Unterschrift von einer bestimmten Person bzw. einer von ihr dazu bevollmächtigten Person (sog. Beglaubigungsvollmacht) angebracht wurde. Für die Feststellung der Herkunft der Unterschrift durch die Urkundsperson bestehen heute unterschiedliche kantonale Regelungen. Es können dabei im Grundsatz die folgenden drei Varianten unterschieden werden: Die Person leistet die Unterschrift persönlich vor der Urkundsperson, es liegt der Urkundsperson ein offizielles Dokument (z.B. Pass oder Identitätskarte) vor, mittels dessen ein Abgleich der Unterschrift möglich ist oder die auf einem Dokument bereits angebrachte Unterschrift wird von der unterschriftsleistenden Person als ihre eigene anerkannt. Ob für die Ermittlung der Herkunft der Unterschrift das persönliche Erscheinen der unterzeichnenden Person vor der Urkundsperson zwingend notwendig ist, wurde in der Groupe de réflexion diskutiert. In Anbetracht der Tatsache, dass dieses Vorgehen sehr aufwendig und in der Praxis manchmal schwer umsetzbar ist, war die Mehrheit der Mitglieder der Groupe de réflexion der Meinung, dass ein persönliches Erscheinen nicht zwingend vorgeschrieben sein sollte. Im Ergebnis sprach sich die Groupe de réflexion dafür aus, dass für die Regelungen in Bezug auf die Feststellung der Herkunft der Unterschrift weiterhin die Kantone zuständig sein sollten.

In Zusammenhang mit der Beglaubigung von Unterschriften wurde diskutiert, ob es sich um eine Fernbeurkundung handelt, wenn die unterschriftsleistende Person bei der Urkundsperson nicht persönlich vorstellig wird. Die Mitglieder der Groupe de réflexion waren diesbezüglich geteilter Meinung.<sup>71</sup>

Verfahrenstechnisch unterscheiden sich die Beglaubigungen stark von anderen Sachbeurkundungen, auch wenn sie eine eigentliche Untergruppe derselben bilden. Bei den einzelnen Leitsätzen ist daher jeweils darauf einzugehen, inwiefern eine Anwendung derselben auf das Beglaubigungsverfahren sinnvoll scheint oder ob eine spezifische Anpassung vorgenommen werden muss.<sup>72</sup>

---

<sup>66</sup> JEANDIN, S. 223.

<sup>67</sup> MARTI, S. 131.

<sup>68</sup> MARTI, S. 131.

<sup>69</sup> BRÜCKNER, N. 3443.

<sup>70</sup> Vgl. dazu auch Ziff. 6.8.

<sup>71</sup> Zum Begriff der «Fernbeurkundung» vgl. Ziff. 7.5.4.10.

<sup>72</sup> vgl. dazu Ziff. 7.1.

## 6.10 Verfahrensabschnitte

Definition:

*Das Beurkundungsverfahren umfasst folgende Verfahrensabschnitte:*

- *Beurkundungsbegehren (Rogation),*
- *Prüfungsverfahren,*
- *Vorbereitungsverfahren,*
- *Hauptverfahren,*
- *Nachverfahren.*

Rechtliche Verfahren gliedern sich üblicherweise in bestimmte Verfahrensabschnitte. Auch im Beurkundungsverfahren werden verschiedene Verfahrensstadien unterschieden. In der Lehre wurde im Beurkundungsrecht zu Beginn lediglich zwischen zwei (Vorverfahren und Hauptverfahren) respektive drei Verfahrensabschnitten (Vorverfahren, Hauptverfahren und Nachverfahren) unterschieden. Es folgte eine Weiterentwicklung dieser verfahrensrechtlichen Terminologie zu den fünf folgenden Verfahrensabschnitten: das Beurkundungsbegehren (die Rogation), das Prüfungsverfahren, das Vorbereitungsverfahren, das Hauptverfahren und das Nachverfahren.<sup>73</sup>

Die Reihenfolge der Verfahrensstadien ist – wie auch in anderen rechtlichen Verfahren – grundsätzlich nicht umkehrbar,<sup>74</sup> ausser beim Hauptverfahren sind die Übergänge zwischen den Verfahrensstadien allerdings fließend.

Die Einteilung des Beurkundungsverfahrens in die fünf vorstehend beschriebenen Verfahrensabschnitte wurde in der Groupe de réflexion nicht in Frage gestellt. Die Gliederung der Leitsätze zum eigentlichen Beurkundungsverfahren folgt denn auch – nach einem allgemeinen Teil – diesen Verfahrensabschnitten.

Die Verfahrensabschnitte gemäss der vorliegenden Definition finden sich grundsätzlich sowohl bei Willenserklärungen, Sachbeurkundungen und auch bei den Beglaubigungen.

## 6.11 Siegel der Urkundsperson (Berufssiegel)

Definition:

*Das Siegel enthält Schrift, Wappen oder Bild, wird auf Zirkulationsurkunden angebracht und dient der Identifizierung einer Urkundsperson.*

Dem Berufssiegel der Urkundsperson kommt Rechtsverkehrsfunktion zu, indem es die zweifelsfreie Identifikation der Urkundsperson erlaubt und das Risiko von Fälschungen öffentlicher Urkunden begrenzt. Es dient damit der Verkehrssicherheit öffentlicher Urkunden.

Eine namhafte Anzahl der Kantone verlangt die Verwendung des Berufssiegels bei der Herstellung und Inverkehrsetzung von öffentlichen Urkunden. Teilweise wird für das «Siegel» auch der Ausdruck «Stempel» verwendet. Werden öffentliche Urkunden in Verkehr gesetzt, ist von sog. Zirkulationsurkunden die Rede. Es handelt sich um öffentliche Urkunden, die nicht im Gewahrsam der Urkundsperson verbleiben und die mit ihrer Aushändigung in das sachenrechtliche Eigentum jener sachbeteiligten Person(en) übergehen, für welche das betreffende Dokument bestimmt ist.<sup>75</sup>

<sup>73</sup> Eine ausführliche Darstellung der Entwicklung der Lehre in diesem Bereich findet sich bei BRÜCKNER, N. 144 ff.

<sup>74</sup> MARTI, S. 19.

<sup>75</sup> BRÜCKNER, N. 230.

Gemäss der vorstehenden Definition haben die Urkundspersonen zwingend über ein Siegel zu verfügen. Die Gestaltung wie auch die Vergabe desselben ist jedoch klar Aufgabe der Kantone.

## 6.12 Schlussverbal (Beurkundungsvermerk)

Definition:

*Das Schlussverbal bildet den Abschluss der öffentlichen Urkunde. In ihm hält die Urkundsperson den Ablauf des durchgeführten Hauptverfahrens fest.*

In vielen kantonalen Regelungen ist als Abschluss der öffentlichen Urkunde ein sogenanntes Schlussverbal (Beurkundungsvermerk) vorgeschrieben.<sup>76</sup> Zusammen mit dem Ingress enthält das Schlussverbal eine Aufzeichnung des eigentlichen Beurkundungsverfahrens.<sup>77</sup> Es handelt sich also um eine Feststellung eines Sachverhalts, nämlich den Ablauf des Hauptverfahrens.<sup>78</sup> Bei Willenserklärungen sollte aus dem Schlussverbal bspw. hervorgehen, dass die öffentliche Urkunde in Anwesenheit der Urkundsperson von den Urkundsparteien zur Kenntnis genommen, genehmigt und unterzeichnet worden ist.<sup>79</sup> Die Art der Kenntnisnahme (stille Selbstlesung oder Vorlesung durch die Urkundsperson) muss dabei aus dem Schlussverbal ersichtlich sein.<sup>80</sup>

In der Groupe de réflexion wurde diskutiert, ob eine Definition zum Schlussverbal aufzunehmen sei und / oder ob ein Leitsatz dazu verfasst werden sollte. Die diesbezüglichen Meinungen waren nicht übereinstimmend. Ein Teil der Mitglieder der Groupe de réflexion sprach sich dafür aus, dass die Aufnahme einer Definition zweckmässig sei, da bei verschiedenen Leitsätzen auf das Schlussverbal eingegangen oder verwiesen wird. Allerdings sollte die Definition des Schlussverbals sich nicht zu dessen Inhalt äussern. Andere Mitglieder wiederum erachteten eine Definition nicht als zwingend notwendig und sprachen sich dafür aus, einen Leitsatz zu verfassen. Im Ergebnis wurde festgehalten, dass sowohl eine Definition wie auch ein Leitsatz<sup>81</sup> zum Schlussverbal zu verfassen sei.

<sup>76</sup> SCHMID JÖRG, S. 52. Vgl. bspw: BE: Art. 34 Abs. 1 Bst. c NO-BE; FR: Art. 49 Abs. 1 Bst. g und h NG-FR.

<sup>77</sup> BRÜCKNER, N. 2215 und 2217.

<sup>78</sup> MOOSER, N. 557.

<sup>79</sup> BRÜCKNER, N. 2217.

<sup>80</sup> BRÜCKNER, N. 2218.

<sup>81</sup> Vgl. Ziff. 7.5.4.14.

## 7 Leitsätze

### 7.1 Allgemeines

In den nachfolgenden Kapiteln finden sich die Leitsätze, welche im Rahmen der Arbeiten der Groupe de réflexion verfasst wurden. Teilweise war es nicht möglich, dass sich die Mitglieder auf die Formulierung eines Leitsatzes einigen konnten. Dies aus unterschiedlichen Gründen: Einerseits wurde bei gewissen Themen die Meinung vertreten, dass mit einem Leitsatz in diesem konkreten Bereich in die Organisationsfreiheit der Kantone eingegriffen werde. Andererseits konnte bei einigen Regelungsbereichen keine Einigung hinsichtlich des Inhalts des Leitsatzes erzielt werden.

Ein zentrales Thema bei den Arbeiten war die Frage, inwiefern die Unterscheidung der Beurkundungsverfahren nach dem Beurkundungsgegenstand für die Erarbeitung der Leitsätze von Bedeutung ist.

Der Aussage, dass die verschiedenen Beurkundungsverfahren grundsätzlich gleich oder zumindest in ähnlichen Zügen ablaufen, konnte sich eine Mehrheit der Groupe de réflexion anschliessen.<sup>82</sup> Wesentliche Unterschiede seien lediglich im Hauptverfahren festzustellen. So ist bei den Willenserklärungen die Mitwirkung der beteiligten Urkundsparteien unerlässlich, während diese bei den Sachbeurkundungen entbehrlich ist.<sup>83</sup>

Ebenfalls vertreten wurde in der Groupe de réflexion aber auch die Ansicht, dass man eine klare Trennung zwischen der Beurkundung von Willenserklärungen und Sachbeurkundungen zu machen habe. Als Argument wurde vorgebracht, dass es viele kantonale Regelungen betreffend Sachbeurkundungen gäbe, welche zu überblicken schwierig sei. Noch schwieriger sei es zudem, Leitsätze zu entwickeln, die alle diese «Beurkundungsgegenstände» abdecken würden. Daher seien in einem ersten Schritt Leitsätze für «Willenserklärungen» zu verfassen. Danach könne man sich mit möglichen Leitsätzen für «Sachbeurkundungen» befassen.

Als Kompromisslösung einigte man sich darauf, Leitsätze auszuarbeiten, die im Grundsatz unabhängig vom «Beurkundungsgegenstand» zur Anwendung gelangen können. Bei Themen, wo dies nicht möglich ist, wurde eine Unterscheidung betreffend «Willenserklärungen» und «Sachbeurkundungen» getroffen und entsprechende spezifische Formulierungen gewählt. Die Beglaubigungen, welche eine Untergruppe der Sachbeurkundungen bilden, unterscheiden sich verfahrenstechnisch stark von anderen Sachbeurkundungen. Bei den einzelnen Leitsätzen ist daher jeweils darauf einzugehen, inwiefern deren Anwendung auf das Beglaubigungsverfahren sinnvoll scheint oder ob eine spezifische Anpassung vorgenommen werden muss.

Auch thematisiert wurde die Frage nach dem Detaillierungsgrad der Leitsätze. Hierzu wurde festgehalten, dass es nicht Auftrag der Groupe de réflexion sei, Gesetzesbestimmungen zu formulieren. Die Leitsätze seien daher allgemeiner zu halten, gleichzeitig gelte es aber zu vermeiden, «inhaltslose» Formulierungen zu wählen.

Die Groupe de réflexion befasste sich bei der Erarbeitung der einzelnen Leitsätze immer auch mit den möglichen Folgen bei einer Nichteinhaltung derselben. Die diesbezüglichen Ergebnisse finden sich zusammengefasst in Ziffer 7.6 des vorliegenden Berichts.

### 7.2 Mindestanforderungen des Bundesrechts

Auch wenn der Bundesgesetzgeber heute die Verfahrensordnung den Kantonen überlässt, so existieren doch anerkanntermassen gewisse bundesrechtliche Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung. Mit anderen Worten existieren von Bundesrechts wegen bestimmte

---

<sup>82</sup> So auch: WOLF, Notariatspraxis, S. 33.

<sup>83</sup> MARTI, S. 28.

Modalitäten, die bei der einzelnen Beurkundung zwingend einzuhalten sind, damit eine öffentliche Urkunde entsteht.<sup>84</sup> Das Bundesgericht hat im Jahre 1964 in einem Urteil zum ersten Mal das Bestehen solcher Mindestanforderungen anerkannt.<sup>85</sup> In Bezug auf solche «bundesrechtlichen» Verfahrensregeln gilt es, im Rahmen des heute geltenden Rechts zu unterscheiden zwischen denjenigen, die ihre Grundlage in den verfassungsrechtlichen Bestimmungen haben, und denjenigen, welche sich aus den bundesrechtlichen Regelungen auf Gesetzesstufe ergeben.<sup>86</sup> Bei den auf dem Bundesrecht basierenden Mindestanforderungen muss zudem differenziert werden zwischen denjenigen, die vom Bundesgericht und denjenigen, die von der Lehre anerkannt sind.

Zu den Mindestanforderungen, die sich aus der Bundesverfassung ergeben, gehören:

- die Urkundspflicht (Art. 29 und 30 BV);
- die Unparteilichkeit (Art. 29 und 30 BV);
- die Ablehnungspflicht (Art. 29 und 30 BV).

Zu den Mindestanforderungen, die sich aus dem Bundesrecht ergeben und vom Bundesgericht anerkannt sind, gehören:

- die Identifizierung der Vertragsparteien und ihrer Vertreter;<sup>87</sup>
- die Rechtsbelehrungspflicht;<sup>88</sup>
- die Wahrheitspflicht.<sup>89</sup>

Zu den Mindestanforderungen, die sich aus dem Bundesrecht ergeben, gehören gemäss der Lehre:

- die ausreichende Ausbildung der Urkundsperson / Fachwissen;<sup>90</sup>
- die Berufszulassung;<sup>91</sup>
- die sachliche und örtliche Zuständigkeit;<sup>92</sup>
- die Interessenwahrungspflicht;<sup>93</sup>
- die Ausstandspflichten;<sup>94</sup>
- der Beurkundungsvorgang mit der Einheit des Aktes (bezogen auf die Willenserklärungen);<sup>95</sup>
- die Unterschrift der Urkundsperson auf der öffentlichen Urkunde zum Abschluss des Hauptverfahrens.<sup>96</sup>

In Anbetracht des Mandats der Groupe de réflexion ist es naheliegend, dass die vorstehend genannten – bisher erkannten – Mindestanforderungen diskutiert wurden. Die Mitglieder der Groupe de réflexion waren sich einig, dass diejenigen Mindestanforderungen, die sich direkt

---

<sup>84</sup> BRÜCKNER, N. 7.

<sup>85</sup> BGE 90 II 274, 280 f.

<sup>86</sup> PIOTET, S. 19 f.

<sup>87</sup> BGE 112 II 330, 332 f.

<sup>88</sup> BGE 90 II 274, 284.

<sup>89</sup> BGE 90 II 274; HUBER, S. 239 f.; MARTI, S. 61 f.

<sup>90</sup> KNB-WOLF, N. 18 zu Art. 1; MOOSER, N. 62.

<sup>91</sup> MOOSER, N. 680.

<sup>92</sup> MOOSER, N. 680.

<sup>93</sup> MARTI, S. 62; MOOSER, N. 241.

<sup>94</sup> BSK-SCHMID, N. 31 zu Art. 55 SchIT ZGB.

<sup>95</sup> HUBER, S. 248 ff.

<sup>96</sup> BRÜCKNER, N. 1260; MOOSER, N. 558 und N. 656.

aus der Bundesverfassung ergeben, den Ausgangspunkt und auch den Referenzrahmen für die Ausarbeitung der Leitsätze bilden. Diejenigen Mindestanforderungen, die sich gemäss Bundesgericht und gemäss Lehre aus dem Bundesrecht ergeben, sollen dagegen als Leitfa-  
den dienen, sind aber nicht zwingend bindend.

### 7.3 Amt und Zuständigkeit der Urkundsperson

#### 7.3.1 Öffentliches Amt

Leitsatz:

*Im Rahmen ihrer Zuständigkeit für die öffentliche Beurkundung sind Urkundspersonen Träger eines öffentlichen Amtes.*

Das Verfahren der öffentlichen Beurkundung ist Teil der freiwilligen, nicht streitigen Gerichtsbarkeit.<sup>97</sup> Durch die ihnen verliehene Beurkundungsbefugnis sind Urkundspersonen Träger einer hoheitlichen (staatlichen) Funktion.<sup>98</sup> Ob die Urkundspersonen freiberuflich (freies oder lateinisches Notariat) oder als Angestellte des Staates (Amtsnotariat) tätig sind, spielt hierbei keine Rolle.<sup>99</sup> Das Rechtsverhältnis zwischen der Urkundsperson und den Verfahrensbeteiligten ist ein öffentlich-rechtliches.<sup>100</sup>

In einigen Kantonen wird in den rechtlichen Bestimmungen zur öffentlichen Beurkundung explizit festgehalten, dass die Urkundspersonen ein öffentliches Amt ausüben und / oder dass sie Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind.<sup>101</sup>

In der Groupe de réflexion war unbestritten, dass die Urkundspersonen Träger eines öffentlichen Amtes sind. Eine Klarstellung dieser Tatsache in Form eines Leitsatzes wurde daher begrüsst. Die vorstehende Formulierung des Leitsatzes war von Beginn an unbestritten und wurde nicht überarbeitet. Eine Unterscheidung hinsichtlich der Beurkundungsverfahren ist nicht notwendig. Auch eine Person, die in einem Kanton lediglich über die sachliche Zuständigkeit für die Vornahme von Beglaubigungen verfügt, übt im Rahmen dieser Tätigkeit ein öffentliches Amt aus.

#### 7.3.2 Berufszulassungsvoraussetzungen / Beurkundungsbefugnis

##### 7.3.2.1 Allgemeines

Kein Leitsatz.

Die Kantone regeln heute die Zulassung der Urkundspersonen zur Berufsausübung.<sup>102</sup> So kann eine Urkundsperson ihre Tätigkeit nur ausüben, wenn sie über die entsprechende kantonale Beurkundungsbefugnis verfügt. Je nach Kanton wird diese «Beurkundungsbefugnis» unterschiedlich bezeichnet. Eine Urkundsperson kann nur auf dem Gebiet desjenigen Kantons amtlich tätig sein, von dem sie eine Beurkundungsbefugnis erhalten hat. Ob eine Urkundsperson auf dem Gebiet eines anderen Kantons tätig sein kann, ist eine Frage der Anerkennung der ausserkantonalen Beurkundungsbefugnis.<sup>103</sup>

<sup>97</sup> BGE 128 I 280, 281; BRÜCKNER, N. 481; CARLEN, S. 35; GULDENER, S. 9; MARTI, S. 19; RUF, N. 232 ff.

<sup>98</sup> BGE 133 I 259, 261; BGE 128 I 280, 281; RUF, N. 285.

<sup>99</sup> BGE 128 I 280, 281.

<sup>100</sup> BRÜCKNER, N. 481; MARTI, S. 18.

<sup>101</sup> Vgl. z.B. FR: Art. 1 NG-FR; JU: Art. 1 LN-JU; UR: Art. 1 NV-UR.

<sup>102</sup> BRÜCKNER, N. 3448.

<sup>103</sup> Vgl. dazu auch Ziff. 7.3.3.

Die Erteilung der Beurkundungsbefugnis machen die Kantone von verschiedenen (persönlichen) Voraussetzungen abhängig.<sup>104</sup> Solche Voraussetzungen können sein:

- Schweizer Bürgerrecht;
- Wohnsitz im Kanton / in der Schweiz;
- Handlungsfähigkeit;
- guter Leumund;
- geordnete finanzielle Verhältnisse;
- Ausbildung (Studium, Praktikum, berufliche Erfahrung);
- Ablegen einer Prüfung;
- Abwesenheit von Unvereinbarkeitsgründen;
- etc.

In einem ersten Schritt wurde vorgesehen, dass ein Leitsatz zu den Berufszulassungsvoraussetzungen verfasst werden soll, da es sich hierbei um ein zentrales Thema im Bereich der öffentlichen Beurkundung handelt. So bildet bspw. gerade die ausreichende Ausbildung einer Urkundsperson respektive deren Fachwissen gemäss der Lehre eine sich aus dem Bundesrecht ergebende Mindestanforderung an die öffentliche Beurkundung.<sup>105</sup>

Es wurde ein Vorschlag für einen Leitsatz erarbeitet, der gewisse «Mindest-Voraussetzungen» für die Berufszulassungsvoraussetzungen statuierte. Bei dieser vorgeschlagenen Lösung hätten die Kantone die Möglichkeit, weitere Voraussetzungen vorzuschreiben. Sprach sich ein Teil der Mitglieder der Groupe de réflexion bei der Besprechung dieses ersten Vorschlags grundsätzlich gegen eine Regelung der Voraussetzungen der Berufszulassungsvoraussetzungen aus, so forderten andere Mitwirkende eine abschliessende Ordnung. Hinsichtlich der «Mindest-Voraussetzungen» wurde vorgebracht, dass eine solche Regelung für die «Qualität» der öffentlichen Beurkundung nicht förderlich sei. So bestünden heute in den meisten Kantonen bereits Voraussetzungen, die um einiges weitergingen als die im Vorschlag enthaltenen. Es wurde zudem darauf hingewiesen, dass gerade die Berufszulassungsvoraussetzungen eng mit den jeweiligen kantonalen Organisationsformen verbunden seien und eine Regelung daher ein unangemessener Eingriff in dieselben sei. Insbesondere der Punkt der «Ausbildung» war dabei ein zentrales Diskussionsthema.<sup>106</sup> Auch die Abänderung der einzelnen Voraussetzungen führte nicht zu einer Einigung in der Groupe de réflexion.

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass betreffend Voraussetzungen für die Tätigkeit als Urkundsperson in der Groupe de réflexion kein mehrheitsfähiger Leitsatz erarbeitet werden konnte. Allerdings waren sich die Mitglieder der Groupe de réflexion einig, dass eine fehlende Beurkundungsbefugnis zu der Nicht-Entstehung einer öffentlichen Urkunde führt.<sup>107</sup>

Für die Berufszulassungsvoraussetzungen bei europäischen Urkundspersonen massgebend sind das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA; SR 0.142.112.681) und (im Rahmen von Dienstleistungen bis 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr) das Bundesgesetz über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen (BGMD; SR 935.01) sowie die dazugehörige Verordnung über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen

---

<sup>104</sup> JEANDIN, S. 33.

<sup>105</sup> Vgl. Ziff. 7.2.

<sup>106</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.3.2.4.

<sup>107</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.6.

(VMD; SR 935.011). Das FZA und das BGMD ermöglichen eine inhaltliche Prüfung der Berufsqualifikationen der Urkundspersonen durch die zuständigen kantonalen Behörden. Damit können die kantonalen Behörden einerseits kontrollieren, wer auf ihrem Gebiet tätig ist, sowie Urkundspersonen abweisen, die mit dem Schweizer Recht nicht ausreichend vertraut sind und die strengen Anforderungen gemäss Schweizer Recht nicht erfüllen.<sup>108</sup>

### 7.3.2.2 Wohnsitz und Nationalität

#### *Kein Leitsatz.*

Einige Kantone sehen heute für ihre Urkundspersonen eine Wohnsitzpflicht auf dem Kantonsgebiet<sup>109</sup> oder in der Schweiz<sup>110</sup> vor. Gewisse Kantone bestimmen zudem, dass ihre Urkundspersonen über die schweizerische Staatsangehörigkeit verfügen müssen.<sup>111</sup>

Vorgeschlagen wurde in einem ersten Schritt das Verfassen eines Leitsatzes, welcher den Kantonen die Möglichkeit geben würde, Vorschriften betreffend Wohnsitz und Nationalität auch weiterhin in ihre Regelungen aufzunehmen. Allerdings führten die Diskussionen zur Entscheidung, keinen Leitsatz zu formulieren. Im Wesentlichen dazu beigetragen hat die Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshofs.

Das Bundesgericht hatte bereits zu beurteilen, ob die Wohnsitzpflicht die Niederlassungsfreiheit nach Artikel 24 Absatz 1 BV verletzt. In BGE 128 I 280 musste das Bundesgericht zu der Wohnsitzpflicht im Kanton Appenzell Innerrhoden ein Urteil fällen und hielt fest, dass eine Wohnsitzpflicht nicht mit der Begründung, dass die öffentliche Beurkundungstätigkeit eine erhöhte Präsenz oder Verfügbarkeit der Urkundsperson erfordere, gerechtfertigt werden könne. Allerdings erachtete das Bundesgericht die Wohnsitzpflicht mit Artikel 24 Absatz 1 BV vereinbar, da eine Urkundsperson eine hoheitliche Funktion wahrnimmt und diese weitgehend weisungsunabhängig ausübt. Ausgehend vom Grundgedanken, dass Staatsgewalt durch die Staatsunterworfenen ausgeübt werden soll, rechtfertigte sich eine Wohnsitzpflicht.

In einer neueren Entscheidung wurde die Wohnsitzpflicht im Kanton Graubünden vom Bundesgericht im konkreten Fall unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit jedoch als unzulässig erklärt.<sup>112</sup> Die Frage, ob eine Wohnsitzpflicht im Kanton für Urkundspersonen grundsätzlich noch gerechtfertigt ist, wurde offengelassen. Zusammengefasst kann aber festgehalten werden, dass eine Vorschrift hinsichtlich des Wohnsitzes unter dem Aspekt der Niederlassungsfreiheit nicht unproblematisch ist.

Gemäss Artikel 16 Anhang I FZA kann einem Bürger eines anderen Vertragsstaats das Recht auf die Ausübung einer Erwerbstätigkeit verweigert werden, wenn diese dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist. Da die gleichen Regelungen ebenfalls für die Staaten der Europäischen Union untereinander gelten, können Entscheide des EuGHs zur Auslegung des FZA beigezogen werden. Der EuGH hat in seinem Urteil vom 24. Mai 2011<sup>113</sup> entschieden, dass die in Deutschland geltende Regelung, dass nur Personen

<sup>108</sup> In diesem Zusammenhang ist auf die Motion Amherd 15.3728 hinzuweisen. Die genannte Motion beauftragte den Bundesrat, die Berufsgattung der Notarinnen und Notare aus der VMD (Anhang 1 Ziffer 11 VMD) zu streichen und damit die «einseitige Freizügigkeit von Notarinnen und Notaren» zu unterbinden. In seiner Stellungnahme führte der Bundesrat aus, dass eine Entfernung des Berufs der Notarin/des Notars aus der VMD nicht zur Folge hätte, dass die Notarinnen und Notare aus der EU nicht mehr der Freizügigkeit unterstehen, sondern lediglich, dass sie nicht mehr an die Meldepflicht und die vom BGMD und von der VMD vorgesehenen strengen Ausgleichsmassnahmen gebunden wären.

<sup>109</sup> AI, FR, GE, GR, JU, LU, NE, NW, OW, SZ, TI, UR, VD, VS und ZG sehen eine Wohnsitzpflicht für das Kantonsgebiet vor.

<sup>110</sup> AG, BE und BS verlangen einen Wohnsitz in der Schweiz.

<sup>111</sup> Bspw.: AG, BL, FR, GE, NE, VD.

<sup>112</sup> BGer 2C\_335/2013 E. 3.6.3 vom 11. Mai 2015. Gemäss der Ansicht von JÜRIG SCHMID (JÜRIG SCHMID, Bemerkung der Redaktion zum BGer 2C\_335/2013, ZBGR 97/2016, S. 288) scheine das Bundesgericht mit dem vorstehend zitierten Entscheid seine bisherige Einschätzung betreffend Vereinbarkeit der Wohnsitzpflicht von Beurkundungspersonen mit der Niederlassungsfreiheit aufzuweichen.

<sup>113</sup> Urteil (des Europäischen Gerichtshofs) vom 24. Mai 2011 C-54/08, Europäische Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland, Slg. 2001 I-04355.

mit Deutscher Staatsangehörigkeit zum Beruf der Urkundsperson zugelassen werden, eine unzulässige Diskriminierung sei. In seinem Entscheid führte der EuGH aus, dass es sich beim Beruf der Urkundsperson nicht um eine hoheitliche Tätigkeit handle. Entsprechend fällt der Beruf der Urkundsperson unter das FZA und somit ist das Erfordernis der lokalen Staatsangehörigkeit mit der Personenfreizügigkeit nicht vereinbar (Art. 16 Anhang I FZA). Aufgrund dieses Urteils des EuGH hat das Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation SBFI am 23. Juli 2013 ein Schreiben verfasst, welches die für die Berufszulassung zuständigen kantonalen Behörden über die Konsequenzen dieser Rechtsprechung für den Beruf der Urkundspersonen informiert.<sup>114</sup>

Das Bundesgericht hat in seiner bisherigen Rechtsprechung dagegen stets festgehalten, dass es sich beim Beruf der Urkundspersonen um eine hoheitliche Tätigkeit handle und das FZA daher nicht zur Anwendung komme.<sup>115</sup>

Im Urteil vom 9. März 2017 hat sich der EuGH mit der Frage auseinandergesetzt, ob eine in Österreich geltende Bestimmung, die Urkundspersonen die Vornahme von Beglaubigungen über die Echtheit von Unterschriften auf Urkunden vorbehält, mit der Dienstleistungsfreiheit nach Artikel 56 AEUV vereinbar ist.

Im Ergebnis bejahte der EuGH die Vereinbarkeit. Er führte aus, dass jene Bestimmung zwar eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs im Sinne von Artikel 56 AEUV darstelle, da sie die Anerkennung einer Beglaubigung durch einen in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Rechtsanwalt ausschliesse. Allerdings könne sie durch die Anliegen der Funktionsfähigkeit des Grundbuchsystems sowie der Rechtmässigkeit und Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen – die im Hinblick auf den Schutz einer ordnungsgemässen Rechtspflege als zwingende Gründe des Allgemeininteresses anzusehen seien – gerechtfertigt werden. Ferner erhalte die Urkundsperson Kenntnis vom Inhalt des fraglichen Rechtsakts und könne die Geschäftsfähigkeit des Antragstellers überprüfen, so dass es auch dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung trage, solche Tätigkeiten einer bestimmten Berufsgruppe vorzubehalten, die öffentliches Vertrauen geniesst und über die der betreffende Mitgliedstaat eine besondere Kontrolle ausübt.

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen wurde es von der Mehrheit der Mitglieder der Groupe de réflexion als problematisch erachtet, auf Bundesebene eine Regelung hinsichtlich Wohnsitz und Nationalität zu statuieren. Einige Mitglieder der Groupe de réflexion hielten zudem fest, dass auch dieser Bereich der Organisation der öffentlichen Beurkundung zuzuordnen und damit den Kantonen zur Regelung zu überlassen sei.

---

<sup>114</sup> Schreiben vom 23. Juli 2013, Inkrafttreten des BGMD, Im genannten Schreiben hat das SBFI festgehalten, dass das neue Verfahren zur Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern der EU in einem Bundesgesetz geregelt wird: Bundesgesetz vom 14. Dezember 2012 über die Meldepflicht für Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer in reglementierten Berufen und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen (BGMD, SR 935.91). Die entsprechende Verordnung enthalte eine Liste der reglementierten Berufe, für die eine vorgängige Meldung obligatorisch sei. Dazu gehöre auch der Beruf der Urkundsperson, womit den in der EU/EFTA rechtmässig niedergelassenen Berufsleuten die Möglichkeit offenstehe, unter gewissen Bedingungen ihren Beruf in der Schweiz auszuüben.

<sup>115</sup> BGE 131 II 639, 645; BGE 128 I 280, 281; BGer 2P.237/2003 E. 4 vom 29. Januar 2004. Vgl. dazu auch PFÄFFLI/LIECHTI, WEKO, S. 3.

### 7.3.2.3 Fähigkeitsprüfung

#### *Kein mehrheitsfähiger Leitsatz.*

Zusätzlich zu der geforderten Ausbildung oder aber auch unabhängig davon sehen viele Kantone<sup>116</sup> heute als Voraussetzung für die Tätigkeit als Urkundsperson eine Prüfung im «Beurkundungsrecht» vor. Ziel dieser Examen ist die Feststellung, ob die fachlichen Fähigkeiten für die Tätigkeit als Urkundsperson vorhanden sind.<sup>117</sup>

Zur Fähigkeitsprüfung konnte – wie auch zur Ausbildung – kein Leitsatz formuliert werden, der mehrheitsfähig gewesen wäre. Hinsichtlich der Gründe, die der Einigung auf einen Leitsatz entgegenstanden, kann auf die Ausführungen in der nachfolgenden Ziffer 7.3.2.4 verwiesen werden.

Nachdem im Rahmen der Diskussionen festgehalten wurde, dass keine Einigung auf einen mehrheitsfähigen Leitsatz möglich ist, brachten einige Mitglieder der Groupe de réflexion jedoch vor, dass eine ausreichende Ausbildung der Urkundsperson zu den neu zu definierenden Mindestanforderungen<sup>118</sup> des Bundesrechts gehöre und es daher inkonsequent sei, wenn in den Bereichen der Ausbildung und der Fähigkeitsprüfung aufgrund divergierender Meinungen kein Leitsatz verfasst werde. Entsprechend wurde versucht, eine Formulierung zu finden, welcher sich zumindest ein Teil der Mitglieder der Groupe de réflexion anschliessen konnte. Im Ergebnis entstand ein Leitsatz, welcher nicht in die Organisationsfreiheit der Kantone eingreift und sich sowohl auf die Fähigkeitsprüfung wie auch auf die Ausbildung bezieht (vgl. dazu auch nachfolgende Ziffer 7.3.2.4).

#### Nicht mehrheitsfähiger Leitsatz:

*Urkundspersonen verfügen über das notwendige Fachwissen, um öffentliche Beurkundungen für den jeweiligen Beurkundungsgegenstand ordnungsgemäss vornehmen zu können. Die Kantone regeln auf ihrem Gebiet die Ausbildung und allfällige Fachprüfungen zur Urkundsperson.*

### 7.3.2.4 Ausbildung / Fachliche Voraussetzungen

#### *Kein mehrheitsfähiger Leitsatz.*

Die an die Ausbildung einer Urkundsperson gestellten Voraussetzungen unterscheiden sich von Kanton zu Kanton teilweise sehr stark. In diversen Kantone wird ein abgeschlossenes Rechtsstudium verlangt.<sup>119</sup> Andere Kantone wiederum sehen den Besuch einer Fachhochschule<sup>120</sup> oder das Absolvieren bestimmter Lehrgänge an einer Hochschule oder Universität vor.<sup>121</sup> Ebenfalls eine mögliche kantonale Variante ist der Abschluss einer kaufmännischen Lehre oder Mittelschule mit zusätzlichem Teilstudium an einer schweizerischen Universität.<sup>122</sup> Teilweise wird auch nur das Bestehen einer Fähigkeitsprüfung vorausgesetzt, ohne dass zusätzlich eine bestimmte Ausbildung vorgeschrieben wird.<sup>123</sup> Fast in allen Kantonen wird für die Erteilung der Beurkundungsbefugnis jedoch verlangt, dass praktische Erfahrungen auf dem Gebiet des Beurkundungsrechts gesammelt wurden, sei dies im Rahmen eines Praktikums oder einer beruflichen Tätigkeit in diesem Bereich (z.B. auf dem Grundbuchamt). Sind in einem

<sup>116</sup> Vgl. bspw. BE: Art. 5 Abs. 2 lit. b NG-BE; NE: Art. 7 Abs. 1 lit. d LN-NE; VS: Art. 15 Abs. 1 NG-VS; ZH: § 7 NotG-ZH.

<sup>117</sup> BRÜCKNER, N. 3452.

<sup>118</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.2.

<sup>119</sup> BE, BL, BS, FR, GE, JU, NE, TI, VD und VS.

<sup>120</sup> AG: Akzeptiert wird neben dem Rechtsstudium auch ein Masterabschluss an einer Fachhochschule mit Fachrichtung Notariat.

<sup>121</sup> Bspw. LU und SG.

<sup>122</sup> ZH: § 8 Abs. 2 lit. a Ziff. 1-2 NotPV-ZH.

<sup>123</sup> UR: Art. 3 Ziff. 3 NV-UR.

Kanton die sachlichen Zuständigkeiten auf verschiedene Urkundspersonen aufgeteilt (in der Regel ist dies der Fall bei Kantonen mit gemischtem Notariat oder Amtsnotariat), so werden in der Regel auch unterschiedliche Anforderungen an die Ausbildung der einzelnen Urkundspersonen gestellt.

In der Groupe de réflexion war man sich einig darüber, dass die Urkundspersonen über eine entsprechende Ausbildung aber auch über praktische Erfahrung verfügen müssen. Beides ist für die Aufgaben der Urkundsperson – namentlich für die Formulierung der öffentlichen Urkunde wie auch für die Belehrungspflicht – unentbehrlich. Die Gespräche zeigten jedoch ebenfalls auf, wie unterschiedlich die Regelungen betreffend Ausbildung in den Kantonen sind. Diese Unterschiede sind sicherlich teilweise auf die Organisationsformen der Kantone zurückzuführen.

Die Formulierung eines Leitsatzes mit relativ detaillierten Vorgaben hinsichtlich der Ausbildung stiess bei der Mehrheit der Groupe de réflexion nicht auf Zustimmung. Zu stark würde eine solche Regelung in die Organisationsfreiheit der Kantone eingreifen. Gegen dieses Argument wurde vorgebracht, dass die Rechtsbelehrung durch die Urkundsperson ein zentraler Zweck der öffentlichen Beurkundung sei. Für eine umfassende Rechtsbelehrung sei eine Ausbildung unentbehrlich und entsprechend sei es nicht nachvollziehbar, dass gerade dieser Aspekt keine einheitliche Regelung erfahren soll.

Es wurde festgehalten, dass eine allgemeine Formulierung wie bspw. «genügende Ausbildung» inhaltslos sei und entsprechend darauf verzichtet werden sollte. Eine Kompromisslösung bezüglich der Ausbildung konnte nicht gefunden werden, weshalb auch kein mehrheitsfähiger Leitsatz verfasst wurde.

Allerdings sprachen sich einige Mitglieder der Groupe de réflexion dafür aus, dass gerade zu der Ausbildung und der Fähigkeitsprüfung ein Leitsatz zu verfassen sei, da die ausreichende Ausbildung der Urkundsperson gemäss der Lehre zu den Mindestanforderungen<sup>124</sup> des Bundesrechts gehöre. Entsprechend wurde ein Leitsatz formuliert, der sich sowohl zu der Ausbildung wie auch zu der Fähigkeitsprüfung äussert und mit dem sich zumindest ein Teil der Mitglieder der Groupe de réflexion einverstanden erklären konnte (vgl. dazu vorstehende Ziffer 7.3.2.3).

Nicht mehrheitsfähiger Leitsatz:

*Urkundspersonen verfügen über das notwendige Fachwissen, um öffentliche Beurkundungen für den jeweiligen Beurkundungsgegenstand ordnungsgemäss vornehmen zu können. Die Kantone regeln auf ihrem Gebiet die Ausbildung und allfällige Fachprüfungen zur Urkundsperson.*

#### 7.3.2.5 Unvereinbarkeit mit anderen Tätigkeiten

*Kein Leitsatz.*

Bei Unvereinbarkeitsgründen handelt es sich gemäss Lehre um Tatbestände, die generell nicht mit einer unabhängigen und unparteilichen Tätigkeit der Urkundsperson zu vereinbaren sind.<sup>125</sup> Es handelt sich um eigentliche Berufshindernisse.<sup>126</sup> So führt das Vorliegen eines Unvereinbarkeitsgrundes dazu, dass die Urkundsperson ihren (hauptamtlichen) Beruf – also die Beurkundungstätigkeit – nicht ausüben kann respektive darf.<sup>127</sup>

<sup>124</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.2.

<sup>125</sup> CARLEN, S. 61; JEANDIN, S. 46; RUF, N. 724.

<sup>126</sup> NUSSBAUM, S. 39.

<sup>127</sup> RUF, N. 449; SANTSCHI ALFRED, S. 30.

Unter den Unvereinbarkeitsgründen werden in den kantonalen Bestimmungen bspw. Tätigkeiten aufgeführt, die von der Urkundsperson nebenamtlich nicht ausgeübt werden dürfen.<sup>128</sup> So werden bspw. die Ausübung politischer Ämter, bestimmter Berufe oder Gewerbe als unvereinbar mit der Tätigkeit als Urkundsperson bestimmt.<sup>129</sup>

Neben der Wahrung der Unabhängigkeit sollen durch die Unvereinbarkeitsgründe auch das Ansehen des Notariats geschützt, die Arbeitskraft erhalten und die berufliche Erfahrung gefördert werden.<sup>130</sup>

Die Diskussionen in der Groupe de réflexion haben aufgezeigt, dass im Bereich der Unvereinbarkeit grosse Unterschiede zwischen dem freiberuflichen Notariat, dem gemischten Notariat und dem Amtsnotariat bestehen. So ist es bspw. in gewissen Kantonen mit dem freiberuflichen System verboten, neben dem Beruf als Urkundsperson auch eine Tätigkeit im Dienste der Gemeinde, des Kantons oder des Bundes auszuüben.<sup>131</sup> Beim Amtsnotariat oder gemischten Notariat ist aber gerade diese Konstellation «Urkundsperson / angestellte Person im Dienste der Gemeinde oder des Kantons» der Regelfall.

Kontrovers diskutiert wurde die Tätigkeit von Urkundspersonen im Immobilienbereich als Unvereinbarkeitsgrund. In gewissen Kantonen bestehen heute explizite Regelungen, die den Urkundspersonen den Handel mit Grundstücken oder die Vermittlung derselben verbieten.<sup>132</sup>

In einem ersten Entwurf wurde ein Leitsatz vorgeschlagen, der konkrete Unvereinbarkeitsgründe enthielt. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen und mangels Einigung unter den Mitgliedern der Groupe de réflexion wurde jedoch von dieser Variante abgesehen. Ebenfalls verzichtet wurde auf die Formulierung eines Leitsatzes, der allgemein gehalten ist («Die Urkundsperson darf keine Tätigkeiten ausüben, die mit einer unabhängigen und einwandfreien Berufsausübung nicht vereinbar sind.»), da ein solcher keinen wirklichen Inhalt habe. Es müsste bei einem solchen Wortlaut in den Erläuterungen trotzdem ausgeführt werden, was genau darunter zu verstehen sei.

### 7.3.3 Örtliche und sachliche Zuständigkeit

#### 7.3.3.1 Allgemeines

Im schweizerischen Beurkundungsrecht wird unterschieden zwischen der sachlichen und der örtlichen Zuständigkeit der Urkundspersonen.<sup>133</sup> Im Rahmen der *sachlichen Zuständigkeit* wird festgelegt, wer innerhalb einer Behördenorganisation für welche öffentliche Beurkundung zuständig ist.<sup>134</sup>

---

<sup>128</sup> CARLEN, S. 61.

<sup>129</sup> CARLEN, S. 61.

<sup>130</sup> CARLEN, S. 61; RUF, N. 442 ff.

<sup>131</sup> Z.B.: BE: Die gleichzeitige Tätigkeit als Urkundsperson und die Tätigkeit im Bereich der Grundbuch- oder Handelsregisterführung ist verboten; GR: Als Notariatsperson darf nicht amten, wer hauptamtlich im Dienst des Bundes, des Kantons, einer Region oder einer Gemeinde oder bei einer dem schweizerischen Bankengesetz unterstellten Unternehmung angestellt ist; NE: Die Urkundsperson darf grundsätzlich keine Funktionen oder Festanstellung beim Gemeinwesen annehmen. Eine nebenamtliche Lehrtätigkeit, die Funktion als ausserordentlicher nebenamtlicher Richter sowie ein politisches Mandat sind zugelassen; TI: Unvereinbar mit der Tätigkeit als Urkundsperson ist jede dauernde Tätigkeit, die von der Eidgenossenschaft, der Kantone oder einer Gemeinde respektive deren Verwaltung, Betrieben oder anderen öffentlich-rechtlichen Institutionen vergütet wird. AG: Unvereinbar mit der Ausübung der Beurkundungstätigkeit ist die Tätigkeit als Urkundsperson in einem anderen Kanton, die Tätigkeit in der Grundbuch- oder Handelsregisterführung (§ 7 Abs. 1 lit. a und b BeurG-AG).

<sup>132</sup> Als Beispiel: ZH: Der Handel mit Grundstücken sowie die Vermittlung von Grundstücken durch die Urkundsperson sind verboten (§ 21 NotG-ZH); BS: Die Ausübung von Handel- und Vermittlungstätigkeiten im Liegenschaftsbereich ist den Urkundspersonen verboten (§ 7 Abs. 2 NG-BS); AG: Unvereinbar mit der Ausübung der Beurkundungstätigkeit ist [...] der gewerbmässige Handel im Grundstückverkehr und die Vermittlung von Grundstücken gegen Provision (§ 7 Abs. 1 lit. c BeurG-AG).

<sup>133</sup> BRÜCKNER, N. 689 ff.; CARLEN, S. 67 ff.; JEANDIN, S. 137 ff.; KUNZ, S. 16; MARTI, S. 39 ff.; NUSSBAUM, S. 31 ff.; RUF, N. 460 ff.; BSK-SCHMID, N. 18 ff. zu Art. 55 SchIT ZGB.

<sup>134</sup> BRÜCKNER, N. 689 ff.; JEANDIN, S. 146; RUF, N. 460 ff.; BSK-SCHMID, N. 20 ff. zu Art. 55 SchIT ZGB. CARLEN, S. 78 und NUSSBAUM, S. 31 verstehen unter der «sachlichen Zuständigkeit» diejenigen Fälle, in denen eine öffentliche Beurkundung vom Bundeszivilrecht vorgeschrieben ist. Mit anderen Worten ist die Urkundsperson für die Beurkundung sachlich zuständig, wenn im ZGB oder OR für ein Rechtsgeschäft die Form der öffentlichen Beurkundung verlangt wird.

Da die Kompetenz zur Regelung der öffentlichen Beurkundung aufgrund von Artikel 55 Absatz 1 SchIT ZGB bei den Kantonen liegt, sind diese betreffend Organisation des Beurkundungswesens heute weitgehend frei.<sup>135</sup> Sie können entscheiden, wer auf ihrem Gebiet für welche öffentliche Beurkundung sachlich zuständig ist. Diese Kompetenzregelung hat dazu geführt, dass in der Schweiz unterschiedliche Systeme hinsichtlich der Zuständigkeit zur öffentlichen Beurkundung entstanden sind und sich die Beurkundungszuständigkeiten der einzelnen Behörden und Personen von Kanton zu Kanton unterscheiden.<sup>136</sup>

In der Regel verfügen Urkundspersonen, die den Titel «Notar / Notarin», «notaire» oder «notaio» tragen, über eine umfassende sachliche Beurkundungsbefugnis.<sup>137</sup> Gewisse Kantone kennen aber auch eine «Aufteilung» der sachlichen Zuständigkeit. So ist bspw. für die Beurkundung von Grundstücksgeschäften eine bestimmte Behörde zuständig und für die Errichtung einer Stiftung eine andere Amtsperson. Von der Frage der sachlichen Zuständigkeit abzugrenzen ist die Frage nach der Zulässigkeit des Gegenstands der öffentlichen Beurkundung. Eine öffentliche Beurkundung ist für gewisse Erklärungen und Sachverhalte, wie bspw. physikalische Formeln, nicht möglich.<sup>138</sup>

Für die *örtliche Zuständigkeit* wird am Beurkundungsort angeknüpft.<sup>139</sup> Beurkundungsort ist der Ort, an dem das Hauptverfahren durchgeführt wird. In den meisten Fällen wird der Beurkundungsort das Büro oder das Amtlokal der Urkundsperson sein.<sup>140</sup>

Wie bereits in Ziffer 7.3.1 ausgeführt, ist das Verfahren der öffentlichen Beurkundung Teil der freiwilligen, nicht streitigen Gerichtsbarkeit. Durch die ihnen verliehene Beurkundungsbefugnis sind Urkundspersonen Träger einer hoheitlichen (staatlichen) Funktion.<sup>141</sup> Jede hoheitliche Tätigkeit ist aus staatsrechtlichen Gründen auf das Gebiet desjenigen Staatsgebildes beschränkt, welches die entsprechende Befugnis verliehen hat.<sup>142</sup> Eine Urkundsperson kann ihre Beurkundungstätigkeit daher nach geltendem Recht grundsätzlich nur auf dem Gebiet desjenigen Kantons ausüben, der ihr die Beurkundungsbefugnis erteilt hat (keine generelle Freizügigkeit der Urkundsperson).<sup>143</sup>

Die Kantone können sodann festlegen, ob eine Urkundsperson, die sachlich zuständig ist, auf dem ganzen Kantonsgebiet tätig sein kann, oder ob sich ihre örtliche Zuständigkeit auf bestimmte Bereiche des Kantons beschränkt.<sup>144</sup>

Grundsätzlich keine Rolle für die örtliche Zuständigkeit spielt der Beurkundungsgegenstand. So ist es nicht von Relevanz, ob das zu beurkundende Rechtsgeschäft einen Anknüpfungspunkt zum Kantonsgebiet hat oder nicht.<sup>145</sup> Dieser Grundsatz der freien Wahl des Beurkundungsortes und die damit verbundene interkantonale Anerkennung der öffentlichen Urkunde ist in der Rechtsprechung und in der Lehre unbestritten (Freizügigkeit der Urkunde), soweit es sich um «Nichtgrundstücksgeschäfte» handelt.<sup>146</sup> Umstritten ist jedoch die Frage, ob dieses Prinzip auch für Rechtsgeschäfte gilt, deren unmittelbaren Beurkundungsgegenstand die Begründung oder Änderung von dinglichen und vormerkbaren persönlichen Rechten an Grundstücken ist. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung steht es den Kantonen frei, für

---

<sup>135</sup> BGE 133 I 259, 260.

<sup>136</sup> BRÜCKNER, N. 689 ff.; BSK-SCHMID, N. 20 zu Art. 55 SchIT ZGB.

<sup>137</sup> BRÜCKNER, N. 691.

<sup>138</sup> BRÜCKNER, N. 692; MARTI, S. 42 ff.

<sup>139</sup> MARTI, S. 45; MOOSER, N 478.

<sup>140</sup> MARTI, S. 45; MOOSER, N 478.

<sup>141</sup> BGE 133 I 259, 261; BGE 128 I 280, 281.

<sup>142</sup> RUF, N. 509; BSK-SCHMID, N. 18 zu Art. 55 SchIT ZGB.

<sup>143</sup> BRÜCKNER, N. 701; MOOSER, N. 481; RUF, N. 509; BSK-SCHMID, N. 18 zu Art. 55 SchIT ZGB.

<sup>144</sup> CARLEN, S. 67; MARTI, S. 47.

<sup>145</sup> CARLEN, S. 69; MOOSER, N. 486.

<sup>146</sup> BECK, S. 19; CARLEN, S. 69; MARTI, S. 48; RUF, N. 551.

die Beurkundung solcher dinglicher oder vormerkbarer persönlicher Rechte an Grundstücken zwingend die Zuständigkeit der Urkundsperson am Ort der gelegenen Sache vorzuschreiben.<sup>147</sup> Die Lehre steht dieser Beschränkung teilweise kritisch gegenüber.<sup>148</sup>

Artikel 70 Absatz 2 FusG hebt die bundesgerichtliche Praxis im Bereich dieser «Grundstücksgeschäfte» auf: Liegen die Gegenstand eines Übertragungsvertrags bildenden Grundstücke in verschiedenen Kantonen, genügt eine einzige Urkunde (Satz 3); örtlich zuständig ist die Urkundsperson am Sitz des übertragenden Rechtsträgers (Satz 4).

In der Groupe de réflexion war unbestritten, dass zu der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit respektive der Freizügigkeit von Urkundspersonen und von öffentlichen Urkunden Leitsätze zu verfassen sind.

### 7.3.3.2 Freizügigkeit von Urkundspersonen

Leitsatz:

*Eine Urkundsperson kann ihre Beurkundungstätigkeit nur auf dem Gebiet desjenigen Kantons ausüben, der ihr die Beurkundungsbefugnis erteilt hat.*

*Die Kantone regeln auf ihrem Gebiet die sachliche und die örtliche Zuständigkeit von Urkundspersonen.*

Die Mitglieder der Groupe de réflexion waren sich einig, dass aufgrund des Territorialitätsprinzips eine Urkundsperson nur auf dem Gebiet desjenigen Kantons beurkunden kann, von dem sie auch eine «Beurkundungsbefugnis» erhalten hat. Eine Freizügigkeit von Urkundspersonen sei daher nicht möglich (Satz 1 des Leitsatzes). Ebenfalls unbestritten war die Tatsache, dass es Sache der Kantone sei, über die sachliche und örtliche Zuständigkeit von Urkundspersonen auf ihrem Kantonsgebiet zu entscheiden (Satz 2 des Leitsatzes). So ist es an den Kantonen zu entscheiden, wer innerhalb der Behördenorganisation für welche öffentliche Beurkundung zuständig ist (sachliche Zuständigkeit) und ob die sachlich zuständige Urkundsperson auf dem ganzen Kantonsgebiet tätig sein kann oder ob sich deren örtliche Zuständigkeit auf ein bestimmtes Gebiet beschränkt (örtliche Zuständigkeit).

Von der generellen «Freizügigkeit von Urkundspersonen» unterschieden werden muss die Anerkennung des Fähigkeitsausweises einer Urkundsperson in einem Kanton durch einen anderen Kanton für sein Kantonsgebiet. Es ist den Kantonen überlassen, die Möglichkeit einer solchen Anerkennung in ihren Erlassen vorzusehen. Gerade wenn sich die geforderten Voraussetzungen für das Erteilen einer «Beurkundungsbefugnis» von Kanton zu Kanton nicht wesentlich unterscheiden, scheint eine Anerkennung durchaus sinnvoll. In diesem Zusammenhang ist auch auf die eingangs erwähnte Empfehlung der WEKO vom 23. September 2013 hinzuweisen, welche den Kantonen empfiehlt, gleichwertige Ausbildungen von freiberuflichen Urkundspersonen aus anderen Kantonen anzuerkennen.<sup>149</sup>

Eine Unterscheidung zwischen der Beurkundung von Willenserklärungen bzw. Sachbeurkundungen und der Beglaubigung ist im Bereich der Freizügigkeit von Urkundspersonen nicht notwendig. Wird die öffentliche Beurkundung durch eine Urkundsperson vorgenommen, die sachlich und / oder örtlich nicht zuständig ist, kann keine öffentliche Urkunde entstehen.<sup>150</sup>

<sup>147</sup> BGE 113 II 501, 504 mit Verweis auf BGE 47 II 383 ff.; zustimmend MARTI, S. 49 ff.

<sup>148</sup> BRÜCKNER, N. 725; BSK-SCHMID, N. 19 zu Art. 55 SchlT ZGB. Anderer Meinung: MOOSER, 2018, S. 153 ff.; PIOTET, 2015, S. 112 f.

<sup>149</sup> <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/medien/medieninformationen/nsb-news.msg-id-50564.html> (Stand: 13.07.2021).

<sup>150</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.6.

### 7.3.3.3 Freizügigkeit von öffentlichen Urkunden / Anerkennung von öffentlichen Urkunden

Leitsatz:

*Öffentliche Urkunden werden grundsätzlich in der ganzen Schweiz anerkannt.*

*Für die öffentliche Beurkundung von Rechtsgeschäften über dingliche und vormerkbare persönliche Rechte an Grundstücken können die Kantone, unter Vorbehalt anderslautender bundesrechtlicher Bestimmungen, die ausschliessliche Zuständigkeit der Urkundsperson am Ort der gelegenen Sache vorsehen.*

*Keine ausschliessliche Zuständigkeit vorsehen können die Kantone für Sachbeurkundungen sowie für Eheverträge und Verfügungen von Todes wegen, bei denen die Begründung oder die Änderung von dinglichen Rechten an Grundstücken nicht unmittelbaren Beurkundungsgegenstand bilden.*

Die freie Wahl des Abschlussorts und die damit verbundene interkantonale Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde wird im Leitsatz als Grundsatz festgelegt (Satz 1 des Leitsatzes). Von dieser Regel können die Kantone bei «Grundstücksgeschäften», unter dem Vorbehalt anderslautender bundesrechtlicher Bestimmungen (genannt sei hier bspw. das FusG), Ausnahmen vorsehen (Satz 2 des Leitsatzes). So können die Kantone bei Rechtsgeschäften, welche die Begründung oder Änderung dinglicher oder vormerkbarer persönlicher Rechte an Grundstücken zum Gegenstand haben, bestimmen, dass ausschliesslich die Urkundsperson am Ort der gelegenen Sache zuständig ist. Entsprechend kann die Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde im Bereich der «Grundstücksgeschäfte» eingeschränkt werden. Der Leitsatz wird ergänzt mit einer Ausführung zu der «Art der Grundstücksgeschäfte», welche nicht unter die Ausnahme fallen (Satz 3 des Leitsatzes).

Der Entscheid, die Freizügigkeit von öffentlichen Urkunden bei den «Grundstücksgeschäften» einzuschränken, wurde in den Diskussionen insbesondere mit der Qualitäts-Theorie, wonach die Beratung und Belehrung der Vertragsparteien durch die ortskundige Urkundsperson am Ort der gelegenen Sache eine höhere Beurkundungsqualität garantiere, begründet.

Die Gespräche in der Groupe de réflexion zeigten, dass aus dem Leitsatz idealerweise hervorgehen sollte, welche «Grundstücksgeschäfte» von der Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde ausgenommen sind. Vom Leitsatz erfasst werden sowohl die Willenserklärungen und die Sachbeurkundungen.

Wie bereits unter der Ziffer 7.3.3.2. festgehalten, entsteht bei der fehlenden (hier insbesondere der örtlichen) Zuständigkeit der Urkundsperson keine öffentliche Urkunde.<sup>151</sup>

## 7.4 Berufspflichten der Urkundsperson

### 7.4.1 Allgemeines

Im Rahmen ihrer Tätigkeit im Bereich der öffentlichen Beurkundung hat die Urkundsperson gewisse Pflichten. Diese ergeben sich heute sowohl aus dem Bundesrecht wie auch aus dem kantonalen Recht. Die Berufspflichten sollen gewährleisten, dass der Zweck der öffentlichen Beurkundung erreicht wird.<sup>152</sup>

<sup>151</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.6.2.3.1.

<sup>152</sup> MARTI, S. 59.

## 7.4.2 Urkundspflicht / Ablehnungspflicht / Ablehnungsrecht

Leitsatz:

### Urkundspflicht (Grundsatz)

*Die Urkundsperson ist grundsätzlich verpflichtet, eine öffentliche Beurkundung vorzunehmen, wenn sie darum ersucht wird.*

*Die Kantone können Urkundspersonen von der Urkundspflicht befreien, wenn für den Beurkundungsgegenstand auch andere Urkundspersonen sachlich zuständig sind.*

### Ausnahmen

#### Ablehnungspflicht

*Die Urkundsperson hat eine öffentliche Beurkundung abzubereiten oder abzulehnen, wenn*

- *sie sachlich und / oder örtlich nicht zuständig ist;*
- *der Inhalt der Beurkundung rechtlich unmöglich, rechts- oder sittenwidrig ist;*
- *die Urkundsperson durch Ausstandspflichten davon ausgeschlossen ist oder*
- *eine der beteiligten Parteien oder Urkundsparteien offensichtlich urteilsunfähig ist.*

#### Ablehnungsrecht

*Die Urkundsperson kann eine öffentliche Beurkundung abbrechen oder ablehnen, wenn*

- *sie aufgrund von Krankheit, in Zusammenhang mit der Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht oder einer begründeten Absenz verhindert ist;*
- *die Parteien oder die Urkundsparteien ihren Mitwirkungspflichten respektive Mitwirkungsrechten nicht nachkommen;*
- *der verlangte Kostenvorschuss nicht geleistet wird oder*
- *die Arbeitslast eine zeitgerechte Erledigung nicht zulässt.*

Das Zivilrecht schreibt für gewisse Rechtsgeschäfte die Form der öffentlichen Beurkundung zwingend vor. Zudem besteht die Möglichkeit, dass die an einem Rechtsgeschäft beteiligten Parteien freiwillig die Form der öffentlichen Beurkundung wählen (Art. 16 OR). Wird die Form der öffentlichen Beurkundung gesetzlich vorgeschrieben, haben die Kantone dafür besorgt zu sein, dass die öffentliche Beurkundung jedermann zur Verfügung steht. Die Urkundspflicht ist mit anderen Worten die Folge des «Beurkundungsmonopols».<sup>153</sup> Ausserdem folgt die Urkundspflicht aber auch aus dem Verbot der Rechtsverweigerung respektive -verzögerung nach Artikel 29 Absatz 1 BV.<sup>154</sup> Gleichzeitig soll die Urkundspflicht sicherstellen, dass Urkundspersonen unangenehme oder nicht gewinnbringende Geschäfte nicht einfach ablehnen können. Die Urkundsperson ist also grundsätzlich verpflichtet, eine Beurkundung vorzunehmen, wenn sie darum ersucht wird. Die Urkundspflicht besteht aber nicht vorbehaltlos. So kann das Vorliegen gewisser Umstände dazu führen, dass die Urkundsperson die öffentliche Beurkundung zwingend abzulehnen hat. Daneben gibt es aber auch Situationen, in denen eine Urkundsperson die öffentliche Beurkundung zwar nicht ablehnen muss, aber ablehnen darf. Zudem kommt die Urkundspflicht erst zum Tragen, wenn die Urkundsperson ordnungsgemäss um die Errichtung einer öffentlichen Urkunde ersucht wurde.<sup>155</sup>

Als zwingende Ablehnungsgründe, welche eine eigentliche Ablehnungspflicht darstellen, finden sich in den kantonalen Regelungen insbesondere:

<sup>153</sup> BRÜCKNER, N. 840; MOOSER, N. 143; WOLF/SETZ, S. 47.

<sup>154</sup> MOOSER, N. 143; RUF, N. 621 f.

<sup>155</sup> SANTSCHI ALFRED, S. 9; vgl. dazu auch Ziff. 7.5.2.

- das Fehlen einer Beurkundungsvoraussetzung (Zuständigkeit, Vorliegen von Ausstandsgründen, Urteilsunfähigkeit der Urkundspartei etc.);<sup>156</sup>
- die Rechtswidrigkeit oder die Unsittlichkeit eines Rechtsgeschäfts.<sup>157</sup>

Zu den Fällen, in denen die Urkundsperson die öffentliche Beurkundung ablehnen darf, gehören gemäss den heutigen kantonalen Bestimmungen bspw.:

- nicht geleisteter Kostenvorschuss;<sup>158</sup>
- Verhinderungsgrund, welcher es der Urkundsperson verunmöglicht, die öffentliche Beurkundung durchzuführen (z.B. Krankheit, Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht etc.).<sup>159</sup>

Die Groupe de réflexion fällt den Entschluss, beim Leitsatz einerseits eine klare Unterscheidung zwischen der Ablehnungspflicht und dem Ablehnungsrecht zu machen und andererseits die einzelnen in Frage kommenden Gründe konkret aufzuführen. Wichtig war den Mitgliedern der Groupe de réflexion, dass die Ablehnungspflicht nur in klaren Fällen geltend gemacht werden kann. Besteht bei der Urkundsperson eine Unsicherheit hinsichtlich des Vorliegens von zwingenden Ablehnungsgründen, muss sie allerdings nach ihrem Ermessen entscheiden.<sup>160</sup>

Zu Diskussionen Anlass gab die Formulierung «offensichtlich urteilsunfähig» (viertes Lemma des Leitsatzes zur Ablehnungspflicht). Hier stellte sich die Frage, ob eine Urkundsperson eine öffentliche Beurkundung abzulehnen hat, wenn sie an der Urteilsfähigkeit einer Urkundspartei zweifelt. Der Urkundsperson kommen bei der Beurteilung der Urteilsfähigkeit einer Urkundspartei nicht die gleichen Aufgaben zu wie einem Zivilrichter. Dieser kann – im Gegensatz zur Urkundsperson – im Rahmen eines Zivilprozesses Beweise erheben und nach Klärung des Sachverhalts einen Entscheid fällen.<sup>161</sup> Eine solche Rolle kann die Urkundsperson keinesfalls übernehmen. So kann die Ablehnungspflicht nur bei einer *offensichtlichen* Urteilsunfähigkeit zum Tragen kommen.

Seitens der Mitglieder der Groupe de réflexion wurde in Bezug auf die Beurteilung einer «offensichtlichen» Urteilsfähigkeit die Möglichkeit einer Beurkundung unter Vorbehalt vorgeschlagen. Bei diesem Lösungsansatz würde der oder den Urkundspartei/en in Zweifelsfällen die öffentliche Beurkundung nicht verweigert, jedoch durch die Urkundsperson auf der öffentlichen Urkunde festgehalten, dass betreffend Urteilsfähigkeit Zweifel bestehen. Die «Beurkundung unter Vorbehalt» wird im Leitsatz nicht explizit erwähnt, ist aufgrund des Wortlauts aber auch nicht ausgeschlossen.

Die Möglichkeit, eine öffentliche Beurkundung abzulehnen, wenn kein Kostenvorschuss geleistet wird (Lemma 3 zum Ablehnungsrecht), bestimmt implizit, dass es Urkundspersonen erlaubt ist, für Ihre Gebühren und Auslagen einen Kostenvorschuss zu verlangen.<sup>162</sup>

Die Ablehnungspflicht wie auch das Ablehnungsrecht bestehen während dem Vorbereitungs- und Hauptverfahren, was im Leitsatz durch den Ausdruck «abzubrechen» verdeutlicht werden soll. Ob die Ablehnungspflicht wie auch das Ablehnungsrecht während des Nachverfahrens noch weiterhin bestehen können, ist nach Ansicht der Mehrheit der Mitglieder der Groupe de

---

<sup>156</sup> BRÜCKNER, N. 861; SANTSCHI ALFRED, S. 12. Beispiele diesbezüglicher kantonalen Regelungen: AG: Art. 24 Abs. 1 BeurG-AG; BE: Art. 31 Abs. 1 Bst. c NG-BE; GL: Art. 30 BeurkG-GL.

<sup>157</sup> BRÜCKNER, N. 861; SANTSCHI ALFRED, S. 12. Beispiele diesbezüglicher kantonalen Regelungen: LU: § 20 Abs. 3 Bst. c BeurkG-LU; GR: Art. 21 Abs. 2 Bst. b NG-GR.

<sup>158</sup> BRÜCKNER, N. 864; JEANDIN, S. 74; SANTSCHI ALFRED, S. 14. Beispiele diesbezüglicher kantonalen Regelungen: BE: Art. 31 Abs. 2 NG-BE; GR: Art. 21 Abs. 3 Bst. b NG-GR.

<sup>159</sup> SANTSCHI ALFRED, S. 13. Beispiele diesbezüglicher kantonalen Regelungen: AG: Art. 24 Abs. 3 BeurG-AG; BE: Art. 31 Abs. 2 NG-BE.

<sup>160</sup> BRÜCKNER, N. 862.

<sup>161</sup> WOLF/SETZ, S. 51.

<sup>162</sup> Vgl. dazu auch Ziff. 7.11.

réflexion wohl eher zu verneinen. Der Leitsatz zur Urkundspflicht respektive zur Ablehnungspflicht und zum Ablehnungsrecht kommt unabhängig davon zur Anwendung, ob eine Willenserklärung, eine Sachbeurkundung oder eine Beglaubigung vorliegt.

### 7.4.3 Wahrheitspflicht

Leitsatz:

*Die Urkundsperson ist verpflichtet, öffentliche Urkunden wahrheitsgemäss zu verfassen.*

Gemäss Artikel 9 ZGB erbringen öffentliche Urkunden für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhalts nachgewiesen ist. Die erhöhte Beweiskraft der öffentlichen Urkunde erfordert für deren Zustandekommen ein Verfahren, welches für deren korrekten Inhalt Gewähr bietet. Urkundspersonen haben daher bei einer öffentlichen Beurkundung «nach bestem Wissen und Gewissen Wahrheit anzustreben»<sup>163</sup>. Durch eine sorgfältige Sachverhaltsermittlung und eine genaue Beurkundung durch die Urkundsperson soll eine «wahre» Urkunde geschaffen werden. Beurkunden kann eine Urkundsperson daher nur, was sie selber wahrgenommen hat. Gleichzeitig darf sie keine Feststellungen treffen, von denen sie weiss, dass sie nicht der Wahrheit entsprechen. Das Verhältnis zwischen der Wahrheits- und der Klarheitspflicht respektive eine klare Trennung der beiden Pflichten ist nicht unproblematisch. Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass die Klarheitspflicht einen Teilgehalt der Wahrheitspflicht bilde.<sup>164</sup> Im vorliegenden Bericht findet sich je ein separater Leitsatz zur Wahrheitspflicht und zur Klarheitspflicht (vgl. dazu Ziffer 7.4.3 und 7.5.3.4).

Die Wahrheitspflicht gehört gemäss Bundesgericht zu den Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung, die sich aus dem Bundesrecht ergeben.<sup>165</sup>

Ein Verstoss gegen die Wahrheitspflicht ist als Verstoss gegen eine Ordnungsvorschrift zu qualifizieren.<sup>166</sup>

Sowohl bei den Willenserklärungen wie auch bei den Sachbeurkundungen und auch den Beglaubigungen kommt die Wahrheitspflicht zum Tragen.

### 7.4.4 Interessenwahrungspflicht

Leitsatz:

*Die Urkundsperson hat die Interessen der Parteien zu wahren.*

*Mit dieser Interessenwahrungspflicht verbunden sind folgende Pflichten:*

#### Unparteilichkeitspflicht

*Die Interessenwahrung der Parteien hat unparteilich zu geschehen.*

#### Sorgfaltspflicht

*Die Urkundsperson hat die öffentliche Beurkundung sorgfältig vorzubereiten und auszuführen.*

#### Erledigungspflicht

*Die Urkundsperson hat die angenommene öffentliche Beurkundung innert nützlicher Frist zu erledigen.*

<sup>163</sup> BRÜCKNER, N. 1078.

<sup>164</sup> KNB-PFAMMATTER, N. 17 zu Art. 34 NG; auch in der Groupe de réflexion wurde diese Meinung teilweise vertreten.

<sup>165</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.2.

<sup>166</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.6.2.4.

Gemäss der Interessenwahrungspflicht hat die Urkundsperson die Interessen der Parteien respektive Urkundsparteien gleichmässig nach bestem Wissen und Gewissen zu wahren.<sup>167</sup> Ausgehend von dieser vorstehenden Definition des Inhalts der Interessenwahrungspflicht umfasst diese mehrere Einzelpflichten. Dazu gehören gemäss der Lehre:

- die Unparteilichkeitspflicht;<sup>168</sup>
- die Sorgfaltspflicht;<sup>169</sup>
- die Erledigungspflicht;<sup>170</sup>
- die Pflicht, eine kostengünstige Gestaltung vorzuschlagen.<sup>171</sup>

In gewissen Kantonen findet sich heute eine explizite Normierung der Interessenwahrungspflicht. Teilweise wird die Unparteilichkeitspflicht zusätzlich zur Interessenwahrungspflicht ausdrücklich geregelt.<sup>172</sup> Auch wenn sich in den kantonalen Bestimmungen keine Regelung zur Interessenwahrungspflicht findet<sup>173</sup>, so gilt diese heute gemäss der Lehre von Bundesrechts wegen (Mindestanforderungen des Bundesrechts).<sup>174</sup>

In der Groupe de réflexion war es unbestritten, dass zu der Interessenwahrungspflicht ein Leitsatz zu verfassen sei. Ausgehend von der Tatsache, dass die Interessenwahrungspflicht mehrere Einzelpflichten umfasst, einigte sich die Groupe de réflexion darauf, einen Leitsatz mit mehreren Unterleitsätzen zu verfassen. Diese Unterleitsätze (Unparteilichkeitspflicht, Sorgfaltspflicht und Erledigungspflicht) sollen es ermöglichen, den Inhalt der Interessenwahrungspflicht zu konkretisieren und damit fassbarer zu machen.

In einem ersten Schritt wurden auch die Themen der Weiterbildung, der Pflicht, eine kostengünstige Gestaltung zu empfehlen und der Wahrung fiskalischer Interessen als möglicher Inhalt von Unterleitsätzen vorgeschlagen. Da jedoch bereits die Materie der Ausbildung so kontrovers diskutiert und kein Leitsatz dazu verfasst wurde, verzichtete man konsequenterweise auch auf das Festhalten einer Weiterbildungspflicht. Ebenfalls fallengelassen wurde die Idee, eine Pflicht zur Wahrung staatlicher Fiskalinteressen und zur Empfehlung einer kostengünstigen Gestaltung zu statuieren.<sup>175</sup>

Der Leitsatz oder die (Unter-)Leitsätze zur Interessenwahrungspflicht kommen sowohl bei der Beurkundung von Willenserklärungen und bei Sachbeurkundungen wie auch bei Beglaubigungen zur Anwendung.

Die Interessenwahrungspflicht respektive die darunterfallenden Einzelpflichten sind als Gültigkeitsvorschriften zu qualifizieren.<sup>176</sup>

#### 7.4.4.1 Die Unparteilichkeitspflicht

Damit die Urkundsperson die ihr zuge dachte Aufgabe – welche eine amtliche hoheitliche Tätigkeit ist – erfüllen kann, muss sie unabhängig und unparteiisch sein.<sup>177</sup> Mit dem Begriff der «Unabhängigkeit» soll zum Ausdruck gebracht werden, dass die Arbeit der Urkundsperson

---

<sup>167</sup> BRÜCKNER, N. 877; MARTI, S. 61.

<sup>168</sup> BRÜCKNER, N. 883; CARLEN, S. 123; SANTSCHI ALFRED, S. 122.

<sup>169</sup> BRÜCKNER, N. 908.

<sup>170</sup> BRÜCKNER, N. 919; CARLEN, S. 123; SANTSCHI ALFRED, S. 123.

<sup>171</sup> BRÜCKNER, N. 915; CARLEN, S. 123.

<sup>172</sup> Die Unparteilichkeitspflicht wird in den Regelungen der Kantone AG, BE, BS, FR, GR, NE, SO, VS und ZG ausdrücklich festgehalten.

<sup>173</sup> Die Bestimmungen der Kantone AI, AR, GE, GL, LU, NW, OW, SG, SH, SZ, TG und ZH enthalten keine explizite Regelung der Interessenwahrungspflicht.

<sup>174</sup> MARTI, S. 62; MOOSER, N. 241. Vgl. dazu auch Ziff. 7.2.

<sup>175</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.4.13.

<sup>176</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.6.2.3.2.

<sup>177</sup> MARTI, S. 58 und S. 61; BSK-SCHMID, N. 30 zu Art. 55 SchIT ZGB.

nicht durch externe Einflüsse gelenkt werden darf.<sup>178</sup> Die «Unparteilichkeit» bezieht sich auf die Pflicht der Urkundsperson, die Interessen der beteiligten Parteien in gleicher Weise objektiv zu wahren.<sup>179</sup>

Die kantonalen Regelungen zum Beurkundungsrecht kennen verschiedene Bestimmungen, welche die Unabhängigkeit und die Unparteilichkeit der Urkundsperson sicherstellen sollen.

Die Urkundsperson hat gemäss dem Leitsatz in einem konkreten Beurkundungsverfahren die Interessen der Beteiligten objektiv und gleichmässig zu wahren.<sup>180</sup> Die Urkundsperson darf nicht eine Partei zum Nachteil der anderen begünstigen.<sup>181</sup>

Bei gewissen Konstellationen, in denen die Ausstandspflichten nicht greifen, kann die Unparteilichkeitspflicht die Urkundsperson dazu zwingen, in den Ausstand zu treten, wenn ein unparteiisches Handeln nicht mehr gewährleistet werden kann.<sup>182</sup>

#### 7.4.4.2 Die Sorgfaltspflicht

Die Urkundsperson ist gemäss Leitsatz verpflichtet, die Beurkundung mit der entsprechenden Sorgfalt vorzubereiten und auch durchzuführen. Sie hat die notwendigen Abklärungen vorzunehmen, um zu gewährleisten, dass eine öffentliche Urkunde entsteht.

#### 7.4.4.3 Die Erledigungspflicht

Die Erledigungspflicht gebietet der Urkundsperson, Geschäfte innert nützlicher Zeit zu erledigen und diese nicht liegen zu lassen. Allfällige Fristen hat die Urkundsperson stets einzuhalten.<sup>183</sup> Dringliche Geschäfte – wie bspw. die Beurkundung eines Testaments eines Sterbenden – sind vorzuziehen. Allerdings besteht die Erledigungspflicht nicht ohne Einschränkungen. So kann eine Urkundsperson ihrer Erledigungspflicht unter Umständen nicht ohne Weiteres nachkommen, wenn

- sie aufgrund von Krankheit, in Zusammenhang mit der Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht oder einer begründeten Absenz verhindert ist;
- die Parteien ihren Mitwirkungsrechten nicht nachkommen;
- der verlangte Kostenvorschuss nicht geleistet wird;
- die Arbeitslast eine zeitgerechte Erledigung nicht zulässt.<sup>184</sup>

#### 7.4.5 Unparteilichkeitspflicht

*Kein Leitsatz.*

In der Literatur wird die Unparteilichkeitspflicht als Teilgehalt der Interessenwahrungspflicht verstanden.<sup>185</sup> Dieser Ansicht folgend, wurde für die Unparteilichkeitspflicht ein (Unter-)Leitsatz im Rahmen der Interessenwahrungspflicht verfasst.<sup>186</sup>

<sup>178</sup> MARTI, S. 58; SANTSCHI DANIEL, S. 2.

<sup>179</sup> MARTI, S. 61.

<sup>180</sup> MARTI, S. 61; SANTSCHI ALFRED, S. 122.

<sup>181</sup> SANTSCHI ALFRED, S. 122.

<sup>182</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.4.6.

<sup>183</sup> CARLEN, S. 123; SANTSCHI ALFRED, S. 123.

<sup>184</sup> Vgl. dazu auch die Ausführungen unter Ziff. 7.4.2.

<sup>185</sup> BRÜCKNER, N. 883; CARLEN, S. 123; SANTSCHI ALFRED, S. 122.

<sup>186</sup> Vgl. dazu Ziffer 7.4.4.

#### 7.4.6 Ausstandspflichten

Leitsatz:

*Die Urkundsperson muss die Beurkundung ablehnen oder abbrechen, wenn*

- *sie selbst als Partei oder Nebenperson beteiligt ist;*
- *sie in der Sache ein persönliches Interesse hat;*
- *sie als Rechtsbeiständin oder Rechtsbeistand in der gleichen Sache tätig ist oder war;*
- *sie mit einer Partei oder Urkundspartei verheiratet ist oder war, in eingetragener Partnerschaft lebt oder lebte oder eine faktische Lebensgemeinschaft führt oder führte;*
- *sie mit einer Partei oder Urkundspartei in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis und mit dem dritten Grad verwandt oder verschwägert ist;*
- *eine juristische Person beteiligt ist, bei der sie einem zur Vertretung befugten Organ angehört oder für die sie die Unterschrift führt;*
- *sie aus anderen Gründen, insbesondere wegen Freundschaft oder Feindschaft mit einer (Urkunds-)Partei oder ihrer Vertretung, stark befangen sein könnte.*

Die Ausstandspflichten verbieten der Urkundsperson, in einem bestimmten Einzelfall eine Beurkundung vorzunehmen.<sup>187</sup> So muss die Urkundsperson in den Ausstand treten, wenn sie ein «persönliches» Verhältnis respektive einen «persönlichen» Bezug zu gewissen Beteiligten oder dem Beurkundungsgegenstand hat oder wenn sie am Beurkundungsverfahren formell selbst beteiligt ist.<sup>188</sup> Mit Ausstandspflichten soll sichergestellt werden, dass die Urkundsperson im konkreten Beurkundungsverfahren nicht durch persönliche Interessen gelenkt wird. Die Ausstandspflicht gehört gemäss der Lehre zu den Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung, die sich aus dem Bundesrecht ergeben.<sup>189</sup>

Der Detaillierungsgrad der Ausstandspflichten bildete ein zentrales Diskussionsthema in der Groupe de réflexion. Einige Mitglieder sprachen sich für einen detaillierten Leitsatz aus, der eine Liste mit den konkreten Tatbeständen enthält, bei denen in den Ausstand getreten werden muss. Dabei müsse der Tatsache, dass zwei respektive drei Systeme – freiberufliches Notariat, Amtsnotariat und gemischtes Notariat – existierten, Beachtung geschenkt werden. Sowohl im Amtsnotariat wie auch im lateinischen Notariat besteht die gleiche Problematik hinsichtlich der Ausstandspflichten gegenüber nahestehenden Personen. Ein diesbezüglicher Leitsatz kann deshalb für beide Systeme identisch formuliert werden. Anders sieht es aber betreffend Bürogemeinschaften aus. Hier stellt sich die Frage, ob ein Büropartner in Fällen, bei denen eine Urkundsperson in den Ausstand treten muss, beurkunden darf. Im Amtsnotariat muss die Beurkundung unter Umständen durch den Büropartner durchgeführt werden können, wenn keine Alternativen bestehen. Beim freiberuflichen Notariat dagegen kann die öffentliche Beurkundung durch eine Urkundsperson aus einem anderen Büro vorgenommen werden. Aufgrund der zu dieser Problematik geführten Diskussionen wurde beschlossen, dass eine Beurkundung durch den Büropartner einer Urkundsperson, die in den Ausstand treten muss, grundsätzlich zulässig sein sollte.

Die Tatsache, dass die Verletzung von Ausstandspflichten gemäss Ansicht der Mitglieder der Groupe de réflexion zu der Anfechtbarkeit einer öffentlichen Urkunde führt<sup>190</sup>, spricht – im Sinne der Rechtssicherheit – für einen abschliessenden Tatbestands-Katalog. In Grenzfällen, die unter Umständen nicht in diesem Katalog erfasst sind, kann immer noch die Unparteilichkeitspflicht ordnend eingreifen.<sup>191</sup>

<sup>187</sup> BRÜCKNER, N. 755; MOOSER, N. 152; NUSSBAUM, S. 39; RUF, N. 716; SANTSCHI ALFRED, S. 30.

<sup>188</sup> BRÜCKNER, N. 774 ff.; CARLEN, S. 116 ff.

<sup>189</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.2.

<sup>190</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.6.2.3.2.

<sup>191</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.4.4.1.

Der zur Ausstandspflicht formulierte Leitsatz orientiert sich an Artikel 47 ZPO und somit an den Ausstandsregelungen bei streitigen Verfahren.

In Bezug auf das erste Lemma des Leitsatzes wurde im Verlaufe der Diskussionen der Groupe de réflexion die Frage gestellt, wann eine Urkundsperson als «Nebenperson» beteiligt sei und ob diesbezüglich im Leitsatz allenfalls eine Ergänzung angebracht wäre. Was unter dem Begriff der «Nebenperson» zu verstehen ist, wird in Ziffer 7.5.1.4 ausgeführt. Da die einzelnen Leitsätze immer auch im Gesamtkontext zu lesen und Doppelspurigkeiten zu vermeiden sind, wird in diesem Kapitel auf eine weitere oder zusätzliche Erläuterung verzichtet.

Kontrovers diskutiert wurde in der Groupe de réflexion das letzte Lemma des Leitsatzes. In einer ersten Version wurde folgende Formulierung gewählt: «sie aus anderen Gründen befangen sein könnte». Gegen diesen Wortlaut wurde vorgebracht, dass er zu unbestimmt sei und bei den Urkundspersonen zu Unsicherheiten führen würde. Im Ergebnis konnte sich die Groupe de réflexion darauf einigen, das letzte Lemma des Leitsatzes in Anlehnung von Artikel 47 ZPO auszuformulieren.

Die Ausstandspflichten gemäss dem Leitsatz gelten sowohl für Willenserklärungen wie auch für Sachbeurkundungen. Nicht zur Anwendung kommen sie jedoch bei Beglaubigungen. Verstösst die Urkundsperson gegen eine der Ausstandspflichten, führt dies zu der Anfechtbarkeit der öffentlichen Urkunde.<sup>192</sup>

#### 7.4.7 Geheimhaltungspflicht (Schweigepflicht)

Leitsatz:

##### Amtsnotariat

*Die Urkundsperson ist zur Verschwiegenheit über hauptberufliche Angelegenheiten verpflichtet, soweit an der Geheimhaltung ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse besteht oder eine besondere Vorschrift dies vorsieht.*

##### Freiberufliches Notariat

*Urkundspersonen unterstehen zeitlich unbegrenzt und gegenüber jedermann dem Berufsgeheimnis über alles, was ihnen infolge ihres Berufs von ihrer Klientschaft anvertraut worden ist. Die Entbindung verpflichtet sie nicht zur Preisgabe von Anvertrautem.*

*Sie sorgen für die Wahrung des Berufsgeheimnisses durch ihre Hilfspersonen sowie der beteiligten Nebenpersonen.*

Die Urkundsperson hat über das Wissen, welches sie in Zusammenhang mit ihrer Berufsausübung erlangt, Stillschweigen zu bewahren.<sup>193</sup> Die (Urkunds-)Parteien sollen sich der Urkundsperson ohne Angst anvertrauen können, denn nur in Kenntnis aller relevanter Information ist die Urkundsperson in der Lage, ihren Pflichten überhaupt nachzukommen.

Die Geheimhaltungspflicht kann sich nur auf die hauptberufliche (amtliche) Tätigkeit der Urkundsperson beziehen. Für allfällige nebenberufliche Tätigkeiten besteht eine vertragliche Geheimhaltungspflicht, die sich nach OR richtet.

Im StGB werden die Straftatbestände der Verletzung des Amtsgeheimnisses (Art. 320 StGB) und der Verletzung des Berufsgeheimnisses (Art. 321 StGB) geregelt. Die freiberufliche Urkundsperson untersteht dem Berufsgeheimnis und die Urkundsperson im Amtsnotariat dem Amtsgeheimnis.<sup>194</sup> Unter welchen Voraussetzungen eine Geheimnispflichtverletzung strafbar ist, bestimmt sich also nach Bundesrecht. Die Leitsätze zu der Geheimhaltungspflicht können diesbezüglich nicht weitergehen als die Regelungen im StGB. Bei der Geheimhaltungspflicht

<sup>192</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.6.2.3.2.

<sup>193</sup> CARLEN, S. 126; JEANDIN, S. 93.

<sup>194</sup> BRÜCKNER, N. 1136.

ist bei den Leitsätzen eine Unterscheidung zwischen dem freiberuflichen Notariat und dem Amtsnotariat zu machen.

Von der Geheimhaltungspflicht wird alles erfasst, was die Urkundsperson im Rahmen ihrer Tätigkeit von den beteiligten Parteien respektive Urkundsparteien, deren Vertreterinnen und Vertretern sowie den Sachverständigen erfährt. Tatsachen, die allgemein bekannt sind oder von jedermann eingesehen werden können, fallen nicht unter die Geheimhaltungspflicht.<sup>195</sup> Unter gewissen Umständen kann die Geheimhaltungspflicht eingeschränkt oder sogar aufgehoben werden.<sup>196</sup> So kann die geheimnisberechtigte Person oder auch die Aufsichtsbehörde die Urkundsperson von der Geheimhaltungspflicht entbinden.

Sind an der öffentlichen Urkunde neben der Urkundsperson weitere Personen beteiligt, bspw. Hilfspersonen oder Sachverständige, so unterstehen auch diese der Geheimhaltungspflicht. Die Urkundsperson hat mit den geeigneten Mitteln wie z.B. mit arbeits- oder beamtenrechtlichen Instruktionen die Einhaltung der Geheimhaltungspflicht sicherzustellen.

Die Geheimhaltungspflicht ist als Ordnungsvorschrift einzustufen und kann für die Urkundsperson disziplinarische, vermögensrechtliche und / oder strafrechtliche Folgen haben.<sup>197</sup>

Die Geheimhaltungspflicht kommt sowohl bei den Willenserklärungen und bei den Sachbeurkundungen jedoch grundsätzlich nicht bei den Beglaubigungen zur Anwendung.

#### 7.4.8 Sorgfaltspflicht

*Kein Leitsatz.*

Im Rahmen der Arbeiten der Groupe de réflexion wurde beschlossen, dass für die Sorgfaltspflicht kein eigenständiger Leitsatz verfasst wird. Allerdings wird diese Pflicht in einem Unterleitsatz im Rahmen der Interessenwahrungspflicht aufgenommen.<sup>198</sup>

#### 7.4.9 Ansehen

*Kein Leitsatz.*

Mit der Pflicht, das «Ansehen» des Berufsstands zu wahren, sollen Urkundspersonen angehalten werden, Tätigkeiten oder Verhaltensweisen, die sich auf Wahrnehmung des Berufsstands negativ auswirken könnten, zu unterlassen. Es war in der Groupe de réflexion unbestritten, dass zum «Ansehen» kein separater Leitsatz verfasst werden soll. Die Wahrung des «Ansehens» wird bereits durch die Leitsätze zu anderen Berufspflichten indirekt abgedeckt.

#### 7.4.10 Unabhängigkeit

*Kein Leitsatz.*

Die Arbeit einer Urkundsperson darf durch äussere Umstände nicht in der Weise gelenkt werden, dass deren Unabhängigkeit gefährdet ist. Die Unabhängigkeit der Urkundsperson wird durch die Interessenwahrungspflicht, die Unterparteilichkeitspflicht und die Ausstandspflichten sichergestellt. Auf einen spezifischen Leitsatz zur Unabhängigkeit kann daher verzichtet werden.

<sup>195</sup> BRÜCKNER, N. 1140.

<sup>196</sup> BRÜCKNER, N. 1158 ff.; MOOSER, N. 250.

<sup>197</sup> So auch CARLEN, S. 127; vgl. dazu Ziff. 7.6.2.4.

<sup>198</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.4.4.2.

#### 7.4.11 Mitteilungspflicht

*Kein Leitsatz.*

Unter die Mitteilungspflicht zu subsumieren ist die Pflicht der Urkundsperson, Änderungen der Voraussetzungen, welche für die Erteilung der Beurkundungsbefugnis massgebend sind, der Aufsichtsbehörde zu melden. Gemäss den Ausführungen unter Ziffer 7.3.2.1 ist die Vergabe und auch der Entzug der Beurkundungsbefugnis Sache der Kantone. Eine Regelung allfälliger Mitteilungspflichten im Hinblick auf die für die Beurkundungsbefugnis massgebenden Voraussetzungen ist daher den Kantonen zu überlassen.

#### 7.4.12 Weiterbildungspflicht

*Kein Leitsatz.*

Die korrekte und gewissenhafte Berufsausübung erfordert eine ständige Weiterbildung der Urkundsperson, damit diese ihr Wissen auf dem aktuellen Stand halten kann. Entsprechend organisieren viele kantonale Berufsverbände Weiterbildungsveranstaltungen für ihre Mitglieder. Die wenigsten Kantone kennen eine gesetzlich verankerte Weiterbildungspflicht.<sup>199</sup>

Die Groupe de réflexion kam zum Ergebnis, dass für die Weiterbildungspflicht kein eigenständiger Leitsatz formuliert werden sollte. Allerdings sollte die Pflicht zur Weiterbildung unter die Interessenwahrungspflicht gefasst werden. Da aber für die Ausbildung oder die fachlichen Voraussetzungen kein Leitsatz formuliert wurde, wurde konsequenterweise auch kein solcher für die Weiterbildung verfasst.<sup>200</sup>

#### 7.4.13 Pflicht zur Wahrung staatlicher Fiskalinteressen

*Kein Leitsatz.*

Die Urkundsperson übt ein öffentliches Amt aus. Eine Verpflichtung ihrerseits, die staatlichen Fiskalinteressen zu wahren, ist daher durchaus nachvollziehbar. Das Verfassen eines Leitsatzes in diesem Bereich wurde von der Groupe de réflexion jedoch nicht als notwendig oder sinnvoll erachtet.

### 7.5 Beurkundungsverfahren (Verfahrensablauf)

#### 7.5.1 Allgemeine Verfahrensvorschriften

##### 7.5.1.1 Datenträger für das Original der Urkunde, die Ausfertigung und die beglaubigte Kopie

Leitsatz:

Variante 1:

*Das Original der öffentlichen Urkunde ist in Papierform zu erstellen.*

*Ausfertigungen oder Beglaubigungen können in elektronischer Form oder in Papierform für Beteiligte und öffentliche Register erstellt werden.*

Variante 2:

*Das Original der öffentlichen Urkunde kann in Papierform oder in elektronischer Form erstellt werden.*

<sup>199</sup> AG hat die Weiterbildungspflicht explizit gesetzlich verankert (Art. 33 BeurG-AG) ebenso wie VD (Art. 46 LNo-VD).

<sup>200</sup> Vgl. diesbezüglich die Ausführungen zu Ziff. 7.3.2.4.

*Ausfertigungen oder Beglaubigungen können in elektronischer Form oder in Papierform für Beteiligte und öffentliche Register erstellt werden.*

Das Original einer öffentlichen Urkunde muss auch noch nach Jahren lesbar sein. Der Datenträger für die öffentliche Urkunde muss daher gewisse Anforderungen erfüllen. Gemäss den heutigen rechtlichen Regelungen wird das Original der öffentlichen Urkunde in Papierform erstellt. Die Kantone können ihre Urkundspersonen jedoch gestützt auf Artikel 55a SchIT ZGB ermächtigen, elektronische Ausfertigungen oder elektronisch beglaubigte Kopien vom Original der öffentlichen Urkunde zu erstellen. Am 8. Januar 2019 eröffnete der Bundesrat die Vernehmlassung zum Bundesgesetz über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBG). Die Vernehmlassung dauerte bis am 8. Mai 2019. Gemäss dem Vorentwurf sollen die Urkundspersonen in Zukunft verpflichtet sein, das Original der Urkunde in elektronischer Form zu erstellen. Weiterhin soll es möglich sein, beglaubigte Kopien und Ausfertigungen derselben in Papierform zu erstellen. Die Auswertung der Vernehmlassung zum EÖBG und die Ausarbeitung eines Entwurfs mitsamt Botschaft wurden an die Hand genommen.

Die Vernehmlassung hat gezeigt, dass ein Obligatorium zur Erstellung der öffentlichen Urkunde in elektronischer Form kritisch beurteilt wird. Die bundesrechtliche Einführung der Möglichkeit, elektronische Originale öffentlicher Urkunden (ohne entsprechendes Obligatorium) zu erstellen, wurde jedoch mehrheitlich begrüsst. Um den im Rahmen der Vernehmlassung eingegangenen Stellungnahmen und dem Stand des «Projekts EÖBG» Rechnung zu tragen, wurden zwei Varianten eines Leitsatzes betreffend Datenträger für das Original der öffentlichen Urkunde respektive für die Ausfertigungen und beglaubigten Kopien formuliert. Für Ausfertigungen und beglaubigte Kopien ist der Leitsatz bei beiden Varianten aber identisch, da bereits heute diesbezüglich die Möglichkeit zur Wahl der elektronischen Form besteht. Zudem wurde jeweils der Ausdruck «Beglaubigungen» verwendet und nicht «beglaubigte Kopien». Damit soll klargestellt werden, dass gemäss EÖBV Beglaubigungen allgemein in elektronischer Form erstellt werden können (Art. 13 ff. EÖBV).

#### 7.5.1.2 Formeller Inhalt öffentlicher Urkunden

Leitsatz:

*Die öffentliche Urkunde enthält mindestens die genaue Bezeichnung der Urkundsperson, der allfälligen Parteien und der allfälligen Urkundsparteien sowie Angaben hinsichtlich eines Vertretungsverhältnisses, das Schlussverbal, Datum und Ort der Beurkundung und die Unterschrift der Urkundsperson.*

*Bei der Beurkundung von Willenserklärungen enthält die öffentliche Urkunde grundsätzlich auch die Unterschriften der Urkundsparteien.*

Beim formellen Inhalt einer öffentlichen Urkunde handelt es sich um Teile der Urkunde, die sich nicht unmittelbar auf den Urkundgegenstand beziehen. Gemeint sind Angaben wie der Vorname und der Name sowie allenfalls weitere individualisierbare Angaben zur Urkundsperson, das Datum und der Ort der Beurkundung, die Angaben zu den beteiligten Parteien respektive Urkundsparteien etc.

Das Bundesrecht verlangt hinsichtlich des formellen Inhalts der öffentlichen Urkunde heute folgendes:

- dass die öffentliche Urkunde den Namen der ausstellenden Urkundsperson nennt und datiert ist;<sup>201</sup>

<sup>201</sup> BRÜCKNER, N. 1260; MOOSER, N. 558 und N. 656.

- die einwandfreie Bezeichnung der Parteien, die sich durch die Erklärungen berechtigen und verpflichten, sowie die Angabe des Vertretungsverhältnisses, wenn eine Partei sich durch einen Dritten<sup>202</sup> vertreten lässt.<sup>203</sup>

Hinsichtlich des Detaillierungsgrades des Leitsatzes wurde vorgebracht, dass ein zu differenzierter Leitsatz zum formellen Inhalt der öffentlichen Urkunde den kantonalen Besonderheiten nicht gerecht werden kann. Es wird daher im Leitsatz ein formeller Mindestinhalt vorgeschrieben. Diesen können die Kantone durch weitere Vorschriften ergänzen, was durch den Begriff «mindestens» zum Ausdruck gebracht werden soll. In Bezug auf die Folgen des Fehlens eines des im Leitsatz genannten Elements ist auf Ziffer 7.6 zu verweisen.

Der Leitsatz ist auf die Willenserklärungen und Sachbeurkundungen anwendbar, nicht aber auf die Beglaubigungen.

### 7.5.1.3 Beilagen zur öffentlichen Urkunde

Leitsatz:

*Beilagen zu einer öffentlichen Urkunde sind als solche zu bezeichnen und mit der öffentlichen Urkunde in geeigneter Weise mit einem Verweis zu verbinden und aufzubewahren.*

*Beilagen, die unter dem Aspekt der Formgültigkeit beurkundungsbedürftig sind, sind den Urkundsparteien zur Kenntnis zu bringen und von diesen und der Urkundsperson zu unterzeichnen.*

Bei den Beilagen zu einer öffentlichen Urkunde handelt es sich um Dokumente, die inhaltlich einen Bezug zu derselben aufweisen. Beilagen zu einer öffentlichen Urkunde werden in derselben erwähnt und mit einem entsprechenden Zeugnis versehen, aus dem der Bezug zur Urkunde hervorgeht.

Beilagen zu einer öffentlichen Urkunde können sein:

- Vollmachten;
- Zustimmungen Dritter zu Rechtsgeschäften;
- Pläne aus den Daten der amtlichen Vermessung;
- Architektenpläne;
- Etc.

Bei den Beilagen wird unterschieden zwischen den *erklärungsergänzenden* Beilagen<sup>204</sup>, den *beweiserleichternden* Beilagen<sup>205</sup> und den *beurkundungsbedürftigen* Beilagen<sup>206</sup>.

Die *erklärungsergänzenden* Beilagen konkretisieren die Bestimmungen in der öffentlichen Urkunde, enthalten aber keine objektiv oder subjektiv wesentlichen Vertragspunkte (z.B. Inventarlisten etc.). Öffentlich beurkundet werden nur die Erklärungen in der Haupturkunde. Die *erklärungsergänzenden* Beilagen sind nicht beurkundungsbedürftig. Die öffentliche Urkunde verweist auf die *erklärungsergänzende* Beilage unter Nennung des Titels und des Datums des Dokuments.

<sup>202</sup> Ebenfalls als «Dritte» werden hier diejenigen Personen verstanden, die als Vertreter für juristische Personen handeln.

<sup>203</sup> BGE 112 II 330, 332.

<sup>204</sup> BRÄM, S. 217.

<sup>205</sup> BRÄM, S. 217 f.; BRÜCKNER, N. 1375 f.

<sup>206</sup> BRÄM, S. 218 ff.

Auf die *beweiserleichternden* Beilagen wird in der Urschrift in der Regel durch eine notarielle Feststellung verwiesen. Es handelt sich bei den *beweiserleichternden* Beilagen (z.B. Vollmachten, Handelsregisterauszüge etc.) um Dokumente, die nicht formell in das Beurkundungsverfahren einbezogen werden müssen.

Zu den *beurkundungsbedürftigen* Beilagen gehören die Dokumente, welche formell in das Beurkundungsverfahren einbezogen werden müssen. Die Haupturkunde und die Beilagen haben aufeinander zu verweisen. Weiter sind die Beilagen den Urkundsparteien zur Kenntnis zu bringen und von diesen und der Urkundsperson zu unterzeichnen. Dieser Vorgang ist von der Urkundsperson im Schlussverbal festzuhalten. Zu der Frage, wann genau Beilagen als öffentlich beurkundet gelten, hat sich das Bundesgericht bisher nicht geäußert.<sup>207</sup>

Alle Kategorien von Beilagen sind als solche zu bezeichnen und mit der öffentlichen Urkunde in geeigneter Weise zu verbinden und aufzubewahren (erster Leitsatz). Die beurkundungsbedürftigen Beilagen sind zusätzlich von den Urkundsparteien und der Urkundsperson zu unterzeichnen (zweiter Leitsatz).

Mit dem Ausdruck «verbinden» ist nicht gemeint, dass die Beilagen mit einer Schnur oder gar einem «Wachssiegel» mit der öffentlichen Urkunde zu verbinden sind. Vielmehr soll in der öffentlichen Urkunde ein Verweis enthalten sein, der festhält, um welche Beilagen es sich konkret handelt. Bei mehreren Beilagen wäre allenfalls eine Nummerierung derselben angebracht. Gleichzeitig ist auf den Beilagen ein Vermerk in Schriftform anzubringen, der auf die Beziehung zur öffentlichen Urkunde verweist (z.B. «Beilage XY zu der öffentlichen Urkunde Z vom 1.10.2020»).

Werden die Beilagen direkt in die öffentliche Urkunde integriert, ist eine genügende Verbindung bereits gegeben und das Erfordernis separaten Unterzeichnung entfällt. Eine Anwendung des Leitsatzes auf die Beglaubigungen ist von der Sache her bereits ausgeschlossen.

#### 7.5.1.4 Mitwirkende / beteiligte Personen

Leitsatz:

##### Zeuginnen und Zeugen

*Als Zeugin oder Zeuge kann handeln, wer handlungsfähig sowie des Lesens und Schreibens mächtig ist.*

*Für die Zeugin oder den Zeugen gelten die gleichen Ausstandspflichten wie für die Urkundsperson.*

##### Übersetzerinnen und Übersetzer

*Als Übersetzerin oder Übersetzer kann handeln, wer bezüglich des Könnens als geeignet erscheint.*

*Für die Übersetzerin oder den Übersetzer gelten die gleichen Ausstandspflichten wie für die Urkundsperson.*

##### Sachverständige und Sachverständiger

*Als Sachverständige oder Sachverständiger kann handeln, wer bezüglich des Könnens als geeignet erscheint.*

*Für die Sachverständige oder den Sachverständigen gelten die gleichen Ausstandspflichten wie für die Urkundsperson.*

---

<sup>207</sup> BGE 106 II 146, 149 f.

Die Mitwirkung der Urkundsperson ist bei jedem Beurkundungsverfahren notwendig. Gewisse Arbeiten und Aufgaben kann die Urkundsperson aber an andere Personen delegieren. Unter Umständen muss die Urkundsperson sodann für das Beurkundungsverfahren zwingend weitere Personen beiziehen (z.B. Zeuginnen und Zeugen oder Übersetzerinnen und Übersetzer).

Am Beurkundungsverfahren beteiligte oder mitwirkende Personen sind zudem die Nachfragenden der Dienstleistung der Urkundsperson, also die Klientinnen und Klienten bzw. die Parteien oder deren Stellvertreterinnen und Stellvertreter. Bei den Parteien gilt es folgende Kategorien zu unterscheiden:

- die Personen, die im Rahmen des Beurkundungsverfahrens respektive des Hauptverfahrens anwesend sind und als Partei auftreten, *die Urkundsparteien (les comparants)*<sup>208</sup> und
- die Personen, deren Rechtsverhältnisse gestaltet werden, *die Parteien (les parties)*.<sup>209</sup>

Die Bezeichnungen der verschiedenen neben der Urkundsperson an einem Beurkundungsverfahren beteiligten oder mitwirkenden Personen sind in der Lehre nicht einheitlich. Für die Erarbeitung der Leitsätze für ein einheitliches Beurkundungsverfahren in der Schweiz wurde daher definiert, welche Bezeichnung für welche Personen verwendet wird:

- Die Hilfspersonen

Die Urkundspersonen sind die Leitenden des Beurkundungsverfahrens und müssen mindestens das Hauptverfahren persönlich leiten.<sup>210</sup> Gewisse Tätigkeiten können sie allerdings an Hilfspersonen delegieren. Die Hilfspersonen sind der Urkundsperson arbeitsvertraglich oder beamtenrechtlich unterstellt. Sie können gewisse Tätigkeiten der Urkundsperson an deren Stelle übernehmen und diese vertreten.<sup>211</sup> Zu den Hilfspersonen wird kein Leitsatz verfasst, da sie nicht am Hauptverfahren selber teilnehmen.

- Die Zeuginnen und Zeugen

Zeuginnen und Zeugen wirken nur bei der Beurkundung gewisser Willenserklärungen mit, nicht aber bei Sachbeurkundungen.<sup>212</sup> Aufgrund ihrer eigenen Wahrnehmung bestätigen sie im Rahmen des Hauptverfahrens, was sie gemäss den bundesrechtlichen oder kantonalen Bestimmungen festzustellen haben.

Als Zeuginnen und Zeugen können alle handlungsfähigen sowie des Lesens und Schreibens mächtigen, nicht nahestehenden Personen auftreten, die in der Lage sind, den zu bezeugenden Teil des Beurkundungsverfahrens zu erfassen und ihr Zeugnis schriftlich abzugeben.<sup>213</sup> Sowohl der Urkundsperson wie auch der Urkundspartei oder der erklärungsbegünstigten Partei darf eine Zeugin oder ein Zeuge – im Sinne einer Ausstandsregel – nicht nahestehen.<sup>214</sup>

Die Zeuginnen und Zeugen müssen gemäss den heute geltenden Bestimmungen im Hauptverfahren anwesend sein und im Laufe dieses Verfahrens ihre Zeugenbescheinigung unterzeichnen. In einigen Hauptverfahren müssen sie bereits bei der Rekog-

---

<sup>208</sup> BRÜCKNER, N. 449 ff.; KUNZ, S. 21; MOOSER, N. 589.

<sup>209</sup> BRÜCKNER, N. 435 ff.; KUNZ, S. 21; MOOSER, N. 589.

<sup>210</sup> BRÜCKNER, N. 363; MARTI, S. 57.

<sup>211</sup> BRÜCKNER, N. 370 ff.; MOOSER, N. 590.

<sup>212</sup> BRÜCKNER, N. 387; MARTI, S. 66.

<sup>213</sup> BRÜCKNER, N. 385.

<sup>214</sup> BRÜCKNER, N. 386.

nition anwesend sein, bei anderen erst, wenn die Urkundsparteien die Urkunde genehmigen oder die Urkundsparteien den Zeuginnen und Zeugen unmittelbar anschliessend erklären, dass sie die Urkunde genehmigt haben.<sup>215</sup>

Im Bundesrecht werden heute zwei Zeuginnen oder Zeugen verlangt (Art. 501 und 502 ZGB).

Hinsichtlich des Beizugs von Zeuginnen und Zeugen bei öffentlichen Beurkundungen stellt sich die Frage, welchen Zweck diese Vorschrift verfolgt und ob diese heute noch zeitgemäss ist. In der Groupe de réflexion wurde entschieden, einen Leitsatz zu den Zeuginnen und Zeugen zu verfassen. Nicht alle Mitglieder sprachen sich aber dafür aus, dieses Institut beizubehalten. Solange das ZGB aber für das Verfahren zur Errichtung letztwilliger Verfügungen und Erbverträge den Beizug von Zeuginnen oder Zeugen verlangt, ist zu diesen ein Leitsatz zu verfassen. Zudem wurde im Rahmen der Erarbeitung eines Leitsatzes für die «besonderen Verfahren» von einigen Mitgliedern der Groupe de réflexion gewünscht, dass der Beizug von Zeuginnen oder Zeugen bei solchen vorgeschrieben werden soll.<sup>216</sup> Der Anforderung, dass Zeuginnen und Zeugen der Urkundspartei oder der Partei nicht nahestehen dürfen, wird damit Rechnung getragen, dass für die Zeuginnen und Zeugen dieselben Ausstandspflichten wie für die Urkundsperson gelten. Die Geltung der gleichen Ausstandspflichten für Zeuginnen und Zeugen war in der Groupe de réflexion jedoch nicht unbestritten, gerade auch, weil die in Artikel 503 ZGB beschriebenen Ausstandspflichten der Zeuginnen und Zeugen nicht mit denjenigen des Leitsatzes übereinstimmen.

- Die Übersetzerinnen und Übersetzer

Ist eine Verständigung zwischen der Urkundsperson und der Urkundspartei respektive den Urkundsparteien nicht möglich, so ist eine Übersetzerin oder ein Übersetzer beizuziehen. Die Verständigung kann erschwert oder unmöglich sein, wenn die Urkundspartei die Sprache, in der die öffentliche Urkunde verfasst ist, nicht oder nicht genügend beherrscht oder wenn sie weder hören noch sprechen kann.<sup>217</sup> Die Übersetzerin oder der Übersetzer haben der Urkundspartei den Inhalt der Urkunde zur Kenntnis zu bringen oder deren Genehmigung der Urkundsperson zu übermitteln.<sup>218</sup> Übersetzerinnen oder Übersetzer sind Gehilfen der Urkundsperson und nicht der Klientenschaft.<sup>219</sup>

Wenn die Urkundsperson über genügend Kenntnisse der Muttersprache der Urkundspartei verfügt oder sich die Urkundsperson mit der Urkundspartei in einer anderen gemeinsamen Sprache verständigen kann, so ist der Beizug einer Übersetzerin oder eines Übersetzers nicht notwendig.<sup>220</sup>

Die Qualifikationen von Übersetzerinnen und Übersetzern wie auch deren Ausstandspflichten führten zu Diskussionen in der Groupe de réflexion. So wurde in einem ersten Leitsatz noch verlangt, dass die Übersetzerinnen und Übersetzer über «charakterliche Integrität» verfügen. Von mehreren Mitgliedern wurde moniert, dass die «charakterliche Integrität» ein Kriterium sei, welches von der Urkundsperson nicht wirklich beurteilt werden könne, daher sei es zu streichen. Weiter wurde die Frage aufgeworfen, ob es notwendig sei, dass für die Übersetzerinnen und Übersetzer die gleichen

---

<sup>215</sup> MARTI, S. 68 f.

<sup>216</sup> Vgl. hierzu Ziff. 7.5.4.12.

<sup>217</sup> BRÜCKNER, N. 373; Gemäss MARTI, S. 72, handelt es sich bei Personen, die für eine Verständigung zwischen der Urkundsperson und einer Urkundspartei, die taub oder stumm ist, sorgen, um Sachverständige und nicht um Übersetzerinnen oder Übersetzer.

<sup>218</sup> MARTI, S. 72.

<sup>219</sup> BRÜCKNER, N. 376.

<sup>220</sup> BRÜCKNER, N. 377; MARTI, S. 72. Zur Beurkundung in einer fremden Sprache vgl. Ziff. 7.5.1.5.

Ausstandspflichten gelten wie für die Urkundsperson. In diesem Zusammenhang wurde darauf hingewiesen, dass den Übersetzerinnen und den Übersetzern eine wichtige Funktion zukommt, sie eigentliche Gehilfen der Urkundsperson sind und es daher gerechtfertigt sei, sowohl hinsichtlich der Qualifikation wie auch der einzuhaltenden Ausstandspflichten hohe Anforderungen zu stellen. Damit jedoch die Urkundsperson nicht die volle Verantwortung für die Auswahl übernehmen müsse, würde es sich anbieten betreffend ausgewählte Übersetzerinnen und Übersetzer die Zustimmung der Urkundsparteien einzuholen und dies in der öffentlichen Urkunde festzuhalten.

- Die Sachverständigen

Unter den Sachverständigen werden die Personen gefasst, welche aufgrund ihres besonderen Fachwissens beigezogen werden (z.B. sachverständiger Schätzer, Ärztin etc.).

- Mitwirkende Nebenpersonen

Die mitwirkenden Nebenpersonen sind Personen, welche zwar nicht Klienten der Urkundsperson und auch nicht Urkundsadressaten sind, jedoch durch die öffentliche Beurkundung zu ihrem Vor- oder Nachteil betroffen sind, also bspw. Personen, die durch einen Erbvertrag begünstigt werden oder im Rahmen eines solchen auf einen erbrechtlichen Anspruch verzichten.<sup>221</sup> Ebenfalls mitwirkende Nebenpersonen sind bspw. Ehegatten, welche im Rahmen von Artikel 169 ZGB ihre Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft erteilen müssen.

- Die Urkundsparteien («les comparants»)

Die Urkundsparteien sind diejenigen Personen, die im Rahmen des Beurkundungsverfahrens (des Hauptverfahrens) anwesend sind. Als Urkundsparteien können sowohl natürliche wie auch juristische Personen auftreten.<sup>222</sup>

Voraussetzung für die öffentliche Beurkundung ist die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Urkundspartei, welche sich nach dem Bundesrecht richtet und von der Urkundsperson zu prüfen ist.<sup>223</sup> Die Urkundspartei hat die Urkundsperson für sich selbst oder für eine dritte Person zu rogieren und sich betreffend ihrer Identität auszuweisen. Sodann hat die Urkundspartei im Beurkundungsverfahren entsprechend mitzuwirken.<sup>224</sup>

- Die Parteien (Les parties)

Bei den Parteien handelt es sich um diejenigen Personen, auf deren Veranlassung hin die Beurkundung vorgenommen wird und deren Rechtsverhältnisse gestaltet werden.<sup>225</sup> Eine Partei kann, wenn sie selber nicht am Beurkundungsverfahren teilnehmen will oder kann, für die nicht-höchstpersönlichen Geschäfte eine Stellvertreterin oder einen Stellvertreter bestellen. In einem solchen Fall hat die Urkundsperson die Legitimation der oder des Stellvertretenden als Urkundspartei zu prüfen.<sup>226</sup>

### 7.5.1.5 Urkundssprache

Leitsatz:

<sup>221</sup> BRÜCKNER, N. 476 ff.

<sup>222</sup> MARTI, S. 62.

<sup>223</sup> MARTI, S. 64. Zu der Prüfung der Urteilsfähigkeit vgl. Ziff. 7.4.2.

<sup>224</sup> MARTI, S. 65.

<sup>225</sup> KUNZ, S. 21.

<sup>226</sup> KUNZ, S. 22.

*Die Kantone bestimmen, in welcher Sprache öffentliche Urkunden zu verfassen sind.*

*Auf Ersuchen der Beteiligten oder aufgrund gesetzlicher Bestimmungen kann die Urkundsperson die öffentliche Urkunde auch in einer fremden Sprache errichten, wenn sie diese genügend beherrscht.*

*Wird die öffentliche Urkunde in einer Sprache errichtet, welcher die Urkundsperson nicht mächtig ist, so kann die öffentliche Urkunde unter Mitwirkung einer Übersetzerin oder eines Übersetzers zweisprachig oder mehrsprachig in der/den fremden und der Sprache der Urkundsperson verfasst werden.*

Gemäss dem geltenden Artikel 55 Absatz 2 SchIT ZGB haben die Kantone für die Errichtung von öffentlichen Urkunden in anderen Sprachen ordnende Bestimmungen aufzustellen. Im Grundsatz wird die öffentliche Urkunde daher in der Amtssprache des Beurkundungsorts verfasst.<sup>227</sup> Bei Willenserklärungen gilt es allerdings sicherzustellen, dass die Urkundsparteien die Sprache, in welcher die öffentliche Urkunde errichtet wurde, verstehen, damit sie auch von deren Inhalt hinreichend Kenntnis nehmen können.

Heute finden sich betreffend Sprache der öffentlichen Urkunde respektive Übersetzung ganz unterschiedliche kantonale Regelungen. Teilweise schreiben die Kantone explizit vor, in welcher Sprache die öffentlichen Urkunden zu errichten sind.<sup>228</sup> In der Regel ist dies die Amtssprache des Kantons.<sup>229</sup> Weiter verlangen gewisse Kantone, dass die öffentliche Urkunde in einer Sprache verfasst ist, die der Urkundsperson und den Urkundsparteien vertraut ist.<sup>230</sup> Ist die Urkundsperson der Sprache der Urkundsparteien nicht mächtig und verfasst sie die öffentliche Urkunde daher in der ihr geläufigen Sprache, schreiben die Kantone heute vielfach den Beizug einer Übersetzerin oder eines Übersetzers vor.<sup>231</sup> Diese haben zu erklären, dass sie den Text nach bestem Wissen und Gewissen für die Urkundsparteien übersetzt haben.<sup>232</sup> Kann eine Urkundsperson eine öffentliche Urkunde aufgrund fehlender Sprachkenntnisse nicht einsprachig verfassen, besteht auch die Möglichkeit zur Erstellung einer zwei- oder mehrsprachigen öffentlichen Urkunde.<sup>233</sup>

Die Frage, ob zur Urkundssprache ein Leitsatz zu verfassen sei, wurde in der Groupe de réflexion kontrovers diskutiert. Es wurde diesbezüglich argumentiert, dass gerade Vorschriften betreffend Sprachen in die Organisationsfreiheit der Kantone gehörten. Dagegen wurde vorgebracht, dass die Sprache und damit die Verständlichkeit des Inhalts für die Erfüllung der Ziele der öffentlichen Beurkundung von zentraler Bedeutung seien. Im Rahmen der Gespräche konnte in der Groupe de réflexion eine Mehrheit gefunden werden, die sich für die Formulierung eines Leitsatzes aussprach.

Gemäss Leitsatz bestimmen im Grundsatz die Kantone, in welcher Sprache die öffentlichen Urkunden zu verfassen sind (Satz 1 des Leitsatzes).

Uneinigkeit herrschte in der Groupe de réflexion hinsichtlich des Themas, ob eine Urkundsperson eine (einsprachige) öffentliche Urkunde in einer Sprache verfassen kann, deren sie nicht mächtig ist. In der Literatur<sup>234</sup> wird die Meinung vertreten, dass Urkundspersonen eine (einsprachige) öffentliche Urkunde in einer fremden Sprache nur errichten können, wenn sie

<sup>227</sup> BRÜCKNER, N. 1276.

<sup>228</sup> Vgl. bspw.: AG: Urkunden, die für eine Behörde oder eine Amtsstelle im Kanton bestimmt sind, sind in deutscher Sprache zu verfassen (§ 44 Abs. 2 BeurG-AG); BL: Eine für die Verwendung in der Schweiz bestimmte öffentliche Urkunde ist in einer schweizerischen Amtssprache zu verfassen (§ 20 Abs. 1 NG-BL); NW: Die öffentliche Urkunde ist in deutscher Sprache abzufassen (§ 28 Abs. 1 BeurkV-NW).

<sup>229</sup> JEANDIN, S. 155 f.

<sup>230</sup> Vgl. bspw.: AG: § 44 Abs. 1 BeurG-AG; AR: Art. 16 Abs. 1 BeurkG-AR.

<sup>231</sup> Vgl. bspw.: AG: § 62 Abs. 3 BeurG-AG; AR: Art. 16 Abs. 2 BeurkG-AR; BL: § 20 Abs. 2 NG-BL.

<sup>232</sup> Vgl. bspw.: AG: § 62 Abs. 4 BeurG-AG; AR: Art. 16 Abs. 2 BeurkG-AR; BL: § 20 Abs. 2 NG-BL.

<sup>233</sup> BRÜCKNER, N. 1282; PIOTET, Ausgewählte Fragen, S. 264 ff.

<sup>234</sup> BRÜCKNER, N. 1281; MARTI, S. 148.

diese genügend beherrschen. Die Urkundsperson darf die öffentliche Urkunde nicht von einer anderen Person in einer fremden Sprache erstellen lassen und diese danach im Rahmen des Hauptverfahrens beurkunden, ohne dass sie den Text dieser einsprachigen Urkunde versteht.<sup>235</sup> Dieser Haltung konnten sich nicht alle Mitglieder der Groupe de réflexion anschliessen. Im Ergebnis einigte man sich aber trotzdem darauf, dass eine Urkundsperson eine (einsprachige) öffentliche Urkunden nur in einer fremden Sprache errichten kann, wenn sie diese ausreichend beherrscht (Satz 2 des Leitsatzes).

Gemäss dem vorliegenden Leitsatz ist eine zwei- oder mehrsprachige öffentliche Urkunde zu erstellen, wenn die Urkundsperson nicht über ausreichende Kenntnisse der (Fremd-)Sprache(n) verfügt (Satz 3 des Leitsatzes).

Bei einer zwei- oder mehrsprachigen Urkunde kann sich unter Umständen die Frage stellen, welche der Sprachversionen die massgebende ist. Bei einer Übersetzung besteht immer die Möglichkeit, dass die sprachlichen Feinheiten nicht eins zu eins übernommen wurden, was unter Umständen zu rechtlichen Streitigkeiten führen könnte. Die massgebende sprachliche Version kann nur diejenige sein, welche die Urkundsperson versteht. Nur im Rahmen derselben kann sie ihrer Belehrungspflicht auch wirklich nachkommen. Im Rahmen des Verbals ist festzuhalten, wie das konkrete Beurkundungsverfahren stattgefunden hat, welche Erklärungen seitens Übersetzerin und Übersetzer gemacht wurden und dass die Urkundsparteien erklärt haben, den Inhalt in der übersetzten Fassung verstanden zu haben.

Die Leitsätze zur Urkundssprache sind sowohl für die Willenserklärungen wie auch für die Sachbeurkundungen und Beglaubigungen anwendbar. Bei Beglaubigungen wird die Urkundsperson meist eher in der Lage sein, die öffentliche Urkunde auch in einer fremden Sprache zu errichten, da in diesen Fällen die Anforderungen an das Sprachverständnis weniger hoch zu gewichten sind und die Formulierungen nicht die gleiche Komplexität aufweisen, wie dies bspw. bei Willenserklärungen der Fall sein kann.

## 7.5.2 Beurkundungsbegehren (Rogation)

Leitsatz:

*Die Urkundspartei(en) oder die Partei(en) respektive deren Vertreterin oder deren Vertreter ersuchen die Urkundsperson darum, eine Urkunde zu errichten.*

*Die Rogation ist an keine Form gebunden.*

Das Beurkundungsbegehren oder die Rogation ist das Gesuch an die Urkundsperson zur Errichtung einer öffentlichen Urkunde.<sup>236</sup> Eine öffentliche Beurkundung erfolgt nicht von Amtes wegen. Das Beurkundungsbegehren bedarf keiner bestimmten Form, es kann auch stillschweigend erfolgen.<sup>237</sup> Eine stillschweigende Rogation liegt bspw. dann vor, wenn die Urkundsparteien am Beurkundungsverfahren teilnehmen.<sup>238</sup> Die Rogation kann auch mit einer Bedingung verknüpft sein. Sowohl bei Willenserklärungen, bei Sachbeurkundungen wie auch bei Beglaubigungen ist ein Beurkundungsbegehren erforderlich.<sup>239</sup> Die Rogation kann jederzeit – auch stillschweigend – zurückgezogen werden.<sup>240</sup> Eine ursprünglich fehlende Rogation

<sup>235</sup> MARTI, S. 148.

<sup>236</sup> ARNET, S. 189; KUNZ, S. 20; MARTI, S. 83; WOLF, Notariatspraxis, S. 35.

<sup>237</sup> BRÜCKNER, N. 751; KUNZ, S. 20; MOOSER, N. 593.

<sup>238</sup> SANTSCHI ALFRED, S. 9.

<sup>239</sup> MOOSER, N. 592 und N. 699.

<sup>240</sup> SANTSCHI ALFRED, S. 12.

kann «geheilt» werden, wenn im Verfahrensablauf eine solche nachträglich erteilt wird. Hinsichtlich der Wirkung einer fehlenden Rogation herrscht in der Lehre Uneinigkeit.<sup>241</sup> Ausdrücklich genannt wird die Rogation in kantonalen Bestimmungen lediglich in den Kantonen Bern und Jura.<sup>242</sup>

Nach dem Eingang der Rogation ist die Urkundsperson verpflichtet, das nächste Verfahrensstadium – das Prüfungsverfahren – an die Hand zu nehmen, da sie sonst gegen die Urkundspflicht verstossen würde.

Im Rahmen der Diskussionen der Groupe de réflexion wurde die Frage aufgeworfen, ob ein Leitsatz für die Rogation wirklich notwendig sei. Es sei doch selbstverständlich, dass eine Urkundsperson nur tätig werden könne, wenn sie einen entsprechenden Auftrag erhalten habe. Gemäss den Ausführungen der Mitglieder der Groupe de réflexion sei die Rogation immer wieder Inhalt von Disziplinarfällen, weshalb sich eine Regelung aufdränge. Explizit festgehalten wurde im zweiten Absatz des Leitsatzes, dass die Rogation formfrei erfolgen kann. Eine Rogation ist, wie bereits vorstehend ausgeführt, für alle Beurkundungsverfahren notwendig.

Die Ausführungen zu den Folgen einer fehlenden Rogation finden sich in Ziffer 7.6.2.4.

### 7.5.3 Vorverfahren (Prüfungs- und Vorbereitungsverfahren)

#### 7.5.3.1 Prüfung

Leitsatz:

*Die Urkundsperson hat zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Vornahme einer öffentlichen Beurkundung erfüllt sind.*

*Insbesondere hat die Urkundsperson folgende Punkte zu prüfen:*

- ihre örtliche und sachliche Zuständigkeit;
- das Fehlen von Ablehnungsgründen;
- das Fehlen von Ausstandsgründen;
- die Identität der Partei/en respektive der Urkundspartei/en;
- die Handlungs- und Urteilsfähigkeit der Partei/en respektive der Urkundspartei/en.

Nach der erfolgten Rogation hat die Urkundsperson zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine öffentliche Beurkundung gegeben sind. So hat die Urkundsperson gemäss der heutigen Literatur folgende Punkte zu prüfen:

- Örtliche und sachliche Zuständigkeit<sup>243</sup>  
Die Urkundsperson muss örtlich und sachlich für die öffentliche Beurkundung zuständig sein.
- Identität der Partei/en respektive der Urkundspartei/en<sup>244</sup>  
Die Urkundsperson hat die Identität der Partei/en respektive der Urkundspartei/en zu prüfen.
- Legitimation der beteiligten Partei/en respektive der Urkundspartei/en<sup>245</sup>  
Ist die Partei oder die Urkundspartei überhaupt zur Vornahme der Handlung berechtigt (z.B. der Übertragung von dinglichen Rechten).
- Fehlen von Ablehnungsgründen<sup>246</sup>

<sup>241</sup> Gemäss MARTI, S. 85, und WOLF, Notariatspraxis, S. 35, entsteht ohne Rogation keine gültige öffentliche Urkunde; BRÜCKNER, N. 1556, und MOOSER, N. 592, erkennen in der Rogation kein Gültigkeitserfordernis für eine öffentliche Urkunde.

<sup>242</sup> BE: Art. 32 NV-BE; JU: Art. 14 DELN-JU.

<sup>243</sup> ARNET, S. 189; CARLEN, S. 90; KUNZ, S. 16; MARTI, S. 92.

<sup>244</sup> BSK-SCHMID, N 16a zu Art. 55 SchIT ZGB; CARLEN, S. 90; MARTI, S. 93.

<sup>245</sup> MARTI, S. 93.

<sup>246</sup> KUNZ, S. 16; MARTI, S. 92.

Die Urkundsperson hat zu prüfen, ob aufgrund ihrer Beziehung zum Urkundsgegenstand oder zu der Partei respektive der Urkundspartei ein Ablehnungsgrund besteht.

- Handlungs- und Urteilsfähigkeit der Partei/en oder der Urkundspartei/en oder der Stellvertreterin oder des Stellvertreters<sup>247</sup>

Die Urkundsperson hat zu prüfen, ob die Handlungsfähigkeit und / oder die Urteilsfähigkeit gegeben ist / sind.<sup>248</sup>

- Weitere Ablehnungsgründe<sup>249</sup>

Die Urkundsperson hat zu prüfen, ob allenfalls andere Gründe vorliegen, die eine Ablehnung der Rogation zur Folge haben. Solche Gründe können bspw. sein: Rechts- oder Sittenwidrigkeit des Geschäfts, Unmöglichkeit des Urkundeninhalts etc.

In welcher Reihenfolge die Prüfung erfolgt, ist dabei nicht massgebend. Kann die Urkundsperson nach erfolgtem Prüfungsverfahren keinen Hinderungsgrund für die Durchführung des Beurkundungsverfahrens feststellen, so kann sie im Anschluss die Arbeiten des Vorverfahrens an die Hand nehmen.

Die in der Literatur aufgeführten Voraussetzungen, die geprüft werden müssen, bildeten die Ausgangslage für den zu erarbeitenden Leitsatz. Unbestritten war, dass die Urkundsperson ihre örtliche und sachliche Zuständigkeit zu prüfen hat. Ebenfalls Einigkeit herrschte hinsichtlich der Prüfung des Fehlens von Ablehnungsgründen. Der Tatbestand der «Prüfung der Urteilsfähigkeit» führte wie bereits bei der «Ablehnungspflicht» (vgl. dazu Ziffer 7.4.2) zu Diskussionen in Bezug auf das diesbezügliche Ermessen der Urkundsperson.

Es wurde darauf hingewiesen, dass aus dem Leitsatz hervorgehen müsse, dass die geprüften Voraussetzungen selbstverständlich auch im Zeitpunkt des Hauptverfahrens noch gegeben sein müssen und daher bei den weiteren Verfahrensschritten nicht ausser Acht gelassen werden dürfen. Mit der Formulierung «für die Vornahme einer öffentlichen Beurkundung» soll dieser Tatsache Rechnung getragen werden.

Je nachdem, ob eine Willenserklärung, eine Sachbeurkundung oder eine Beglaubigung vorliegt, hat die Urkundsperson unter Umständen unterschiedliche Punkte zu prüfen. Welche dies konkret sind, muss die Urkundsperson von Fall zu Fall entscheiden.

### 7.5.3.2 Vorbereitung

Leitsatz:

#### Willenserklärungen:

*Im Rahmen der Vorbereitung hat die Urkundsperson den Parteiwillen zu ermitteln, den Sachverhalt und die Rechtslage abzuklären, die notwendigen Bewilligungen von Verwaltungsbehörden einzuholen sowie die mitwirkenden Personen zu bezeichnen.*

Auf das Prüfungsverfahren folgt das Vorbereitungsverfahren. Zu diesem gibt es in den kantonalen Rechtsgrundlagen relativ wenige konkrete Bestimmungen.<sup>250</sup> Unter dem Vorbereitungsverfahren sind diejenigen Handlungen der Urkundsperson zu subsumieren, welche der Vorbereitung des Hauptverfahrens und des Nachverfahrens dienen.

Die Aufgaben und Arbeiten der Urkundsperson im Vorbereitungsverfahren können je nach Beurkundungsgegenstand (Willenserklärung, Sachbeurkundung oder Beglaubigung) sehr unterschiedlich ausfallen. Wichtige Aspekte im Zusammenhang mit dem Vorbereitungsverfahren

<sup>247</sup> CARLEN, S. 90 f.; MARTI, S. 92 f.

<sup>248</sup> Zu der Prüfung der Urteilsfähigkeit vgl. die Ausführungen unter Ziff. 7.4.2.

<sup>249</sup> MARTI, S. 93 f.

<sup>250</sup> MARTI, S. 97; WOLF, Notariatspraxis, S. 38.

sind das Feststellen des Sachverhalts, die Ermittlung des Parteiwillens, die Beschaffung von Akten, der Augenschein sowie das Einholen von Genehmigungen und Zustimmungen.<sup>251</sup>

Es wurde von einer Mehrheit der Groupe de réflexion gewünscht, dass auch zum Vorbereitungsverfahren ein Leitsatz verfasst werden soll. Gerade das Vorverfahren beinhalte wesentliche Aufgaben der Urkundsperson, weshalb dieser Verfahrensabschnitt nicht einfach ausser Acht gelassen werden könne. Tatsächlich unterscheide sich das Vorbereitungsverfahren je nach Beurkundungsgegenstand (Willenserklärung, Sachbeurkundung und Beglaubigung) sehr stark. Ebenfalls einen Einfluss hätten zudem die beteiligten Urkundsparteien. Der vorliegende Leitsatz soll die Aufgaben der Urkundsperson im Vorbereitungsverfahren so detailliert wie möglich aufführen.

In einer ersten Version des Leitsatzes wurde eine Pflicht statuiert, dass die Urkundsperson die notwendigen Bewilligungen einzuholen habe. Diese Formulierung wurde aber kritisch beurteilt. Es sei einer Urkundsperson teilweise nicht möglich, Bewilligungen einzuholen, da sich bspw. Dritte schlicht weigern können, eine solche zu erteilen. In einer solchen Konstellation liege das Einholen der Bewilligung ausserhalb des Einflussbereichs der Urkundsperson. Von einer Verpflichtung der Urkundsperson zum Einholen von Bewilligungen müsse daher abgesehen werden. Einige Mitglieder der Groupe de réflexion wiesen jedoch darauf hin, dass diese Pflicht zur Einholung von Bewilligungen trotz der vorgebrachten Argumente im Leitsatz nicht einfach ohne Weiteres gestrichen werden könne. Wenn für den Eintrag einer öffentlichen Urkunde in einem Register die Bewilligung einer Verwaltungsbehörde zwingend vorausgesetzt wird, sei die Urkundsperson zur Einholung derselben verpflichtet.<sup>252</sup>

Der Leitsatz zum Vorbereitungsverfahren kommt nur bei Willenserklärungen zur Anwendung. Allerdings besteht auch bei der Sachbeurkundung die Pflicht, den Sachverhalt und die Rechtslage abzuklären.

### 7.5.3.3 Belehrung

Leitsatz:

#### Belehrung

*Die Urkundsperson klärt die Urkundsparteien über die Form des Rechtsgeschäfts und deren Wirkung auf.*

*Die Urkundsperson vergewissert sich, dass die Urkundsparteien vom Inhalt und der rechtlichen Wirkungen der öffentlichen Urkunde Kenntnis genommen haben.*

Bei der Rechtsbelehrungspflicht handelt es sich um eine vom Bundesgericht anerkannte bundesrechtliche Mindestanforderung an die öffentliche Beurkundung, da es der Urkundsperson obliegt «beide Vertragsparteien über die Tragweite ihrer Verpflichtungen aufzuklären»<sup>253</sup>. Gleichzeitig obliegt es der Urkundsperson, den wirklichen Parteiwillen zu ermitteln. In der Lehre wird unterschieden zwischen der verfahrensrechtlichen Belehrung, der Urkunden-Erläuterung, der Rechtsfolgen-Belehrung und der Ungewöhnlichkeits-Belehrung.<sup>254</sup> Die verfahrensrechtliche Belehrung umfasst die Aufklärung über die Vertragsform und deren Wirkung respektive Bedeutung.<sup>255</sup> Im Rahmen der Urkunden-Erläuterung hat die Urkundsperson den Urkundsparteien den Inhalt der öffentlichen Urkunde zu erläutern.<sup>256</sup> Die Urkundsparteien sollen

<sup>251</sup> KUNZ, S. 30; MARTI, S. 100 ff.

<sup>252</sup> BGE 126 III 309.

<sup>253</sup> BGE 90 II 274, 284. Vgl. dazu auch Ziffer 7.2.

<sup>254</sup> BRÜCKNER, N. 1735 ff.; MOOSER, N. 230 ff.; SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht, S. 17 f.

<sup>255</sup> MOOSER, N. 232; SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht, S. 18.

<sup>256</sup> BRÜCKNER, N. 1739 ff.; MOOSER, N. 233; SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht, S. 17.

über die Bedeutung möglicher Fremdwörter und juristischer Fachausdrücke in Kenntnis gesetzt werden. Die Rechtsfolgen-Belehrung umfasst die Erläuterung der Rechte und Pflichten, die sich aus der öffentlichen Urkunde für die Urkundsparteien ergeben.<sup>257</sup> Weicht die vorliegende öffentliche Urkunde vom dispositiven Gesetzesrecht ab oder enthält sie Bestimmungen, die von den ortsüblichen Regelungen abweichen, so hat die Urkundsperson die Urkundsparteien darauf hinzuweisen (Ungewöhnlichkeits-Belehrung).<sup>258</sup> Die Belehrung erfolgt meist wohl bereits teilweise im Vorverfahren der Beurkundung, was nicht ausschliesst, dass die Urkundsparteien noch im Hauptverfahren eine rechtliche Erläuterung wünschen oder zwingend benötigen.<sup>259</sup> Für die Belehrung ist die Urkundsperson verantwortlich.<sup>260</sup> Wie weit die Urkundsperson die Urkundsparteien zu belehren hat, lässt sich nur anhand des konkreten Einzelfalls beurteilen.<sup>261</sup> Eine Belehrung kann unter Umständen weniger umfangreich ausfallen, wenn die Parteien rechtskundig, geschäftsgewandt und sich über die Folgen der öffentlichen Urkunde im Klaren sind; die Belehrung ist aber von grosser Bedeutung und muss umso intensiver sein, wo die Beteiligten rechtsunkundig, unerfahren und / oder auch nicht in der Lage sind, die rechtliche Bedeutung und die rechtlichen Konsequenzen des Geschäfts zu verstehen. Eine gänzliche Entbindung der Urkundsperson von der Belierungspflicht durch die Parteien respektive Urkundsparteien ist nicht möglich.<sup>262</sup>

Die Art der Belehrung kann auf unterschiedliche Weise erfolgen. Sie kann in mündlicher Form aber auch – zu Beweis Zwecken – in schriftlicher Form geschehen. Bei Vertretungen hat die Urkundsperson die Stellvertreterin oder den Stellvertreter (Urkundspartei/en) zu belehren. Deren Wissen wird den vertretenen Parteien zugerechnet.<sup>263</sup>

Im Gegensatz zur «Belehrung», welche sich auf das konkret zu beurkundende Geschäft bezieht, umfasst die «Beratung» den Vergleich möglicher Gestaltungsvarianten und der Erläuterung der diesbezüglichen Vor- und Nachteile.<sup>264</sup>

Die Mitglieder der Groupe de réflexion waren sich einig, dass die Belehrung ein wichtiger und unverzichtbarer Bestandteil der öffentlichen Beurkundung ist. Entsprechend war unbestritten, dass zu der Belierungspflicht der Urkundsperson ein Leitsatz verfasst werden sollte. In einer ersten Version des Leitsatzes wurde auch auf die Beratung eingegangen. Aufgrund der Gespräche in der Groupe de réflexion wurde aber der Entschluss gefasst, keinen Leitsatz zur Beratung zu formulieren. Begründet wurde dieser Entscheid damit, dass eine umfassende Beratung nicht von Bundesrechts wegen zu den hauptberuflichen Aufgaben der Urkundsperson gehöre. Gleichzeitig sei aber auch festzuhalten, dass die Beratung und die Belehrung nicht immer ohne Weiteres klar getrennt werden können.

Die Belierungspflicht gehört gemäss der Ansicht der Mitglieder der Groupe de réflexion zu den Ordnungsvorschriften.<sup>265</sup> Eine Belierungspflicht kommt der Urkundsperson sowohl bei den Willenserklärungen wie auch bei den Sachbeurkundungen zu, nicht aber bei den Beglaubigungen.

---

<sup>257</sup> BRÜCKNER, N. 1745 ff.; MOOSER, N. 234; SCHMID JÖRG, Belierungs- und Beratungspflicht, S. 17 f.

<sup>258</sup> BRÜCKNER, N. 1753 ff.; MOOSER, N. 235.

<sup>259</sup> SCHMID JÖRG, Belierungs- und Beratungspflicht, S. 15. Gemäss MARTI, S. 101 f., gehört die Belierung grundsätzlich in das Vorverfahren.

<sup>260</sup> MOOSER, N. 217.

<sup>261</sup> MOOSER, N. 212.

<sup>262</sup> SCHMID JÖRG, Belierungs- und Beratungspflicht, S. 13.

<sup>263</sup> SCHMID JÖRG, Belierungs- und Beratungspflicht, S. 16.

<sup>264</sup> BRÜCKNER, N. 1728.

<sup>265</sup> Vgl. Ziff. 7.6.2.4.

#### 7.5.3.4 Klarheitspflicht

Leitsatz:

*Öffentliche Urkunden sind klar, eindeutig und verständlich abzufassen.*

Die Klarheitspflicht bezieht sich auf die Sprache, wobei damit ein Doppeltes gemeint ist: die Qualität und die Art der Sprache. Eine öffentliche Urkunde soll klar, eindeutig und allgemeinverständlich formuliert sein.<sup>266</sup> Die verwendeten Ausdrücke und Formulierungen dürfen nicht zu Missverständnissen führen. Heute wird die Klarheitspflicht in zahlreichen kantonalen Regelungen ausdrücklich normiert.<sup>267</sup> Der Meinungsaustausch in der Groupe de réflexion zeigte, dass zur Klarheitspflicht ein Leitsatz zu verfassen ist. Der Inhalt desselben war unbestritten. Einzig wurde darauf hingewiesen, dass die Wahrheits- und die Klarheitspflicht nicht immer so einfach getrennt respektive unterschieden werden können. Weiter wurde auch die Ansicht vertreten, dass die Klarheitspflicht Teilgehalt der Wahrheitspflicht sei. Hinsichtlich des Ausdrucks «verständlich» ist klarzustellen, dass rechtliche Ausführungen selbstverständlich mit den spezifischen Ausdrücken und Formulierungen wiedergegeben werden dürfen. Die Klarheitspflicht gilt unabhängig davon, ob eine Sachbeurkundung oder eine Beglaubigung vorgenommen wird oder ob eine Willenserklärung zu beurkunden ist.

### 7.5.4 Hauptverfahren

#### 7.5.4.1 Allgemeines

Die öffentliche Urkunde entsteht mit der Durchführung des Hauptverfahrens.<sup>268</sup> Im Rahmen des Hauptverfahrens bei der Beurkundung von Willenserklärungen wird der Urkundeninhalt den Urkundsparteien bekannt gegeben, die Urkundsparteien erklären, dass die Urkunde ihren Willen enthält und schliesslich wird die Urkunde nach deren vorbehaltloser Genehmigung von allen Mitwirkenden – soweit vorgeschrieben – unterzeichnet.<sup>269</sup> Bei Sachbeurkundungen besteht das Hauptverfahren in der Protokollierung oder im Augenschein. Nicht mit dem Hauptverfahren gleichzusetzen oder zu verwechseln ist das Schlussverbal. Dieses bescheinigt lediglich, wie das Hauptverfahren durchgeführt wurde.<sup>270</sup>

#### 7.5.4.2 Beurkundungsort

Leitsatz:

*Der Beurkundungsvorgang muss an einem Ort stattfinden, der die ordnungsgemässe Durchführung des Hauptverfahrens erlaubt.*

In der Regel wird die Beurkundung im Büro der Urkundsperson stattfinden. Nur ausnahmsweise wird die Beurkundung ausserhalb des Büros erfolgen und zwar dann, wenn dies sachliche Gründe erfordern (z.B. wenn die Natur des Geschäfts einen anderen Beurkundungsort erfordert oder wenn die Urkundspartei aus gesundheitlichen Gründen nicht persönlich im Büro der Urkundsperson erscheinen kann).

Entsprechend dem Leitsatz zur örtlichen Zuständigkeit respektive der Freizügigkeit von Urkundspersonen muss der Beurkundungsort auf dem Kantonsgebiet liegen. Auf einen Leitsatz zu konkreten Anforderungen betreffend Büroräumlichkeiten wird verzichtet. Diesbezüglich steht es den Kantonen frei, Regelungen aufzustellen. Mit der Formulierung «ordnungsgemässe Durchführung» im Leitsatz wird verdeutlicht, dass für das Hauptverfahren eine Lokalität

<sup>266</sup> MARTI, S. 147 f.; MOOSER, N. 208.

<sup>267</sup> Vgl. bspw.: FR: Art. 24 Abs. 3 NG-FR; UR: Art. 11 Abs. 3 NV-UR; VS: Art. 37 Abs. 3 NG-VS.

<sup>268</sup> MARTI, S. 105.

<sup>269</sup> CARLEN, S. 92 f.

<sup>270</sup> MARTI, S. 105 f.

zu wählen ist, die der Zielsetzung der öffentlichen Beurkundung nicht zuwiderläuft. Bei der Durchführung des Hauptverfahrens muss die Einhaltung der Geheimhaltungspflicht und der Belehrungspflicht durch die Urkundsperson gewährleistet werden. Die Örtlichkeit muss also insbesondere die erforderliche «Privatsphäre» ermöglichen und sollte vor Lärmimmissionen geschützt sein.

Der Leitsatz gelangt sowohl bei Willenserklärungen wie auch bei Sachbeurkundungen und Beglaubigungen zur Anwendung.

#### 7.5.4.3 Lesung oder Vorlesung / Augenschein und Protokoll

Leitsatz:

Willenserklärungen:

*Die Urkundsperson bringt den Urkundsparteien den Inhalt der öffentlichen Urkunde durch Vorlesung mit Mitlesemöglichkeiten der Urkundspartei, oder durch Selbstlesung seitens der Urkundsparteien mit Begleitung und Erläuterungen durch die Urkundsperson, zur Kenntnis.*

Sachbeurkundungen:

*Die Urkundsperson bestätigt, dass sie die zu beurkundenden Tatsachen und Vorgänge aufgrund eigener Wahrnehmung festgestellt hat.*

Das Hauptverfahren bildet das «Kernelement» des eigentlichen Beurkundungsverfahrens. Aufgrund dieser Tatsache war in der Groupe de réflexion unbestritten, dass dazu ein Leitsatz verfasst werden sollte. Allerdings waren sich die Mitglieder nicht einig darüber, ob nur für die Beurkundung von Willenserklärungen oder auch für die Sachbeurkundungen ein Leitsatz verfasst werden soll oder kann. Bei der Durchführung des Hauptverfahrens ist die Unterscheidung zwischen den beiden Beurkundungsverfahren von zentraler Bedeutung, da die konkreten Aufgaben der Urkundsperson und der Ablauf des Verfahrens verschieden sind. Die Mehrheit der Groupe de réflexion sprach sich – im Bewusstsein, dass es eine Vielzahl an unterschiedlichen Sachbeurkundungen gibt – dafür aus, für beide Beurkundungsverfahren einen Leitsatz zu formulieren.

Wichtigster Bestandteil des Hauptverfahrens bei *Willenserklärungen* ist die Kenntnisnahme der öffentlichen Urkunde. Gewisse Kantone erlauben die stille Selbstlesung der öffentlichen Urkunde durch die Urkundsparteien sowie die Vorlesung durch die Urkundsperson. Andere Kantone lassen nur die Vorlesung durch die Urkundsperson zu.<sup>271</sup> Durch die Kenntnisnahme soll den Urkundsparteien vor der Unterzeichnung des Geschäfts der Urkundeninhalt noch einmal bewusst gemacht werden. Das Bundesgericht betrachtet die Vorlesung nicht als bundesrechtliche Mindestanforderung an die öffentliche Beurkundung.<sup>272</sup>

Im Leitsatz wird festgehalten, dass die öffentliche Urkunde den Urkundsparteien durch Vorlesung oder auch durch stille Selbstlesung zur Kenntnis gebracht werden kann. Die Vorlesung erfolgt durch die Urkundsperson und im Beisein der Urkundsparteien und soweit notwendig der mitwirkenden (z.B. Übersetzerinnen und Übersetzer) oder beteiligten Personen (Parteien und Urkundsparteien). Die Urkundsparteien sollen jedoch in der Regel die Möglichkeit haben, dem Text zu folgen, wenn die Urkundsperson diesen vorliest. Dies zum einen, weil es für gewisse Personen einfacher ist, den Inhalt der Urkunde zu erfassen, wenn sie diesen gleichzeitig selber lesen können. Und zum andern, damit die Urkundsparteien prüfen können, dass das

<sup>271</sup> BRÜCKNER, N. 1890 ff.; JEANDIN, S. 186.

<sup>272</sup> BGE 125 III 131, 136 f.

vorgelesenen Dokument mit jenem übereinstimmt, welches am Ende des Beurkundungsvorgangs unterzeichnet wird.<sup>273</sup> Bei Personen die nicht lesen können (bspw. auf Grund von Blindheit), muss die Möglichkeit, dem Text zu folgen, nicht gegeben sein.

Die Möglichkeit, dem Text zu folgen, kann einerseits darin bestehen, dass die Parteien eine Fotokopie des Gegenstands des Hauptverfahrens bildenden Entwurfs erhalten (Beurkundung in Papierform). Andererseits besteht auch die Option, den Text auf einen Bildschirm zu projizieren (Beurkundung in elektronischer Form und auch in Papierform).

Können die Urkundsparteien nicht hören, sehen oder sprechen, braucht es ein *besonderes Verfahren*, um zu gewährleisten, dass die öffentliche Urkunde dem Willen der Urkundsparteien entspricht und die Urkundsperson der Belehrungs- und Wahrheitspflicht nachkommen kann. Der diesbezügliche Leitsatz und die entsprechenden Erläuterungen finden sich in Ziffer 7.5.4.12.

Bei den *Sachbeurkundungen* urkundet die Urkundsperson alleine, es wirken keine Urkundsparteien mit.<sup>274</sup> Im Gegensatz zu den Willenserklärungen kann die Urkundsperson die Errichtung der öffentlichen Urkunde unterbrechen (keine Einheit des Beurkundungsvorganges hinsichtlich der zeitlichen Komponente).<sup>275</sup> Beurkunden kann die Urkundsperson nur, was sie selber wahrgenommen oder festgestellt hat. Der Leitsatz zu den Sachbeurkundungen ist auch bei den Beglaubigungen anwendbar.

#### 7.5.4.4 Korrekturen / Bereinigungen

Leitsatz:

*Inhaltliche Streichungen, Änderungen oder Einfügungen in der Urkunde sind bei der Beurkundung von Willenserklärungen im Hauptverfahren von der Urkundsperson direkt vorzunehmen.*

*Für inhaltliche Änderungen nach dem Hauptverfahren ist bei der Beurkundung von Willenserklärungen ein Nachtrag erforderlich.*

*Einfache Schreibfehler können im und nach dem Hauptverfahren direkt korrigiert werden.*

Betreffend Fehler in öffentlichen Urkunden ist zu unterscheiden zwischen solchen, die noch im Rahmen des Hauptverfahrens behoben werden können und denjenigen, die nach Abschluss des Hauptverfahrens korrigiert werden müssen. Weiter ist zu differenzieren zwischen inhaltsändernden Korrekturen und reinen Schreibfehlern.

Bei der Beurkundung von Willenserklärungen können im Rahmen des Hauptverfahrens Korrekturen direkt vorgenommen werden. Dies kann einerseits durch eine handschriftliche Eintragung der neuen Formulierung in das Unterzeichnungsexemplar geschehen oder durch den Austausch einer Seite. Hat die neue Formulierung inhaltsändernden Charakter und wird sie direkt im Entwurf der öffentlichen Urkunde vorgenommen, ist sie als solche zu bescheinigen und durch die Urkundsperson und die Urkundsparteien zu visieren.<sup>276</sup> Das Austauschen einer Seite kann nur erfolgen, wenn die sofortige Neuerstellung derselben möglich ist. Den korrigierten Text hat die Urkundsperson sodann den Urkundsparteien erneut vorzulesen und sie darüber zu belehren.

<sup>273</sup> JEANDIN, S. 187, spricht von einer Kombination der Methoden der Vorlesung und der Selbstlesung.

<sup>274</sup> MARTI, S. 122.

<sup>275</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.5.4.9.

<sup>276</sup> BRÜCKNER, N. 1315 f.

Änderungen an der öffentlichen Urkunde – ausgenommen sind Schreibfehler – nach Abschluss des Hauptverfahrens können nur mittels einer Nachbeurkundung vorgenommen werden.<sup>277</sup> Eine Ermächtigung der Urkundsperson durch die Urkundsparteien zur alleinigen Vornahme von solchen Änderungen ist nicht zulässig.<sup>278</sup>

Die Abgrenzung zwischen Schreibfehler und inhaltlicher Korrektur einer Willenserklärung hat restriktiv zu erfolgen. Im Zweifelsfall ist von einer inhaltlichen Änderung auszugehen.

Sachbeurkundungen (und Beglaubigungen) werden von der Urkundsperson alleine unterzeichnet. Stellt die Urkundsperson nach Abschluss des Hauptverfahrens fest, dass in der öffentlichen Urkunde Korrekturen vorgenommen werden müssen, so ist die Erstellung einer neuen öffentlichen Urkunde mit gleichem Datum möglich, wenn die alte vernichtet wird.

#### 7.5.4.5 Genehmigung

Leitsatz:

Willenserklärungen:

*Die Urkundsparteien haben auf Frage hin der Urkundsperson ihre Genehmigung der in der öffentlichen Urkunde enthaltenen Willenserklärung vorbehaltlos zu erteilen.*

*Nach der Genehmigung wird die öffentliche Urkunde durch die Urkundsparteien unterzeichnet.*

Mit ihrer Genehmigung erklären die Urkundsparteien, dass die in der öffentlichen Urkunde enthaltenen Erklärungen ihrem Willen entsprechen und sie mit der Beurkundung derselben einverstanden sind.<sup>279</sup> Diese Genehmigung muss vorbehaltlos erfolgen.<sup>280</sup> Hinsichtlich der Form dieser Genehmigung besteht in der Lehre keine Einigkeit. Gemäss BRÜCKNER kann die Genehmigung als ausdrückliche mündliche Erklärung oder durch konkludentes Verhalten erfolgen. Die Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde durch die Urkundsparteien ist dabei als konkludente Genehmigungserklärung anzusehen.<sup>281</sup> Auch HUBER unterscheidet bei der Genehmigung zwischen der ausdrücklichen Erklärung und dem konkludenten Verhalten, wobei er unter Letzterem die Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde versteht.<sup>282</sup> CARLEN dagegen erachtet einzig die Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde durch die Urkundsparteien als Akt der Genehmigung.<sup>283</sup> MARTI und WOLF unterscheiden zwischen der ausdrücklichen Genehmigung (mündliche Erklärung der Urkundsparteien) sowie der Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde und dem konkludenten Verhalten (Kopfnicken etc.) als Form der Genehmigung.<sup>284</sup>

Mittels des Leitsatzes wird klar festgehalten, dass eine Genehmigung der in der öffentlichen Urkunde enthaltenen Willenserklärungen durch die Urkundsparteien zu erfolgen hat. Die Form dieser Genehmigung wird aber bewusst nicht explizit umschrieben. Da bei den Sachbeurkundungen und den Beglaubigungen keine Urkundsparteien beteiligt sind, entfällt deren Genehmigung bei dieser Beurkundungsart. Gemäss der Meinung der Groupe de réflexion führt die fehlende Genehmigung durch die Urkundsparteien zu der Nicht-Entstehung der öffentlichen Urkunde.<sup>285</sup>

<sup>277</sup> Entscheid 26.11-16.55 der JGK vom 11. April 2017, E. 2.1 f.

<sup>278</sup> BRÜCKNER, N. 1323.

<sup>279</sup> BRÜCKNER, N. 1934 ff.; MARTI, S. 116 f.

<sup>280</sup> BRÜCKNER, N. 1936.

<sup>281</sup> BRÜCKNER, N. 1935 und N. 1937.

<sup>282</sup> HUBER, S. 245.

<sup>283</sup> CARLEN, S. 93.

<sup>284</sup> MARTI, S. 117 f.; WOLF, Notariatspraxis, S. 45.

<sup>285</sup> Vgl. Ziff. 7.6.2.3.1.

#### 7.5.4.6 Unterzeichnung durch die Urkundsparteien

Leitsatz:

*Die Urkundsparteien haben die öffentliche Urkunde grundsätzlich zu unterzeichnen.*

Bei Sachbeurkundungen urkundet die Urkundsperson meist allein. Daher kommt der Leitsatz betreffend Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde durch die Urkundsparteien mehrheitlich bei Willenserklärungen zur Anwendung. Es gibt jedoch einige Sachbeurkundungen bei denen die öffentliche Urkunde auch von den Urkundsparteien unterzeichnet wird. Bei der Beglaubigung ist eine Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde durch die Urkundsparteien nicht notwendig.

In der Lehre wird die Unterzeichnung einer öffentlichen Urkunde durch die Urkundsparteien teilweise mit einer konkludenten Genehmigung gleichgesetzt.<sup>286</sup> Eine Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde ist nur möglich, wenn die Urkundsparteien schreiben können. Ist dies nicht der Fall, kommt das besondere Verfahren zur Anwendung.<sup>287</sup>

Gemäss geltendem Recht bekräftigen die Urkundsparteien mit der Unterschrift ihren Willen, das vorliegende Geschäft auch zu vollziehen. Die eigentliche «Inkraftsetzung» der öffentlichen Urkunde erfolgt jedoch mit der Unterzeichnung derselben durch die Urkundsperson. Die Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde durch die Urkundsparteien gehört nicht zu den Mindestanforderungen des Bundesrechts.<sup>288</sup>

Bei der Erstellung des Originals der öffentlichen Urkunde in Papierform wirft die Unterzeichnung durch die Urkundsparteien keine Fragen auf. Anders ist dies jedoch, wenn auf dem elektronischen Weg beurkundet werden soll. Hier ist zu klären, auf welche Weise die Urkundsparteien ihre Unterschrift auf dem elektronischen Dokument anzubringen haben. Ausgehend von den Regelungen von Artikel 14 OR könnte man zum Schluss kommen, dass das Anbringen einer qualifizierten elektronischen Signatur eine Möglichkeit wäre. Allerdings verfügen heute nur wenige Personen über eine solche, weshalb diesbezüglich wohl eine andere Lösung gefunden werden muss. Im Rahmen der Arbeiten zum EÖBG respektive den Ausführungsbestimmungen dazu gilt es abzuklären, welche Möglichkeiten anstelle einer qualifizierten elektronischen Signatur verwendet werden können.

Die Meinungen in der Groupe de réflexion betreffend Sinn, Wirkung und Notwendigkeit der Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde durch die Urkundsparteien waren kontrovers. Einerseits wurde der Standpunkt vertreten, dass die Unterschrift der Urkundsparteien – im Gegensatz zur Unterschrift der Urkundsperson – lediglich symbolischen Charakter habe. Dieser Meinung wurde entgegengehalten, dass bereits die Formvorschrift der Schriftlichkeit eine Unterschrift verlange. Das Weglassen des Elements der Unterzeichnung bei der öffentlichen Beurkundung sei daher nicht denkbar. Zudem trage die Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde durch die Urkundsparteien zur Klarheit und Rechtssicherheit bei. Ebenfalls dürfe die psychologische Komponente nicht unbeachtet gelassen werden. Durch das Unterzeichnen eines Dokuments erhalte dieses für die betroffenen Urkundsparteien eine andere Bedeutung, als wenn lediglich eine mündliche Vereinbarung getroffen wurde. Eine Mehrheit der Mitglieder der Groupe de réflexion sprach sich im Ergebnis für eine Regelung aus, welche die Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde durch die Urkundsparteien zum Grundsatz hat. Gleichzeitig wurde aber auch festgehalten, dass von diesem Prinzip abgewichen werden kann, wenn Urkundsparteien mit einer körperlichen Beeinträchtigung nicht in der Lage sind, eine Unterschrift zu leisten. Ebenfalls denkbar sei, dass ein Äquivalent zu der Unterschrift gefunden werden kann.

<sup>286</sup> Vgl. dazu Ziffer 7.5.4.5.

<sup>287</sup> Vgl. dazu Ziffer 7.5.4.12.

<sup>288</sup> PIOTET 1992, S. 22 f. mit Verweis auf weitere Quellen. Vgl. dazu Ziff. 7.2.

#### 7.5.4.7 Visierung der einzelnen Seiten

##### *Kein Leitsatz.*

Gewisse kantonale Bestimmungen schreiben vor, dass die einzelnen Seiten einer öffentlichen Urkunde durch die Urkundsperson und / oder die Urkundsparteien eigenhändig zu visieren sind. Es handelt sich dabei gemäss den heute geltenden Regelungen um eine Ordnungsvorschrift, die keinen Einfluss auf das Entstehen einer öffentlichen Urkunde hat.<sup>289</sup>

Die Mitglieder der Groupe de réflexion waren sich einig, dass betreffend Visierung kein Leitsatz zu verfassen sei. So handle es sich bei der Visierung der einzelnen Seiten weder um eine Mindestanforderung des Bundesrechts noch ist der Zweck derselben für die öffentliche Beurkundung von zentraler Bedeutung. Es kann den Kantonen überlassen werden, ob sie eine entsprechende Regelung vorsehen wollen.

#### 7.5.4.8 Datierung und Unterzeichnung durch die Urkundsperson

##### Leitsatz:

*Als Abschluss des Hauptverfahrens datiert die Urkundsperson die öffentliche Urkunde und unterzeichnet dieselbe bei Sachbeurkundungen und Beglaubigungen unterhalb des Beurkundungsverbals und bei Willenserklärungen unterhalb des Beurkundungsverbals und der allfälligen Unterschriften der beteiligten Personen.*

Die Datierung und Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde durch die Urkundsperson bildet den Abschluss des Hauptverfahrens. Die Unterschrift der Urkundsperson gehört gemäss Lehre zu den Minimalanforderungen des Bundesrechts.<sup>290</sup> Gemäss der Meinung der Groupe de réflexion führt eine fehlende Unterschrift der Urkundsperson zu der Nicht-Entstehung der öffentlichen Urkunde und ein fehlendes Datum zu der Anfechtbarkeit der öffentlichen Urkunde.<sup>291</sup>

#### 7.5.4.9 Einheit des Beurkundungsvorgangs (Einheit des Aktes) / Sukzessivbeurkundung

##### Leitsatz:

###### Willenserklärungen:

*Die Urkundsparteien, die Urkundsperson und, soweit nötig, die mitwirkenden Nebenpersonen sind während des ganzen Hauptverfahrens am Beurkundungsort anwesend.*

*Das Hauptverfahren wird ohne wesentliche Unterbrechung durchgeführt.*

*Sind eine grosse Anzahl von Urkundsparteien beteiligt, können Verträge mit jeder Urkundspartei einzeln beurkundet werden. Diesfalls muss die öffentliche Urkunde innert kürzest möglicher Frist, spätestens aber innerhalb von drei Monaten von allen beteiligten Urkundsparteien unterzeichnet werden.*

###### Sachbeurkundungen:

*Eine Unterbrechung des Hauptverfahrens ist zulässig.*

*Die räumliche Anwesenheit der Urkundsperson oder anderer beteiligter Personen am gleichen Ort ist bei bestimmten Geschäftsfällen nicht zwingend notwendig.*

<sup>289</sup> BRÜCKNER, N. 1348.

<sup>290</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.2.

<sup>291</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.6.

#### 7.5.4.9.1 Einheit des Aktes bei Willenserklärungen

Der Grundsatz der Einheit des Beurkundungsvorgangs oder der Einheit des Aktes besagt, dass das Beurkundungsverfahren in Gegenwart aller am Beurkundungsakt beteiligter Personen am gleichen Ort im Beisein der Urkundsperson durchgeführt werden muss.<sup>292</sup> Folgende drei Elemente sind für die Einheit des Beurkundungsvorgangs also von Bedeutung: Die *Einheit des Ortes*, die *Einheit der Zeit* und die *Einheit des Verfahrens*. Konkret verlangt die *Einheit des Ortes*, dass die Urkundsparteien, die Urkundsperson und soweit nötig die Nebenpersonen während des Hauptverfahrens am gleichen Ort, in der Regel im Beurkundungsraum, anwesend sein müssen. Gemäss dem Prinzip der *Einheit der Zeit* müssen die beteiligten Personen während der ganzen Dauer des Hauptverfahrens im Beurkundungsraum anwesend sein. Das Hauptverfahren der öffentlichen Beurkundung ist zudem ohne wesentliche Unterbrechung zu Ende zu führen.<sup>293</sup> Eine nur kurze Unterbrechung des Beurkundungsvorgangs, bspw. zur Erhaltung der Konzentrationsfähigkeit, zur Vornahme von Korrekturen oder um gewisse Punkte des Geschäfts zu diskutieren, steht dem Prinzip der Einheit der Zeit jedoch nicht entgegen.<sup>294</sup> Die *Einheit des Verfahrens* verlangt schliesslich, dass das Hauptverfahren vollständig durchzuführen ist, ohne dass ein anderes Beurkundungsverfahren dazwischen geschaltet werden darf.<sup>295</sup>

Mittels des Grundsatzes der Einheit des Beurkundungsvorgangs soll sichergestellt werden, dass die Urkundsparteien vom Inhalt der öffentlichen Urkunde Kenntnis nehmen und dass dieser Inhalt auch wirklich dem Willen der Urkundsparteien entspricht.

#### 7.5.4.9.2 Sukzessivbeurkundungen bei Willenserklärungen

Als Abweichung von der gleichzeitigen Anwesenheit aller Parteien und damit vom Prinzip der *Einheit der Zeit* ist heute in gewissen Kantonen die Sukzessivbeurkundung zugelassen. Bei einer Sukzessivbeurkundung erscheinen die Urkundsparteien zu verschiedenen Zeiten einzeln vor der gleichen Urkundsperson; das eigentliche Hauptverfahren wird zweimal oder sogar mehrmals durchgeführt. Im Ergebnis entsteht aber nur ein Originalexemplar der öffentlichen Urkunde. Zulässig ist eine Sukzessivbeurkundung lediglich dann, wenn die Urkundsparteien nicht über höchstpersönliche Rechte verfügen. Abgesehen davon, hat die Urkundsperson einem Begehren um Sukzessivbeurkundung nur beim Vorliegen wichtiger Gründe stattzugeben. Ein wichtiger Grund liegt namentlich vor, wenn das Sukzessivverfahren allen Beteiligten ermöglicht, persönlich vor der Urkundsperson zu erscheinen und auf den Beizug bevollmächtigter Stellvertreter zu verzichten.<sup>296</sup>

Die Meinungen hinsichtlich der Zulässigkeit von Sukzessivbeurkundungen in der Groupe de réflexion waren geteilt. Einige Mitglieder sprachen sich für das Prinzip der «Einheit des Beurkundungsvorgangs» ohne jegliche Ausnahme aus. Bereits heute verbieten gewisse Kantone die Sukzessivbeurkundung. Es sei nicht einzusehen, weshalb diese Regelungen zum Schutze der Urkundsparteien «aufgeweicht» werden sollen. Insbesondere führe die Sukzessivbeurkundung zum materiell-rechtlichen Problem, dass die einzelnen Willenserklärungen bei Abwesenheit einer Urkundspartei nicht «gegenseitig» ausgetauscht werden können (Art. 1 OR). Dagegen wurde vorgebracht, dass bei gewissen Geschäften und Konstellationen (z.B. im Rahmen von öffentlichen Beurkundungen in Zusammenhang mit Stockwerkeigentum) schlicht nicht alle betroffenen Urkundsparteien zum selben Zeitpunkt anwesend sein können. Zudem wurde da-

---

<sup>292</sup> Die Einheit des Aktes wird teilweise in der Literatur (BRÜCKNER, N. 1260; MOOSER, N. 558 und N. 656) als eine sich aus dem Bundesgesetz ergebende Mindestanforderung an die öffentliche Beurkundung angesehen. Vgl. dazu Ziff. 7.2.

<sup>293</sup> WOLF, Notariatspraxis, S. 43.

<sup>294</sup> BRÜCKNER, N. 2058 f.

<sup>295</sup> WOLF, Notariatspraxis, S. 43.

<sup>296</sup> BRÜCKNER, N. 2063.

rauf hingewiesen, dass bei einem Verbot von Sukzessivbeurkundungen als Konsequenz vermehrt Vollmachten erteilt und sich die Parteien an der öffentlichen Beurkundung vertreten lassen würden. Eine solche Entwicklung wäre keinesfalls begrüssenswert, da bei der Sukzessivbeurkundung die Urkundsperson mit allen Urkundsparteien zumindest das Hauptverfahren persönlich durchführt, wenn auch nicht gleichzeitig. Zudem werde das Verfahren der Sukzessivbeurkundung heute sehr restriktiv angewendet.

In einer ersten Version des Leitsatzes wurde festgehalten, dass eine Sukzessivbeurkundung nur möglich sei, wenn «wichtige Gründe» vorliegen. Die Mitglieder der Groupe de réflexion waren der Ansicht, dass die Situationen, in denen vom Grundsatz der «Einheit des Aktes» abgewichen werde, detailliert aufgeführt werden sollten. Zudem müsste eine Frist festgelegt werden, innert welcher die öffentliche Urkunde von allen beteiligten Urkundsparteien unterzeichnet sein muss. Allenfalls könnten auch zusätzliche Anforderungen an das Beurkundungsverbal (Begründung für die Sukzessivbeurkundung) formuliert werden. Einige Mitglieder der Groupe de réflexion sprachen sich zudem dafür aus, die Frage der Zulässigkeit von Sukzessivbeurkundungen den Kantonen zu überlassen.

#### 7.5.4.9.3 Einheit des Aktes bei Sachbeurkundungen

Gewisse Kantone erlauben bei bestimmten Sachbeurkundungen (z.B. die Errichtung eines Protokolls der Generalversammlung<sup>297</sup>) die Möglichkeit der Durchbrechung des Prinzips der *Einheit des Ortes*. In einer ersten Variante des Leitsatzes wurde dieser Tatsache, dass geltende kantonale Regelungen bei Sachbeurkundungen eine Durchbrechung des Grundsatzes der *Einheit des Ortes* vorsehen, nicht Rechnung getragen. Gemäss der Meinung der Mitglieder der Groupe de réflexion sollte diese Möglichkeit aber auch bei einem einheitlichen Beurkundungsverfahren weiterhin bestehen respektive eingeführt werden. Ausgehend von den Ausführungen in der nachfolgenden Ziffer 7.5.4.10 wird die im Leitsatz vorgesehene Möglichkeit der Durchbrechung des Prinzips der *Einheit des Ortes* bei Sachbeurkundungen als «Fernbeurkundung» zu qualifizieren sein.

#### 7.5.4.10 Fernbeurkundung

##### Kein Leitsatz

In Zusammenhang mit den Diskussionen zu der «Einheit des Beurkundungsvorgangs» wurde von der Groupe de réflexion auch die Problematik der «Fernbeurkundung» aufgenommen.<sup>298</sup> Diese wird aufgrund der aktuellen Situation (Covid-19-Pandemie) – gerade auch im Bereiche der Willenserklärungen – wieder vermehrt thematisiert.<sup>299</sup> Unter dem Begriff der Fernbeurkundung ist die Durchführung eines Beurkundungsverfahrens zu verstehen, «bei welchem sich die Urkundsparteien auf Distanz am Hauptverfahren beteiligen oder eine öffentliche Urkunde über einen Hergang errichtet wird, bei welchem die Urkundsperson nicht persönlich anwesend ist».<sup>300</sup> Die Mitwirkung der Urkundsparteien und / oder der Urkundsperson erfolgt auf Distanz und unter Einsatz von elektronischen Kommunikationsmitteln. Im Extremfall erscheint keine der Urkundsparteien vor der Urkundsperson.<sup>301</sup> Mit der Fernbeurkundung wird somit das Prinzip der *Einheit des Ortes* durchbrochen.

In der Groupe de réflexion war unbestritten, dass das Thema der Fernbeurkundung in den vorliegenden Bericht aufgenommen und ggf. ein Leitsatz dazu formuliert werden sollte. Die Mehrheit der Mitglieder der Groupe de réflexion war der Ansicht, dass betreffend Zulässigkeit

<sup>297</sup> Z.B.: VS: Art. 98 NG-VS.

<sup>298</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.5.4.9.

<sup>299</sup> Vgl. dazu die Motion Silberschmidt 21.3180 Vollständig digitale Unternehmensgründung sicherstellen auf: [www.parlament.ch>ratsbetrieb>suche-curia-vista](http://www.parlament.ch>ratsbetrieb>suche-curia-vista)

<sup>300</sup> SCHMID JÜRIG, Notariatspraxis, S. 231.

<sup>301</sup> SCHMID JÜRIG, Notariatspraxis, S. 238.

der Fernbeurkundung und den diesbezüglichen Modalitäten zwischen Sachbeurkundungen und Willenserklärungen zu differenzieren sei. Im Bereich der Sachbeurkundungen könne eine Fernbeurkundung durchaus realisiert werden, wohingegen im Bereich der Willensbeurkundungen eine Fernbeurkundung aufgrund des Prinzips der Einheit des Beurkundungsvorgangs problematischer erscheine. Der unter Ziffer 7.5.4.9 verfasste Leitsatz zu der Einheit des Beurkundungsvorgangs im Bereich der Sachbeurkundungen kann eigentlich bereits als «Fernbeurkundung» bezeichnet werden. In diesem Zusammenhang darf zudem die laufende Aktienrechtsrevision nicht ausser Acht gelassen werden. Der Entwurf des Bundesrates über die Änderung des Aktienrechts sieht in Artikel 701c OR vor, dass Aktionäre, die nicht am Ort der Generalversammlung anwesend sind, ihre Rechte auf elektronischem Weg ausüben können.<sup>302</sup> In Artikel 701d E-OR wird überdies vorgesehen, dass eine Generalversammlung – im Sinne einer virtuellen Generalversammlung – unter gewissen Voraussetzungen mit elektronischen Mitteln ohne Tagungsort durchgeführt werden kann.<sup>303</sup> Anders als noch in der Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Obligationenrechts 2007 wird die virtuelle Generalversammlung nun auch dann nicht mehr ausgeschlossen, wenn Beschlüsse zu fassen sind, die öffentlich beurkundet werden müssen. Während dies bei Sachbeurkundungen, wie es Beschlüsse der Generalversammlung in der Regel sind, unproblematisch scheint, ist gemäss Botschaft für den Fall der Beurkundung von Willensäusserungen (z.B. im Fall einer Gründung) nicht ausgeschlossen, dass das kantonale Beurkundungsrecht eine solche Beurkundung unter Abwesenden verbieten und einen räumlichen Tagungsort vorsehen könnte.<sup>304</sup>

Gerade im Bereich der Willenserklärungen ergeben sich in Zusammenhang mit der Fernbeurkundung tatsächlich diverse Fragen im Hinblick auf das konkrete Beurkundungsverfahren. So erfordert die Kommunikation unter den Urkundsparteien und mit der Urkundsperson wohl eine technisch gesicherte elektronische Verbindung für die Übertragung der Kommunikation als simultane Bild- und Tonübertragung (Videoübertragung). Eine Videoübertragung ist erforderlich, damit die Urkundsparteien und die Urkundsperson miteinander sprechen können und sichtbar ist, welche Personen nun mitwirken und welche sich jeweils äussern. Auch muss sichtbar sein, wie sich die Urkundsparteien während des Beurkundungsverfahrens verhalten und ob sie sich frei und ohne Einschränkungen äussern können.<sup>305</sup> Eine diesbezügliche künftige bundesrechtliche Regelung könnte sich bspw. an den Vorgaben orientieren, die von Finanzintermediären einzuhalten sind.<sup>306</sup> Allerdings sollte die Regelung nicht zu hohe oder zu detaillierte Anforderungen festlegen, sondern der Urkundsperson und den Urkundsparteien bei der Verwendung des Kommunikationsmediums ein gewisses Ermessen einräumen.<sup>307</sup>

Die Fernbeurkundung könnte zur Folge haben, dass das Original der öffentlichen Urkunde zwingend mindestens im Bereich der Willenserklärungen elektronisch ausgestaltet werden muss. Eine Mischform aus Papierdokument und elektronischem Dokument ist nicht denkbar, da die öffentliche Urkunde ein einheitliches Dokument sein muss.<sup>308</sup>

Ein Blick über die Landesgrenzen zeigt, dass die Fernbeurkundung in einigen Nachbarländern bereits zulässig ist oder Bestrebungen im Gange sind, diese einzuführen. In Österreich ist es bspw. möglich – bei Einhaltung gewisser gesetzlich festgelegter Anforderungen – «Notariatsakte» mittels Nutzung elektronischer Kommunikationsmöglichkeiten zu errichten, ohne dass die Parteien dafür vor der Urkundsperson erscheinen müssen.<sup>309</sup> In Frankreich wird die Fernbeurkundung ebenfalls diskutiert. Zur Debatte steht die Möglichkeit, das Beurkundungsverfahren

<sup>302</sup> Botschaft Aktienrecht, BBI 2017 558.

<sup>303</sup> Botschaft Aktienrecht, BBI 2017 558 f.; MÜLLER/PAFUMI, S. 77; SCHMID JÜRIG, Notariatspraxis, S. 235.

<sup>304</sup> Botschaft Aktienrecht, BBI 2017 559; MÜLLER/PAFUMI, S. 77 f.

<sup>305</sup> SCHMID JÜRIG, Notariatspraxis, S. 238.

<sup>306</sup> MÜLLER LUKAS, S. 565 f.

<sup>307</sup> MÜLLER LUKAS, S. 565 f.

<sup>308</sup> SCHMID JÜRIG, Notariatspraxis, S. 240.

<sup>309</sup> § 69b und § 90a Österreichische Notariatsordnung (NO).

gleichzeitig an verschiedenen Orten, jedoch je in den Räumen und unter Mitwirkung einer Urkundsperson durchzuführen. Die Urkundspersonen wären dabei durch eine Wort-/Bildübertragung miteinander verbunden.<sup>310</sup> Erwähnenswert ist in diesem Kontext die Richtlinie (EU) 2019/1151 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht. Durch diese Änderungsrichtlinie, welche am 31. Juli 2019 in Kraft getreten und von den EU-Mitgliedstaaten innerhalb der nächsten zwei Jahre umzusetzen ist, wird ermöglicht, dass Kapitalgesellschaften komplett online gegründet werden können. Konkret können neue Gesellschaften und Zweigniederlassungen ohne persönliches Erscheinen vor dem Notar oder einer Behörde errichtet und innerhalb von 5-10 Tagen im Handelsregister eingetragen werden. Durch die Online Gründungen- und Registrierungen sollen die Gesellschaften Kosten und Zeit sparen. Die Richtlinie legt die Eckpfeiler und gewisse Mindeststandards für die allgemeine Rechtssicherheit und der Vermeidung von Missbrauch fest; deren Umsetzung in nationales Recht obliegt den Mitgliedstaaten.

Die Diskussionen in der Groupe de réflexion haben gezeigt, dass im Bereich der Fernbeurkundungen von Willenserklärungen und Sachbeurkundungen viele Fragen technischer und rechtlicher Natur geklärt werden müssen. Die Mitglieder der Groupe de réflexion waren sich einig, dass eine abschliessende Abhandlung der Fernbeurkundung im Rahmen des vorliegenden Berichts nicht möglich wäre. Die Gründe liegen einerseits darin, dass sich die Fernbeurkundung auf verschiedenste Elemente des Beurkundungsverfahrens auswirkt, was in der Folge dazu führen würde, dass sämtliche Leitsätze überdacht werden müssten. Andererseits müssten diverse Fragen in Bezug auf die zur Anwendung gelangenden technischen Systeme geklärt werden. Zu diesen in Zusammenhang mit der Fernbeurkundung zu klärenden Punkten gemäss vorstehenden Ausführungen gehören bspw.:

Die Klärung der technischen Anforderungen an eine Fernbeurkundung:

- Fernbeurkundung nur mittels Audio-Übertragung (quasi Telefonkonferenz).
- Fernbeurkundung mittels Audio- und Videoübertragung.
- Sicherstellung, dass Audio-/Videoübertragung tatsächlich live ist und nicht eine Aufnahme eingespielt wird bzw. bewusste Inkaufnahme von Manipulationen/Restrisiko.

Die örtliche Zuständigkeit der Urkundsperson:

- Welchen Einfluss hat die Abgabe einer Willenserklärung ausserhalb des Kantonsgebietes auf die örtliche Zuständigkeit? Ist der Ort der Urkundsperson massgebend (Büro/Amtslokal)?
- Ist auch die Beurkundung einer Willenserklärung, die im Ausland abgegeben wird, möglich? Falls nein, Überprüfbarkeit, dass alle Parteien tatsächlich ihre Willenserklärung innerhalb des Staatsgebietes der Schweiz abgeben?
- Welcher Ort ist bei einer Sachbeurkundung für die örtliche Zuständigkeit massgebend, Ort der Veranstaltung oder Ort, an welchem die Urkundsperson mittels Ton-/Bildübertragung ihre Wahrnehmungen protokolliert?

Auch bezüglich der physischen Urkunde und des Hauptverfahrens gilt es, diverse Punkte zu prüfen:

- Form des Originals der öffentlichen Urkunde: Papierform oder elektronische Form?
- Identifikation der Urkundsparteien?
- Wie erfolgt die Kenntnissnahme des Urkundeninhalts durch die Urkundsparteien?

---

<sup>310</sup> SCHMID JÜRIG, Notariatspraxis, S. 244 f.

- Unterzeichnung des Originals der öffentlichen Urkunde durch die Urkundsparteien:  
Ist eine Unterzeichnung vorausgesetzt und wenn ja, in welcher Form hat diese zu geschehen?
- Einbezug der Nebenpersonen in welcher Art und Weise?

#### 7.5.4.11 Fremdsprachige Urkundspartei/en

Leitsatz:

Willenserklärungen:

*Ist eine sprachliche Verständigung zwischen der/den Urkundspartei/en und der Urkundsperson nicht möglich, so ist im Hauptverfahren eine Person für die Übersetzung beizuziehen.*

*Die Übersetzerin oder der Übersetzer haben die öffentliche Urkunde ebenfalls zu unterzeichnen.*

Versteht eine der Urkundsparteien die Sprache, in welcher beurkundet wird, nicht, so ist für das Beurkundungsverfahren eine Übersetzerin oder ein Übersetzer beizuziehen, wenn die Urkundsperson aufgrund fehlender Sprachkenntnisse nicht selber übersetzen kann. Unabhängig davon, dass eine Übersetzerin oder ein Übersetzer am Hauptverfahren teilnimmt, hat die Urkundsperson die öffentliche Urkunde, auch wenn sie zweisprachig vorliegt<sup>311</sup>, in der ihr geläufigen Sprache den Urkundsparteien vorzulesen, sofern das Vorlesungsverfahren zur Anwendung kommt. Die Urkundsparteien sollen jedoch in der Regel die Möglichkeit haben, dem Text zu folgen, wenn die Urkundsperson diesen vorliest. Der Übersetzerin oder dem Übersetzer ist die Gelegenheit zu geben, die Erläuterungen der Urkundsperson für die Urkundsparteien zu übersetzen. Beim Selbstlesungsverfahren liest jede Urkundspartei die öffentliche Urkunde in der ihr verständlichen Sprache.

Die Tatsache, dass bei der öffentlichen Beurkundung eine Übersetzerin oder ein Übersetzer beigezogen wurde und der Ablauf des Verfahrens sind in der öffentlichen Urkunde zu vermerken. Wirkt eine Übersetzerin oder ein Übersetzer mit, hat sie oder er auf der öffentlichen Urkunde zu bezeugen, dass die Übersetzung gewissenhaft erfolgt sei.

Bei der Auswahl der Übersetzerinnen und Übersetzer hat die Urkundsperson sicherzustellen, dass diese über die notwendigen Qualifikationen verfügen.<sup>312</sup>

Im Rahmen der Diskussionen zu einem Leitsatz betreffend fremdsprachige Parteien wurde die Idee eingebracht, die Themen «Urkundssprache» und «fremdsprachige Parteien» unter einem Leitsatz zusammenzufassen. Dieser Idee konnte sich aber die Mehrheit der Mitglieder der Groupe de réflexion nicht anschliessen. Der Leitsatz betreffend «fremdsprachige Urkundspartei/en» kommt nur bei den Willenserklärungen zur Anwendung.

---

<sup>311</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.5.1.5.

<sup>312</sup> BRÜCKNER, N. 1990.

#### 7.5.4.12 Besondere Verfahren

Leitsatz:

Willenserklärungen:

*Ist eine Urkundspartei hörbehindert, erfolgt deren Kenntnisnahme des Inhalts der öffentlichen Urkunde durch Selbstlesung.*

*Ist eine Urkundspartei sehbehindert, erfolgt deren Kenntnisnahme des Inhalts der öffentlichen Urkunde durch Vorlesung durch die Urkundsperson.*

*Ist eine Urkundspartei seh- und hörbehindert, ist ihr die öffentliche Urkunde mittels einer oder eines Sachverständigen zur Kenntnis zu bringen.*

*Ist die Urkundspartei nicht in der Lage, eine Unterschrift zu leisten, hat die Urkundsperson einen entsprechenden Vermerk in der öffentlichen Urkunde aufzunehmen.*

*Die Urkundsperson kann bei besonderen Verfahren Übersetzerinnen und Übersetzer sowie Sachverständige beiziehen.*

Das besondere Verfahren kommt zum Zug, wenn die am Hauptverfahren beteiligten Urkundsparteien schreibunfähig, blind und/oder taub sind. In einem solchen Fall wird ein Verfahren benötigt, das sicherstellt, dass die Urkundsparteien den Inhalt der öffentlichen Urkunde verstehen und auch entsprechend genehmigen können.

Bei Urkundsparteien mit einer Hörbehinderung erfolgt die Kenntnisnahme des Inhalts der öffentlichen Urkunde durch die stille Selbstlesung des Entwurfs der öffentlichen Urkunde. Für die Verständigung ist eine Übersetzerin oder ein Übersetzer beizuziehen, damit die Urkundsperson die Urkundsparteien über den Inhalt der öffentlichen Urkunde belehren und allfällige Fragen beantworten kann.

Den Urkundsparteien, die sehbehindert sind, hat die Urkundsperson die öffentliche Urkunde vorzulesen.

Urkundsparteien mit einer Schreib- oder Sehbehinderung sind unter Umständen nicht in der Lage, die öffentliche Urkunde zu unterzeichnen. Für solche Fälle muss deshalb eine Ausnahme von der allgemeinen Pflicht zur Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde vorgesehen werden. Die Urkundsperson hat in der öffentlichen Urkunde in geeigneter Weise festzuhalten, dass die Urkundsparteien keine Unterschrift leisten konnten.

Einige Mitglieder der Groupe de réflexion vertraten die Ansicht, dass bei der Anwendung eines besonderen Verfahrens der Beizug von Zeuginnen und Zeugen sinnvoll sei. Neben der Urkundsperson würden auch diese Zeuginnen oder Zeugen bestätigen, dass die Urkundsparteien ihre Genehmigung erteilt hätten und bspw. nicht in der Lage waren, die öffentliche Urkunde selber zu unterzeichnen. Dies führe zu einer Entlastung der Urkundsperson, da diese nicht alleine für die bestätigten Tatsachen einstehen müsse. Gleichzeitig übernahmen die Zeuginnen und Zeugen auch eine gewisse Kontrollfunktion, in dem sie sicherstellten, dass das durch die Urkundsperson Vorgelesene mit der vorliegenden öffentlichen Urkunde übereinstimmt. Im Hinblick auf Personen mit körperlichen Beeinträchtigungen könne es allenfalls hilfreich sein, wenn eine Sachverständige oder ein Sachverständiger, also bspw. eine Ärztin oder ein Arzt, anwesend seien. Diese könnten der Urkundsperson bestätigen, dass die Urkundspartei oder die Urkundsparteien über die notwendigen Fähigkeiten verfügt respektive verfügen, um die öffentliche Urkunde zur Kenntnis zu nehmen und zu genehmigen. Solche Sachverständige könnten ebenfalls die Funktion von Zeuginnen und Zeugen übernehmen.

Über die Anzahl der beizuziehenden Zeuginnen und Zeugen waren sich die Mitglieder der Groupe de réflexion nicht einig. So wurde einerseits die Meinung vertreten, dass zwei Zeuginnen oder Zeugen ideal wären. Andererseits wurde vorgebracht, dass eine Zeugin oder ein Zeuge ausreichend sei. Im Ergebnis wurde darauf verzichtet in den Leitsatz eine Regelung hinsichtlich Zeuginnen und Zeugen aufzunehmen.

Die besonderen Verfahren kommen nur bei den Willenserklärungen zur Anwendung.

#### 7.5.4.13 Verträge über Grundpfandrechte / Verträge über kleine Grundstücke

Leitsatz:

*Die Kantone können für die Handänderung bei kleinen Grundstücken und für Grundpfandrechte vereinfachte Verfahren vorsehen.*

In einem ersten Schritt wurde vorgeschlagen, dass zu Verträgen über Grundpfandrechte oder für «kleine Verträge zur Handänderung bei Grundstücken» (z.B. Kaufvertrag über sehr kleine Grundstücke) keine Leitsätze verfasst werden sollen. Diesem Vorschlag lag die Überlegung zugrunde, dass das Beurkundungsverfahren abschliessend zu regeln sei und nicht für bestimmte Beurkundungsgegenstände Ausnahmen vorbehalten werden sollen. Wenn für einzelne Beurkundungsgegenstände spezielle Vorschriften im Beurkundungsverfahren aufgestellt werden sollen, so wäre dies in den jeweiligen Leitsätzen aufzunehmen.

Die Mitglieder der Groupe de réflexion erklärten jedoch, dass bereits heute in vielen Kantonen gewisse vereinfachte Verfahren für die öffentliche Beurkundung von «kleinen Verträgen zur Handänderung bei Grundstücken» existieren. Entsprechend sei zumindest festzuhalten, ob solche vereinfachte Verfahren weiterhin zulässig seien. Allenfalls wäre es aber auch denkbar, gewisse Mindestvoraussetzungen für solche vereinfachte Verfahren in einem Leitsatz festzuhalten. Im Rahmen der Diskussionen wurde vorgebracht, dass man sich bei solchen Verträgen auch die Frage stellen muss, ob hier das Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung überhaupt notwendig sei.

Ebenfalls diskutiert wurde die Frage, ob bei Grundpfandverträgen neben der Eigentümerin oder dem Eigentümer des Grundstücks auch eine Vertreterin oder ein Vertreter der Bank die öffentliche Urkunde zu unterzeichnen hat. Diesbezüglich wurde die Ansicht geäussert, dass hierbei nicht nur das Beurkundungsverfahren, sondern auch das Schuldrecht betroffen sei, so dass die Frage der Mitwirkung der Gläubigerin bei der Errichtung von Grundpfandrechten im Kern materiell-rechtlicher, nicht beurkundungsrechtlicher Art sei. Entsprechend sei es nicht unproblematisch, in Bezug auf Grundpfandverträge vorzuschreiben, welche Personen zur Unterzeichnung eines solchen verpflichtet sind. Bei einer allfälligen Anpassung des ZGB in Zusammenhang mit einer Vereinheitlichung des Beurkundungsrechts sollten aufgrund der vorstehenden Ausführungen auch die materiellen Bestimmungen zu den Grundpfandrechten geprüft werden.

#### 7.5.4.14 Schlussverbal

Leitsatz:

*Aus dem Schlussverbal muss mindestens hervorgehen, wie das Hauptverfahren durchgeführt wurde, insbesondere, dass die öffentliche Urkunde in Anwesenheit der Urkundsperson von den Urkundsparteien zur Kenntnis genommen, genehmigt und unterzeichnet worden ist.*

Das Schlussverbal steht, wie bereits aus dem Begriff ersichtlich ist, in der Regel am Schluss einer öffentlichen Urkunde und beinhaltet Ausführungen zum Beurkundungsvorgang.<sup>313</sup> Im

<sup>313</sup> BRÜCKNER, N. 2217.

Schlussverbal hat die Urkundsperson festzuhalten, wie sich das Hauptverfahren abgespielt hat.

Für die bundesrechtlichen Beurkundungsverfahren (letztwillige Verfügung und Erbvertrag) sind heute keine Schlussverbale vorgesehen.

Nicht alle Mitglieder der Groupe de réflexion sprachen sich dafür aus, zum Schlussverbal einen Leitsatz zu verfassen. Des Weiteren bestand auch keine einheitliche Meinung in Bezug auf den Inhalt eines möglichen Leitsatzes. Ein Teil der Mitglieder sprach sich dafür aus, dass ein Leitsatz verfasst werden sollte, der die wesentlichen Elemente, die in einem Schlussverbal vorhanden sein müssen, festhält. Als Argument wurde diesbezüglich vorgebracht, dass mittels des Schlussverbals am einfachsten festgestellt werden könne, ob die Verfahrensvorschriften eingehalten wurden. Einige Mitglieder der Groupe de réflexion vertraten die Ansicht, dass die Regelung des Inhalts des Schlussverbals den Kantonen überlassen werden sollte.

Mit dem Ausdruck «mindestens» soll verdeutlicht werden, dass der genannte Inhalt eine Mindestvorschrift darstellt. Es steht den Kantonen aber frei, weitere Inhalte vorzusehen. In Bezug auf die Formulierung «zur Kenntnis genommen» gilt es anzufügen, dass im Schlussverbal die Art der Kenntnisnahme ersichtlich sein muss. Die Tatsache, dass bei der öffentlichen Beurkundung eine Übersetzerin oder ein Übersetzer respektive eine Sachverständige oder ein Sachverständiger beigezogen wurde sowie der Ablauf des Verfahrens sind im Schlussverbal aufzunehmen.

In Bezug auf die Wirkung eines fehlenden Schlussverbals sprachen sich die Mitglieder der Groupe de réflexion dafür aus, dass hierbei von der Verletzung einer Ordnungsvorschrift ausgegangen werden sollte.

## 7.5.5 Nachverfahren

### 7.5.5.1 Allgemeines

Nach der Durchführung des Hauptverfahrens hat die Urkundsperson diverse weitere Aufgaben wahrzunehmen. Zu diesen gehören insbesondere die Eintragung der öffentlichen Urkunde im Register, die Erstellung von beglaubigten Kopien oder von Ausfertigungen, die Anmeldung der öffentlichen Urkunde bei Registerämtern, die Rechnungsstellung, die Aufbewahrung der öffentlichen Urkunde etc.

### 7.5.5.2 Führen eines Registers / Protokolls

Leitsatz:

*Die Urkundspersonen führen ein Register, in welches sie die von ihnen erstellten Originale von öffentlichen Urkunden eintragen.*

*Gegenstand des Registers bilden insbesondere die Angaben zu den Urkundsparteien und den Parteien, der Urkundsgegenstand, das Datum der Beurkundung sowie allfällige Empfänger des Originals.*

*Nicht im Register einzutragen sind die erfolgten Beglaubigungen von Kopien und Unterschriften.*

Mit der Führung eines Registers über die erstellten Originale öffentlicher Urkunden soll ein Überblick über die Beurkundungstätigkeit einer Urkundsperson geschaffen werden. Gleichzeitig ermöglicht diese Registrierung der öffentlichen Urkunden die Feststellung, ob alle Originale, die sich in der Verwahrung der Urkundsperson befinden müssen, auch wirklich vorhanden sind.<sup>314</sup> Inhaltlich aufgenommen werden in das Register die Angaben zu den Urkundsparteien

<sup>314</sup> MARTI, S. 150.

und den Parteien, der Urkundsgegenstand sowie das Datum der Beurkundung. Nicht einzutragen in das Register sind Beglaubigungen von Kopien und Unterschriften. Ob jede Urkundsperson für sich ein Register zu führen hat oder ob in einem Büro oder einem Amt mit mehreren Urkundspersonen lediglich ein Register vorhanden sein muss, sollte den Kantonen zur Regelung überlassen werden.

### 7.5.5.3 Aufbewahrung des Originals der Urkunde oder einer beglaubigten Kopie

Leitsatz:

*Das Original der öffentlichen Urkunde bleibt grundsätzlich in der Verwahrung der Urkundsperson respektive des zuständigen Amtes.*

*Wird das Original der öffentlichen Urkunde herausgegeben, ist an dessen Stelle eine beglaubigte Kopie aufzubewahren oder bei letztwilligen Verfügungen ein Vermerk anzubringen, weshalb und an wen die Herausgabe stattfand.*

Die heutigen kantonalen Regelungen betreffend Anzahl von Originalen öffentlicher Urkunden sowie deren Herausgabe respektive Verwahrung sind unterschiedlich. So sehen einige Kantone vor, dass das Original der öffentlichen Urkunde in der Verwahrung der Urkundsperson bleibt, während in anderen Kantonen die Originale an die Urkundsparteien respektive Parteien und Registerämter herausgegeben werden und die Urkundsperson lediglich eine beglaubigte Kopie aufbewahrt.

Es gibt öffentliche Urkunden, die im Original den Urkundsparteien respektive den Parteien herausgegeben werden müssen.<sup>315</sup> Dazu gehören die öffentlichen Urkunden, die einem anderen Dokument nachgetragen werden, also die Beglaubigungen und die Bürgschaftsurkunden sowie die letztwilligen Verfügungen, wenn diese vernichtet werden sollen oder amtlich zu eröffnen sind.

Unter Umständen verlangen ausländische Rechtsordnungen das Original einer öffentlichen Urkunde. In einem solchen Fall muss es ebenfalls möglich sein, dass die Urkundsperson das Original der öffentlichen Urkunde herausgibt.

Hat die Urkundsperson das Original der öffentlichen Urkunde herauszugeben, ist an dessen Stelle eine beglaubigte Kopie aufzubewahren oder bei letztwilligen Verfügungen im Register ein Vermerk anzubringen, dass und an wen diese herausgegeben wurde.

Die Mehrheit der Mitglieder der Groupe de réflexion sprach sich dafür aus, festzulegen, dass es nur ein Original der öffentlichen Urkunde geben kann. Entsprechend wird im Leitsatz bewusst von einem Original der öffentlichen Urkunde gesprochen. Keine Einigkeit herrscht jedoch betreffend Verbleib dieses Originals. So sprachen sich einige Mitglieder der Groupe de réflexion dafür aus, dass aufgrund der Rechtssicherheit das Original grundsätzlich von der Urkundsperson aufzubewahren sei. Ebenfalls vertreten wurde die Meinung, dass gerade öffentliche Urkunden, welche Grundlagen für einen Registereintrag bilden würden, aus Effizienzgründen durchaus an die Registerbehörden herausgegeben werden können. Die zeitlich unbeschränkte Aufbewahrung von öffentlichen Urkunden werde hier durch die Registerbehörden sichergestellt. In den Kantonen werden heute gewisse Originale von öffentlichen Urkunden den Urkundsparteien herausgegeben (z.B. Verfügungen von Todes wegen, Vorsorgeaufträge etc.). Diese Möglichkeit sollte gemäss der Ansicht einiger Mitglieder der Groupe de réflexion auch weiterhin bestehen.

Gemäss dem Leitsatz hat das Original der öffentlichen Urkunde grundsätzlich in der Verwahrung der Urkundsperson zu verbleiben. Wird in Papierform beurkundet, ist das Original der öffentlichen Urkunde im Büro der Urkundsperson in geeigneter Weise aufzubewahren. Dabei

---

<sup>315</sup> MARTI, S. 153.

ist sicherzustellen, dass allfällige Umwelteinflüsse wie Feuchtigkeit, Wasser oder Verschmutzungen nicht dazu führen, dass die öffentlichen Urkunden zerstört oder unleserlich werden. Bei einer allfälligen elektronischen Beurkundung (Original der öffentlichen Urkunde entsteht in elektronischer Form) hat die Urkundsperson ebenfalls sicherzustellen, dass ein Dokument dauernd aufbewahrt wird. Diese Aufbewahrung kann mithilfe eines zentralen Urkundenregisters sichergestellt werden. Es soll den Kantonen jedoch freigestellt werden, vorzusehen, dass gewisse öffentliche Urkunden (wie z.B. Verfügungen von Todes wegen, Vorsorgeaufträge) an die Urkundsparteien herausgegeben werden können. Ebenfalls sollen die Kantone bestimmen können, dass öffentliche Urkunden, welche Grundlage für Registereintragungen bilden, im Original an die Registerämter herausgegeben werden können.

#### 7.5.5.4 Erstellung von Ausfertigungen und beglaubigten Kopien

Leitsatz:

*Die Urkundspersonen können für den Rechtsverkehr Ausfertigungen oder beglaubigte Kopien des Originals der öffentlichen Urkunde erstellen.*

Die Urkundsperson kann vom Original der öffentlichen Urkunde Ausfertigungen oder beglaubigte Kopien erstellen und diese herausgeben. Erstellt die Urkundsperson Ausfertigungen, hat sie im Original der öffentlichen Urkunde festzuhalten, wie viele Ausfertigungen erstellt und wem diese ausgehändigt wurden.

Von der Groupe de réflexion wurde die Frage thematisiert, für welche Personen oder Behörden eine Ausfertigung erstellt werden kann. In Bezug auf die Personen, die eine Ausfertigung einer öffentlichen Urkunde verlangen können, bestehen heute unterschiedliche kantonale Regelungen. Teilweise sehen die Kantone vor, dass nur an der Beurkundung beteiligte Urkundsparteien oder Parteien sowie allenfalls betroffene Behörden Ausfertigungen erhalten können.<sup>316</sup> Andere Kantone kennen dagegen einen anderen oder weiteren Personenkreis in Bezug auf die Aushändigung von Ausfertigungen.<sup>317</sup> Einige Mitglieder der Groupe de réflexion sprachen sich dafür aus, dass es den Kantonen überlassen werden soll, die Personen zu bestimmen, die eine Ausfertigung einer öffentlichen Urkunde erhalten können. Andere Mitglieder der Groupe de réflexion vertraten aber auch die gegenteilige Meinung: Es sollte auf Stufe Bund festgehalten werden, welche Personen Anrecht auf die Aushändigung einer Ausfertigung haben.

#### 7.5.5.5 Siegelung der öffentlichen Urkunde

Leitsatz:

*Die Urkundsperson verfügt über ein kantonales Siegel.*

*Öffentliche Urkunden, die in Zirkulation gebracht werden, sind zu siegeln.*

Das Siegel der Urkundsperson soll deren Unterschrift bekräftigen. Öffentliche Urkunden, die in der Verwahrung der Urkundsperson verbleiben, müssen daher nicht gesiegelt werden. Bei öffentlichen Urkunden, die im Rechtsverkehr verwendet werden, ist es jedoch von Bedeutung, dass nachvollzogen werden kann, welche Urkundsperson das Geschäft öffentlich beurkundet hat. Das Siegel ist in der Nähe der Unterschrift der Urkundsperson anzubringen.

Für die Erstellung, die Gestaltung und auch die Vergabe des Siegels sind die Kantone zuständig.

<sup>316</sup> Vgl. bspw. BE: Art. 65 NO-BE.

<sup>317</sup> Vgl. bspw. FR: Art. 74 NG-FR.

#### 7.5.5.6 Anmeldung von Geschäften bei Registerämtern / Meldung bei Behörden

Leitsatz:

*Die Urkundsperson kann öffentliche Urkunden, die Grundlage für Registereinträge bilden, beim entsprechenden Amt anmelden.*

Einige öffentliche Urkunden bilden Grundlage für Eintragungen in Registern (insbesondere Grundbuch und Handelsregister). So wird im Bereich des Grundbuchs oder des Handelsregisters für eine Vielzahl von Rechtsgrundaussweisen die Form der öffentlichen Beurkundung verlangt, um Gewähr zu haben, dass dieser den entsprechenden Inhalt aufweist, um eine Eintragung vornehmen zu können. Gemäss Art. 963 Abs. 3 ZGB können die Urkundspersonen durch die Kantone angewiesen werden, die von ihnen beurkundeten Geschäfte beim Grundbuchamt anzumelden. Besteht eine solche kantonale Regelung, kann die Urkundsperson das Geschäft beim Grundbuchamt anmelden, ohne dass sie explizit dafür bevollmächtigt werden muss. In der Regel ist das Original einer öffentlichen Urkunde beim Register einzureichen; ist die Urkundsperson jedoch zu der Aufbewahrung des Originals der öffentlichen Urkunde verpflichtet, kann eine Ausfertigung oder eine beglaubigte Kopie eingereicht werden (vgl. dazu Art. 62 Abs. 1 GBV und Art. 20 Abs. 1 HRegV).

Die Form der öffentlichen Beurkundung soll sicherstellen, dass die geforderten Rechtsgrundaussweise eine sichere und verlässliche Grundlage für einen Registereintrag bilden. Für ein funktionierendes Rechtssystem und die Rechtssicherheit ist es von enormer Bedeutung, dass die Register auf einem aktuellen Stand sind. Es ist daher naheliegend, dass Urkundspersonen, welche ein öffentliches Amt ausüben, im Rahmen ihrer Möglichkeiten dazu beitragen, dass die Register nachgeführt werden können.

#### 7.6 Die Nicht-Entstehung der öffentlichen Urkunde und die Rechtsfolgen

Leitsatz:

*Keine öffentliche Urkunde entsteht, wenn:*

- die Urkundsperson nicht über die Beurkundungsbefugnis verfügt;
- die Urkundsperson sachlich und / oder örtlich nicht zuständig war;
- eine Selbstbeteiligung der Urkundsperson vorliegt;
- die Urkundsperson die beurkundeten Willenserklärungen oder Vorgänge nicht selber wahrgenommen hat;
- die Erklärenden nicht persönlich Kenntnis vom Inhalt der öffentlichen Urkunde genommen und ihre Genehmigung dazu geäussert haben;
- die Unterschrift der Urkundsperson fehlt.

*Eine öffentliche Urkunde ist anfechtbar, wenn:*

- die Urkundsperson gegen die Ausstandspflichten verstossen hat;
- die Urkundsperson gegen die Interessenwahrungspflicht verstossen hat;
- ein Beurkundungsbegehren fehlt;
- auf der öffentlichen Urkunde das Datum fehlt.

## 7.6.1 Aktuelle Situation

Die Mitglieder der Groupe de réflexion hielten fest, dass betreffend Nicht-Entstehung bzw. Nichtigkeit von öffentlichen Urkunden die folgenden Themenbereiche respektive Fragen zu diskutieren seien:

- Soll die Differenzierung zwischen Ordnungs- und Gültigkeitsvorschriften beibehalten werden?
- Kann es bei einer öffentlichen Urkunde eine teilweise Formungültigkeit geben?
- Kann es auf kantonaler Stufe Regelungen hinsichtlich der materiell-rechtlichen Folgen bei der Verletzung von Gültigkeitsvorschriften geben?
- Wieweit muss bzw. kann ein Verfahrensrecht die materiell-rechtlichen Folgen eines Verfahrensfehlers regeln?

Nachfolgend wird auf diese einzelnen Themenbereiche respektive Fragen eingegangen.

### 7.6.1.1 Unterscheidung zwischen Gültigkeits- und Ordnungsvorschriften

Wird eine Beurkundungsvorschrift verletzt, führt dies zu einem Verfahrensmangel und dieser zu einem Formmangel. Hinsichtlich Verfahrensvorschriften wird unter heutigem Recht zwischen Gültigkeits- und Ordnungsvorschriften unterschieden.<sup>318</sup> Wird eine Gültigkeitsvorschrift verletzt, so entsteht keine öffentliche Urkunde. Der Verstoss gegen eine Ordnungsvorschrift hat keinen Einfluss auf die Entstehung der öffentlichen Urkunde, kann aber disziplinarische, straf- oder vermögensrechtliche Folgen für die Urkundsperson nach sich ziehen.<sup>319</sup> Ob es sich bei einer bestimmten beurkundungsrechtlichen Verfahrensvorschrift um eine Gültigkeitsvorschrift oder um eine Ordnungsvorschrift handelt, wird nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und einem Teil der Lehre bei den kantonalen Verfahren durch das kantonale Recht und die bundesrechtlichen Mindestanforderungen bestimmt.<sup>320</sup> Insbesondere wird aber auch differenzierend die Auffassung vertreten, eine Verletzung der bundesrechtlichen Minimalanforderungen an die öffentliche Beurkundung könne von den Kantonen nicht als blosser Verletzung von Ordnungsvorschriften deklariert werden.<sup>321</sup> Bei den Verfahren nach ZGB muss die Unterscheidung zwischen Gültigkeits- und Ordnungsvorschriften immer gemäss Bundesrecht vorgenommen werden.<sup>322</sup>

### 7.6.1.2 Unterscheidung zwischen der Verletzung einer Gültigkeitsvorschrift (Tatbestand des Verfahrensfehlers) und der zivilrechtlichen Rechtsfolge

Die beurkundungsrechtliche Frage der Entstehung oder der Nicht-Entstehung einer öffentlichen Urkunde (Verfahrensfehler als Tatbestand) darf nicht mit der materiell-rechtlichen Frage der Rechtsfolgen eines Formmangels bei öffentlichen Urkunden gleichgesetzt werden.<sup>323</sup> Die Diskussion der materiell-rechtlichen Folgen der Ungültigkeit der öffentlichen Urkunde bildet nicht Gegenstand des Mandats der Groupe de réflexion.

Im Kontext der Nicht-Entstehung von öffentlichen Urkunden ist strittig, ob die Kantone auch über die diesbezügliche materiell-rechtliche Wirkung befinden können. Das Bundesgericht vertritt für das heutige Recht die Meinung, dass die Kantone sowohl die Gültigkeitsvoraussetzungen für die Entstehung öffentlicher Urkunden wie auch die Wirkung eines Verfahrensfehlers

---

<sup>318</sup> CARLEN, S. 103 ff.; KOLLER, N. 20; MARTI, S. 79.

<sup>319</sup> MARTI, S. 79.

<sup>320</sup> BRÜCKNER, N. 1488; BGE 106 II 146, 149 ff.; KOLLER verzichtet auf einen Hinweis betreffend bundesrechtliche Mindestanforderungen (KOLLER, N. 20 f.).

<sup>321</sup> HÜRLIMANN-KAUP/SCHUMACHER/SCHMID, S. 192; Bericht ARNET (Anhang 3, Ziff. 2.3).

<sup>322</sup> BRÜCKNER, N. 1488.

<sup>323</sup> BRÜCKNER, N. 1489.

regeln können.<sup>324</sup> In der Literatur finden sich Autoren, welche dieser Auffassung des Bundesgerichts nicht folgen können und sich dafür aussprechen, dass sich die kantonale Regelungskompetenz auf die Frage der Entstehung oder Nicht-Entstehung einer öffentlichen Urkunde beschränke und die Frage der materiell-rechtlichen Wirkung ausschliesslich durch das Bundesrecht beantwortet werde.<sup>325</sup>

Lehre und Rechtsprechung sind uneinig, ob die Formungültigkeit auf der Ebene des materiellen Rechts eine absolute oder eine relative Nichtigkeit bewirkt.<sup>326</sup> Ausgehend von der klassischen Nichtigkeitslehre sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und einem Teil der Lehre mit einem Formmangel behaftete Verträge absolut nichtig und damit unheilbar unwirksam.<sup>327</sup> Vertreter der relativen Nichtigkeitslehre dagegen, gehen davon aus, dass ein Formmangel durch die Erfüllung des Vertrags geheilt werden könne.<sup>328</sup>

Seitens der Mitglieder der Groupe de réflexion wurde vorgebracht, dass die Abgrenzung zwischen der Nicht-Entstehung einer öffentlichen Urkunde und den materiell-rechtlichen Folgen einer solchen Nicht-Entstehung häufig nicht konsequent vorgenommen werde. Bei der Ausarbeitung des Leitsatzes zu der Nicht-Entstehung solle diesbezüglich auf eine klare Trennung geachtet werden. Zudem biete die Erarbeitung eines Leitsatzes zur Nicht-Entstehung von öffentlichen Urkunden die Möglichkeit, diesbezügliche neue Ansätze zu diskutieren und unter gegebenen Umständen vom bisherigen System abzuweichen. Die materiell-rechtlichen Wirkungen der Ungültigkeit sind dem Bundesprivatrecht zuzuordnen und nicht Gegenstand des Mandats der Groupe de réflexion (vgl. hinten Ziffer 7.6.4).

## **7.6.2 Unterscheidung zwischen «Nichtenstehung und Anfechtbarkeit der Urkunde»**

### **7.6.2.1 Allgemeine Überlegungen**

Wie vorstehend ausgeführt, wird heute bei einem Verstoss gegen beurkundungsrechtliche Verfahrensvorschriften unterschieden zwischen Ordnungs- und Gültigkeitsvorschriften. Die Mitglieder der Groupe de réflexion waren sich einig darüber, dass eine Differenzierung zwischen Gültigkeits- und Ordnungsvorschriften beibehalten werden soll. Nicht jeder Verstoss gegen eine bestimmte Verfahrensvorschrift rechtfertigt – gerade auch in Hinsicht der materiell-rechtlichen Wirkungen – in der Konsequenz die Nichtenstehung einer öffentlichen Urkunde.

Im Rahmen der Diskussionen in der Groupe de réflexion wurde die Idee eingebracht, dass im Bereich der Gültigkeitsvorschriften eine weitere Unterteilung vorgenommen werden sollte. Die Grundlage der Überlegung bestand darin, dass es Verfahrensfehler gibt, die nicht ohne Auslegungsspielraum feststellbar, aber für die Beurkundung so bedeutsam sind, dass sie den Gültigkeitsvorschriften zuzurechnen sind (z.B. Interessenwahrungspflicht). Bei den Gültigkeitsvorschriften sollte daher unterschieden werden zwischen den Tatbeständen, welche die Nicht-Entstehung einer öffentlichen Urkunde zur Folge haben und denjenigen, die zu einer Anfechtbarkeit der öffentlichen Urkunde führen. Diese beiden Kategorien würden sich einerseits in Bezug auf die Entstehung der öffentlichen Urkunde aber auch betreffend Rechtsfolgen unterscheiden. Diese Überlegung lässt sich im folgenden Schema zusammenfassen:

---

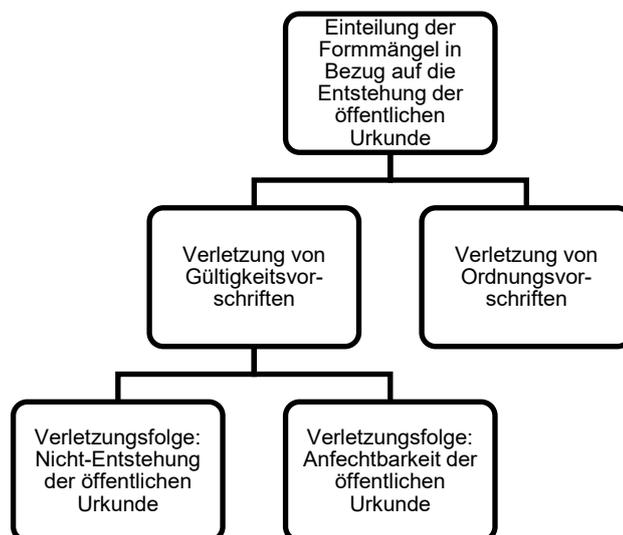
<sup>324</sup> BGE 106 II 146, 151 f.

<sup>325</sup> BRÜCKNER, N. 1490 ff.; KOLLER, N. 20 ff.; vgl. auch Bericht ARNET (Anhang 3, Ziff. 2.3).

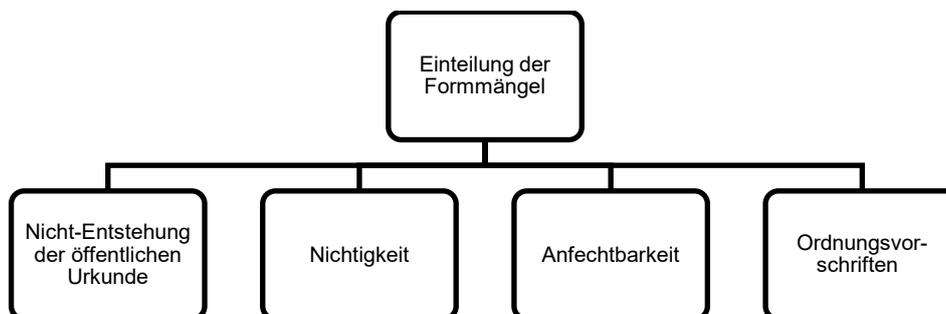
<sup>326</sup> HUGUENIN, N. 375.

<sup>327</sup> BGE 116 II 700 E. 3.b; HUGUENIN, N. 369; vgl. die Übersicht zum Stand von Rechtsprechung und Lehre in GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, N. 548 ff.

<sup>328</sup> HUGUENIN, N. 375.



Die Groupe de réflexion diskutierte zudem einen weiteren Vorschlag, bei dem die Folgen der Verletzungen von Verfahrensvorschriften in vier Kategorien eingeteilt werden. Diese Idee kann in einem Schema wie folgt dargestellt werden:



Im Hinblick auf die beiden vorstehenden Schemata wurden in der Groupe de réflexion die Unterschiede bezüglich der beiden Kategorien der «Nicht-Entstehung der öffentlichen Urkunde» und der «Nichtigkeit einer öffentlichen Urkunde» diskutiert. Eine «nicht-entstandene» öffentliche Urkunde hat zu keiner Zeit existiert. Eine «Heilung» in Form einer Erfüllung des Rechtsgeschäfts ist damit gar nicht möglich. Mit anderen Worten besteht für ein Gericht kein Handlungsspielraum in Bezug auf eine mögliche Gültigkeit der «öffentlichen Urkunde», denn was nicht entstanden ist kann auch nicht gültig sein. Dagegen existiert eine «nichtige» öffentliche Urkunde zwar, allerdings entfaltet sie keine Wirkung.

Die Mitglieder der Groupe de réflexion einigten sich darauf, dass beide Vorschläge hinsichtlich der Kategorisierung der Verletzung der Verfahrensvorschriften weiterverfolgt und idealerweise kombiniert werden sollten. In den nachfolgenden Ziffern werden die diesbezüglichen Überlegungen der Groupe de réflexion in Bezug auf die Einteilung von Formmängeln im Beurkundungsverfahren dargelegt.

### 7.6.2.2 De lege ferenda: Bundesrechtliche Kompetenz zur Einteilung der Formmängel in Bezug auf die Entstehung der öffentlichen Urkunde

Die Mitglieder der Groupe de réflexion waren sich einig, dass die Qualifikation einer beurkundungsrechtlichen Verfahrensvorschrift als Gültigkeits- oder Ordnungsvorschrift bei einem allfälligen zukünftigen bundesrechtlichen Beurkundungsverfahren klarerweise durch Bundesrecht zu erfolgen hat. Ebenfalls durch Bundesrecht festzulegen wäre sodann, welche Verfahrensfehler im Bereich der Gültigkeitsvorschriften zu einer Nicht-Entstehung der öffentlichen Urkunde führen und welche allenfalls zu deren Anfechtbarkeit. Kantonale Vorschriften, welche über die bundesrechtlichen Bestimmungen hinausgehen würden, wären dann immer als Ordnungsvorschriften zu qualifizieren. Raum für kantonale Gültigkeitsvorschriften in Bezug auf die Frage der Entstehung oder Nicht-Entstehung sowie der Anfechtbarkeit von öffentlichen Urkunden wäre diesfalls nicht mehr vorhanden.

Wird auf Bundesrechtsebene eine Verfahrensvorschrift als Ordnungsvorschrift qualifiziert, so müsste zudem festgehalten werden, ob diesfalls die Sanktion ebenfalls auf Bundesstufe festgelegt werden soll oder diese durch die Kantone zu bestimmen ist. Die Mitglieder der Groupe de réflexion waren sich einig, dass beides denkbar wäre.

### 7.6.2.3 Gültigkeitsvorschriften

#### 7.6.2.3.1 Nicht-Entstehung der öffentlichen Urkunde

##### Allgemeines

Werden bei der öffentlichen Beurkundung wesentliche Verfahrenselemente verletzt oder nicht beachtet, so soll dies zur Nicht-Entstehung der öffentlichen Urkunden führen. Diese Nicht-Entstehung von öffentlichen Urkunden ist von Amtes wegen zu beachten und muss nicht klageweise geltend gemacht werden.

Die Mitglieder der Groupe de réflexion sprachen sich dafür aus, dass aus Gründen der Rechtssicherheit und in Anbetracht der materiell-rechtlichen Wirkung die Elemente, welche zur Nicht-Entstehung von öffentlichen Urkunden führen, konkret und abschliessend aufgelistet werden sollten. Des Weiteren sollten diese Elemente keinen Interpretationsspielraum in Bezug auf die Einhaltung oder Nicht-Einhaltung der Verfahrensvorschriften lassen.

Entsprechend findet sich im Leitsatz zur «Nicht-Entstehung der öffentlichen Urkunde» eine abschliessende Aufzählung der Tatbestände, welche im Ergebnis dazu führen, dass keine öffentliche Urkunde entsteht. Zu diesen Tatbeständen gehören die Fälle, in denen

- die Urkundsperson nicht über die Beurkundungsbefugnis verfügt (vgl. dazu Ziffer 7.3.2);
- die Urkundsperson sachlich und / oder örtlich nicht zuständig war (vgl. dazu Ziffer 7.3.3);
- eine Selbstbeteiligung der Urkundsperson vorliegt (vgl. dazu Ziffer 7.4.6);
- die Urkundsperson die beurkundeten Willenserklärungen oder Vorgänge nicht selber wahrgenommen hat (vgl. dazu Ziffer 7.5.4.3);
- die Erklärenden nicht persönlich Kenntnis vom Inhalt der öffentlichen Urkunde genommen und ihre Genehmigung dazu geäussert haben (vgl. dazu Ziffer 7.5.4.5);
- die Unterschrift der Urkundsperson fehlt (vgl. dazu Ziffer 7.5.1.2).

### 7.6.2.3.2 Anfechtbarkeit der öffentlichen Urkunde

#### Allgemeines

Verfahrensfehler, die zu einer Anfechtbarkeit der öffentlichen Urkunde führen, können nur dann das Nicht-Entstehen einer öffentlichen Urkunde bewirken, wenn sie auf Klage hin festgestellt wurden.

Die Möglichkeit der Anfechtbarkeit der öffentlichen Urkunde wurde seitens einiger Mitglieder der Groupe de réflexion kritisch hinterfragt. Es sei hinsichtlich Rechtssicherheit problematisch, wenn sich öffentliche Urkunden in einem rechtlichen «Schwebezustand» befinden würden. Dagegen wurde das Argument vorgebracht, dass bereits heute im Bundesprivatrecht das Institut der Anfechtbarkeit vorgesehen sei. So könne nach Artikel 520 Absatz 1 ZGB eine Verfügung von Todes wegen aufgrund der Verletzung von Verfahrensvorschriften auf erhobene Klage hin für ungültig erklärt werden (Klagefrist: 1 Jahr gemäss Art. 521 ZGB). Des Weiteren ist in Artikel 21 und 31 OR geregelt, dass die Übervorteilung und beachtliche Willensmängel bei entsprechender Erklärung innert Jahresfrist zur einseitigen Unverbindlichkeit eines Vertrages führen und dieser damit bloss anfechtbar ist.

Da auf bundesrechtlicher Stufe im Bereich der Verfügungen von Todes wegen bereits Bestimmungen betreffend Anfechtbarkeit bestehen, würde es sich anbieten, für den Bereich der öffentlichen Beurkundung allenfalls analoge Vorgehensweisen und Regelungen zu wählen. So könnte der Kreis der zur Klage legitimierten Personen dahingehend eingeschränkt werden, dass für die Aktivlegitimation die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Personengruppe (Parteien) bzw. eine Betroffenheit durch das Rechtsgeschäft nachzuweisen wäre. Unbeteiligte Dritte könnten sich somit nicht auf die Anfechtungsgründe berufen. Den Beweis für das Vorliegen eines Anfechtungsgrundes hätte sodann der Kläger zu erbringen.

Damit der rechtliche «Schwebezustand» nicht auf unbestimmte Zeit andauert, wurde von den Mitgliedern der Groupe de réflexion vorgeschlagen, analog zu Artikel 521 ZGB eine Frist vorzusehen, innert der die Klage hängig gemacht werden muss. In Bezug auf die Dauer dieser Frist könnte ebenfalls Artikel 521 ZGB als Grundlage genommen werden.

Als Möglichkeit, den «Schwebezustand» zu beseitigen, wurde als Lösung eine «Heilung» der öffentlichen Urkunde mittels eines Registereintrags vorgeschlagen. Hiergegen wurde aber das Argument vorgebracht, dass eine solche Rechtsfolge im Grundbuch- oder Handelsregisterrecht geregelt werden müsste.

Ob eine fehlende Datierung zur Nicht-Entstehung einer öffentlichen Urkunde oder zu deren Anfechtbarkeit führt, wurde in der Groupe de réflexion intensiv diskutiert. Einerseits wurde diesbezüglich die Meinung vertreten, dass ein fehlendes Datum unter Berücksichtigung der Interessen der beteiligten Parteien im Ergebnis nicht zur Nicht-Entstehung einer öffentlichen Urkunde führen könne. Dagegen wurde vorgebracht, dass gerade die Datierung unter Umständen für den Bestand der öffentlichen Urkunde zentral sein könne, z.B. wenn es um die Handlungsfähigkeit der Parteien oder Urkundsparteien gehe.

Zu einer Anfechtbarkeit der öffentlichen Urkunde führen die folgenden Tatbestände:

- Die Urkundsperson hat gegen die Ausstandspflichten verstossen (vgl. dazu Ziffer 7.4.6);
- Die Urkundsperson hat gegen die Interessenwahrungspflicht verstossen (vgl. dazu Ziffer 7.4.4);
- Das Beurkundungsbegehren fehlt (vgl. dazu Ziffer 7.5.2);
- Auf der öffentlichen Urkunde fehlt das Datum (vgl. dazu Ziffer 7.5.1.2).

#### 7.6.2.4 Ordnungsvorschriften

Unter den Ordnungsvorschriften sind diejenigen beurkundungsrechtlichen Verfahrensvorschriften zu verstehen, deren Verletzung respektive Nichtbeachtung keinen Einfluss auf die Entstehung der öffentlichen Urkunde hat. Ordnungsvorschriften richten sich primär an die Urkundsperson und nicht unbedingt an die beteiligten Parteien oder Urkundsparteien.<sup>329</sup> Wie bereits vorstehend ausgeführt, kann die Verletzung von Ordnungsvorschriften disziplinarische, strafrechtliche oder auch vermögensrechtliche Folgen für die Urkundsperson haben.

Nach Ansicht der Groupe de réflexion sind bspw. folgende Verstösse gegen Verfahrensvorschriften als Ordnungsvorschriften zu qualifizieren:

- Die Urkundsperson hat gegen die Urkundspflicht verstossen (Ziffer 7.4.2);
- Die Urkundsperson hat gegen die Wahrheitspflicht verstossen (Ziffer 7.4.3);
- Die Urkundsperson hat gegen die Geheimhaltungspflicht verstossen (Ziffer 7.4.7);
- Die Urkundsperson klärt die Vertragsparteien nicht über die Vertragsform und deren Wirkung auf (vgl. dazu Ziffer 7.5.3.3).

#### 7.6.3 Umfang des Formzwangs – Teilweise Formungültigkeit bei öffentlichen Urkunden

Im Rahmen der Diskussionen der Groupe de réflexion wurde die Frage aufgegriffen, ob bei öffentlichen Urkunden eine aus verfahrensrechtlicher Sicht teilweise Formungültigkeit möglich sei. Der Umfang des Formerfordernisses der öffentlichen Beurkundung ergibt sich aus dem Bundesrecht.<sup>330</sup> Von selbst versteht sich, dass ein Formmangel aus materiell-rechtlicher Sicht zur Ungültigkeit des mangelbehafteten Vertragsteils führt. Wo ein Mangel alle formbedürftigen Vertragsbestandteile betrifft, sind somit alle diese Vertragsbestandteile ungültig.<sup>331</sup> Im Bereich der öffentlichen Beurkundung wirkt sich ein allfälliger Verfahrensfehler entsprechend materiell-rechtlich auf alle formbedürftigen Punkte aus.<sup>332</sup> Betrifft der Formmangel dagegen nur einen Teil des Rechtsgeschäfts, wird in der Literatur die materiell-rechtliche Frage kontrovers diskutiert, ob der vom Formmangel nicht erfasste Vertragsteil ebenfalls ungültig ist oder aber aufrechterhalten werden kann. In Bezug auf die verfahrensrechtliche Frage, ob eine öffentliche Urkunde nur teilweise entstehen kann oder nur teilweise anfechtbar ist, waren die Mitglieder der Groupe de réflexion der Meinung, dass dies ausgeschlossen sei.

#### 7.6.4 Regelung der materiell-rechtlichen Folgen eines Verfahrensfehlers

##### 7.6.4.1 Bundesrechtliche und kantonale rechtliche Regelungskompetenzen betreffend materiell-rechtliche Folgen eines Verfahrensfehlers

Wie bereits unter Ziffer 7.6.1.2 erwähnt, darf die beurkundungsrechtliche Frage der Entstehung oder der Nicht-Entstehung einer öffentlichen Urkunde nicht mit den damit einhergehenden materiell-rechtlichen Wirkungen gleichgesetzt werden. Das Bundesgericht hat sich in BGE 106 II 146 dahingehend geäußert, dass das kantonale Recht nicht nur für den Entscheid über die Entstehung oder Nicht-Entstehung einer öffentlichen Urkunde massgebend sei, sondern auch über die materiell-rechtliche Wirkung einer nicht entstandenen öffentlichen Urkunde bestimme. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sei es also Sache der Kantone festzustellen, ob bei einer öffentlichen Urkunde eine absolute oder eine relative Ungültigkeit vorliege.<sup>333</sup>

---

<sup>329</sup> KOLLER, OR AT, N. 12.24.

<sup>330</sup> KOLLER, OR AT, N. 12.60 und N. 12.84.

<sup>331</sup> KOLLER, N. 96.

<sup>332</sup> KOLLER, N. 96.

<sup>333</sup> KOLLER, N. 20.

Ob dieser höchstrichterlichen Auffassung, welche in der Literatur<sup>334</sup> nicht unbestritten ist, zu folgen ist, kann offen bleiben, wenn das Beurkundungsverfahren auf Bundesstufe geregelt würde. In diesem Fall wären die verfahrensrechtlichen Gültigkeitsvorschriften auf Bundesstufe abschliessend zu bestimmen, so dass allfälligen kantonalen Vorschriften nur noch Ordnungscharakter zukäme (vgl. dazu Ziffer 7.6.2.2). Bleibt auf kantonaler Ebene kein Raum für Regelungen im Hinblick auf die Entstehung oder Nicht-Entstehung von öffentlichen Urkunden, können auch die materiell-rechtlichen Wirkungen nicht durch kantonale Bestimmungen festgelegt werden. Die Wirkung der Verletzung von verfahrensrechtlichen Gültigkeitsvorschriften wäre dann durch das materielle Privatrecht zu beantworten.

#### 7.6.4.2 Materiell-rechtliche Folgen eines Verfahrensfehlers

Ist aufgrund eines Verfahrensfehlers keine öffentliche Urkunde entstanden, stellt sich die Frage der Gültigkeit des beurkundeten Rechtsgeschäfts respektive der Belegwirkung der öffentlichen Urkunde. Diese Frage bildet nicht Inhalt des Mandats der Groupe de réflexion.

### 7.7 Aufhebung der beurkundungsrechtlichen Sonderregelungen des ZGB

*Kein Leitsatz.*

Würde man im Rahmen einer Vereinheitlichung der Beurkundungsverfahren detaillierte Regelungen ausarbeiten, wären wohl auch die beurkundungsrechtlichen Sonderregelungen des ZGB für Verfügungen von Todes wegen zu überdenken<sup>335</sup>. So könnten bei Verfügungen von Todes wegen bspw. die gleichen Regelungen für anwendbar erklärt werden, welche für alle anderen Geschäfte, die öffentlich zu beurkunden sind, gelten. In diesem Zusammenhang zu klären, wäre die Frage, ob der Beizug von Zeugen weiterhin vorgeschrieben werden soll.

### 7.8 Aufsichtswesen / Disziplinar massnahmen

*Kein Leitsatz.*

Es ist Sache der Kantone, einer Urkundsperson die Beurkundungsbefugnis zu erteilen. Gleichzeitig ist es aber auch Aufgabe der Kantone, die Beurkundungsbefugnis wieder zu entziehen, wenn eine Urkundsperson die Voraussetzungen dafür nicht mehr erfüllt. Die Organisation des Aufsichts- und Disziplinarwesens ist Sache der Kantone.

### 7.9 Verantwortung und Haftung

*Kein Leitsatz.*

Urkundspersonen können für Schäden, die aufgrund mangelhafter Beurkundungstätigkeiten entstanden sind, haftbar gemacht werden. Artikel 61 OR ermächtigt die Kantone, die Schadenersatzpflicht kantonalen Beamter im kantonalen Recht zur regeln. Diese vermögensrechtliche Haftung soll auch weiterhin durch die Kantone festgelegt werden.

### 7.10 Buchführung, Geldverkehr, Zahlungsbereitschaft und Aufbewahrung von Geldmitteln

*Kein Leitsatz.*

Gewisse Kantone sehen in ihren rechtlichen Regelungen eine Buchführungspflicht vor, wobei der Umfang variieren kann.<sup>336</sup>

<sup>334</sup> Vgl. dazu BRÜCKNER, ZBGR 1994, S. 3 f. und KOLLER, N. 22.

<sup>335</sup> Die ZGB-Beurkundungsverfahren finden bei allen Rechtsgeschäften von Todes wegen Anwendung, so auch bei der Schenkung auf den Tod (Art. 245 Abs. 2 OR) und beim Verpfändungsvertrag (Art. 522 Abs. 1 OR).

<sup>336</sup> CARLEN, S. 124.

Die Regelungen betreffend Buchführung, Geldverkehr, Zahlungsbereitschaft und die Aufbewahrung von Geldmitteln soll den Kantonen überlassen werden.

## 7.11 Gebühren / Unentgeltliche öffentliche Beurkundung bei Bedürftigkeit

*Kein Leitsatz.*

Für die Vornahme der öffentlichen Beurkundung verlangen die Urkundspersonen ein Entgelt. Dabei handelt es sich um öffentlich-rechtliche Gebühren des kantonalen Rechts.<sup>337</sup> Schuldner der Gebühr ist die Urkundspartei respektive die Partei, welche der Urkundsperson die Rogation erteilt hat.<sup>338</sup>

Die detaillierte Regelung der Gebühren ist Sache der Kantone, weshalb kein Leitsatz dazu verfasst wird.

## 8 Fazit

Im Gegensatz zu anderen Ländern ist das Verfahren zur öffentlichen Beurkundung in der Schweiz nicht vereinheitlicht. Jeder Kanton hat diesbezüglich seine eigenen Regeln und seine eigenen Bestimmungen. So bestehen heute 26 verschiedene kantonale Ordnungen zum Beurkundungsrecht. Die Unterschiede der einzelnen kantonalen Regelungen können im Einzelfall durchaus von Bedeutung sein: Übt die Urkundsperson ihre Tätigkeit freiberuflich aus oder im Rahmen einer Anstellung beim Kanton? Wie viele Originale einer öffentlichen Urkunde werden im Rahmen des Hauptverfahrens erstellt? Kann eine Ausfertigung auch in elektronischer Form erstellt werden? Welche Ausstandspflichten hat eine Urkundsperson zu beachten? Kann eine öffentliche Urkunde auch in zwei Sprachen verfasst werden?

Trotz all der Verschiedenheiten kommt man beim Betrachten der kantonalen Beurkundungsverfahren zum Schluss, dass diese in ihren Grundsätzen nicht allzu stark voneinander abweichen. Der Grund dafür mag darin liegen, dass die zunehmende wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Verfahren des Beurkundungsrechts zu einer gegenseitigen Beeinflussung und zu einer Angleichung der kantonalen Regelungen geführt hat. Andererseits ist in der Lehre und in der Rechtsprechung seit geraumer Zeit unbestritten, dass in Bezug auf die öffentliche Beurkundung gewisse bundesrechtliche Mindestanforderungen existieren und die kantonalen Bestimmungen diesen Rechnung zu tragen haben.

Die öffentliche Beurkundung spielt in vielen zentralen Lebensbereichen eine wichtige Rolle, sei dies beim Kauf einer Liegenschaft, beim Abschluss eines Ehevertrages oder bei der Gründung einer Gesellschaft. Der Bedarf nach transparenten, funktionalen und klaren Beurkundungsregelungen ist daher durchaus nachvollziehbar. Welche Regeln nun aber beim Beurkundungsverfahren zur Anwendung kommen, hängt davon ab, in welchem Kanton die Beurkundung vorgenommen wird. Diese Tatsache, dass je nach Kanton unterschiedliche Regelungen gelten, ist nur schwer vereinbar mit der Forderung nach Transparenz, Funktionalität und Klarheit.

Als Ergebnis der Arbeiten der Groupe de réflexion kann festgehalten werden, dass eine Vereinheitlichung des Beurkundungsverfahrens durchaus möglich ist. Wie eine solche Vereinheitlichung zu erfolgen hat, ist eine Frage, die viel Diskussionsstoff bietet. Die öffentliche Beurkundung dient insbesondere dem Schutz der Parteien und der Rechtssicherheit und soll im Hinblick auf Registereinträge klare Verhältnisse schaffen. Bei der Gestaltung eines bundesrechtlichen Beurkundungsverfahrens sind diese Zwecke jederzeit im Auge zu behalten.

<sup>337</sup> CARLEN, S. 155; MARTI, S. 157.

<sup>338</sup> MARTI, S. 157.

**Anhang 1: *Propositions pour le point « Einteilung der Themenliste »; Bericht von Herrn Prof. Dr. Denis Piotet, Lausanne***

**Anhang 2: *Gutachten des BJ betreffend Bundeskompetenz zur Regelung des Beurkundungsverfahrens vom 13. September 2018***

**Anhang 3: *Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenz von Bund und Kantonen im Bereich des Beurkundungsrechts; Bericht von Frau Prof. Dr. Ruth Arnet, Zürich***

## PROPOSITIONS POUR LE POINT « EINTEILUNG DER THEMENLISTE »

-----

Les lignes qui suivent font suite au mandat reçu de la Présidence du groupe de travail lors de la séance du 24 septembre 2018 à Berne.

Le soussigné avait insisté sur la nécessité de définir à quel type d'acte authentique devaient s'appliquer les règles de forme fédérales qui devaient être élaborées par le Groupe de travail. Nombre de règles de l'avant-projet de 2012 ont été critiquées après mise en consultation à raison du fait qu'elles étaient inapplicables à certaines catégories d'actes authentiques, et que si elles avaient des limites, les dispositions projetées ne les explicitaient pas par rapport à des actes précis.

Le soussigné reprend tout d'abord les catégories des actes authentiques ne portant pas typiquement sur des actes juridiques (Willenserklärungsbeurkundungen) (I) : il fait ensuite une proposition adressée au Groupe de travail (II).

### I : CLASSIFICATION

#### A/1. Actes constatatoires prévus par le droit fédéral entrant typiquement dans la compétence des notaires et officiers publics

- inventaire authentique (art. 195a CC, 20LPart., 763 CC)  
cf. M. Mooser, Le droit notarial suisse, n. 739ss p. 477ss ;  
D. Piotet, in « La procédure d'instrumentation », Zürich 2007, p. 279ss.

**NB !** L'inventaire peut contenir un accord de volontés sur un bien et sa valeur : il y a alors acte juridique (C. Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, ZH 1993, n. 3157 p. 890 : D.Piotet, cit., p. 279s.)

- non-soumission à autorisation LFAIE (art. 18 de l'Ord. du 1.10.1984 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger)  
cf. M. Mooser, n. 752 p. 485 ;  
D. Piotet, cit., p. 277
- protêt d'effet de change (art. 1034ss CO)  
Attention : aussi placé dans la compétence matérielle des offices de poursuites.

- légalisation (art. 931a al.2 CO et 18 ORC ; art. 86 ORF, 18a OEC, 5 al.2 OIPRP, 15, 90, 556 al.2, 597 al.2, 720, 814 al. 6, 901, 997, 1085, 1098 al.2, 1143 al. 1 ch. 20, 1172 al.2 CO)
- constats de conformité à un ou plusieurs documents (visas) (art. 652h al.1 ch.2, 857 al. 3, 1048 CO ; art. 103 al.3 LFus.)  
Sur le dernier cas : M. Mooser, n. 715a p. 465
- attestations de faits autorisant l'écriture au registre du commerce (art. 653i al.2, 734 CO).

A/2 Actes constatatoires prévus par le droit fédéral ne rentrant qu'exceptionnellement dans la compétence des notaires et officiers publics

- acte d'ouverture de disposition à cause de mort (NE, BE, pour partie FR) (art. 557 CC).
- certificat d'héritier (art 559 CC) (NE, BE, pour partie FR)  
Cf. M. Mooser, n. 744ss p. 479ss  
D. Piotet, 2007, p. 280ss

A/3. Procès-verbaux authentiques d'actes juridiques

La classification de cette catégorie est très controversée et dépend de la définition de chaque auteur.

Cf. C. Brückner, op.cit., n. 57ss p.25ss : « Erklärungen zur Protokoll, Erklärungen zu Urkund »

Cf. A. Marti, Notariatsprozess, Bern 1989, p. 25ss : « Wissenserklärungsbeurkundungen »

Pour d'autres auteurs, ces cas sont classés parmi les actes constatatoires (Sachbeurkundungen) : cf. M. Mooser, op.cit., n. 710ss p. 458ss

Critique de cette classification pour au contraire ranger ces cas parmi les instrumentations d'actes juridiques : A. Perrin, La forme authentique dans la société anonyme, Lausanne 1996, p.12ss.

Il s'agit de :

- procès-verbaux d'assemblées générales de sociétés privées (art. 647, 650, 736 al.2 ; 764 al.2 ; 821 al.2 ; 874 al.2 CO ; art. 20, 44, 65 et 79 al.3 LFus.) ;
- procès-verbaux de conseils d'administration ou d'exécutifs de sociétés privées (art. 652g al.2, 653 g CO) ;
- procès-verbaux de l'assemblée de la communauté des créanciers en matière d'emprunts par obligations (art. 6 de l'Ord. du 9.12.1949, RS 221.522.1).

## B/ ACTES CONSTATATOIRES PREVUS PAR LES LOIS CANTONALES

La liste n'est pas exhaustive.

Certificats de vie ou de décès ;  
Actes de notoriété ;  
Constats authentiques, par ex. de tirage au sort;  
Visas ;  
Vidimus ;  
Expéditions (öffentliche Ausfertigungen);  
Constats de carence ;  
Attestation de déclaration sous serment ;  
Affidavit ;  
etc.

- Hors du droit privé fédéral, la juridiction gracieuse relève du droit cantonal, qui reste libre de prévoir d'autres titres publics (présumés exacts) placés dans la compétence de l'officier public.
- Les cantons peuvent soumettre à la forme authentique des actes juridiques du droit public librement (par ex., dans le cadre de remaniements parcellaires ou améliorations foncières).
- Les cantons ne peuvent soumettre à la forme authentique des actes juridiques du droit privé que si le droit privé leur octroie cette compétence. C'est le cas pour le procès-verbal d'une vente aux enchères, art. 236 CO (cf. M. Mooser, n. 749ss, p. 483s ; D. Piolet, 2007, p. 282).

-----

## II. PROPOSITION

1. Les actes authentiques purement constatatoires (Sachbeurkundungen) prévus par le droit fédéral sont très peu nombreux. Ceux, également constatatoires, prévus par le droit cantonal sont au moins aussi nombreux (B).

Les formalités de ces actes sont réglés à satisfaction dans les lois cantonales. Ils ne sont pas en lien avec le but de la forme authentique qui est de faire réfléchir les parties en connaissance de cause avant d'émettre un acte juridique important. Et ils sortent par ce trait de l'objectif d'uniformisation poursuivi par le Groupe de réflexion qui se rapporte aux actes juridiques.

Il s'ajoute à cela que dans plusieurs cas, ces actes constatatoires sont confiés à des magistrats ou des fonctionnaires qui n'ont pas la pratique pour le surplus du notariat, et qui surtout sont appelés dans leurs tâches à appliquer une procédure administrative ou civile de droit cantonal (ainsi pour le certificat d'héritier ou l'acte d'ouverture de testament) qui serait dissociée, en cas d'unification complète de la procédure d'instrumentation, d'avec celle future du droit fédéral.

Par surabondance encore, l'on rappellera qu'une instrumentation selon la procédure fédérale d'actes constatatoires de droit fédéral coexistant avec une instrumentation de droit cantonal pour les actes constatatoires de droit cantonal n'apporte aucune amélioration concrète à la pratique actuelle, et présente le risque de dissociation de règles applicables pour des actes très proches (cf. déjà les « Remarques » du soussigné déposées à la séance de septembre, p. 1 lit. B, sur le ch.5 lit. c de l'avis de la Division de droit public).

Ces raisons multiples militent pour qu'il soit renoncé à l'unification de la procédure des actes constatatoires (proposition 1).

2. Les procès-verbaux d'actes juridiques (A/3) présentent des difficultés de classification conséquentes. C'est à leur sujet que les plus grosses divergences cantonales existent aujourd'hui, allant de la question de la signature des parties et de l'unité de l'acte jusqu'à celle de la vidéo-conférence. Il n'apparaît pas raisonnable de stopper cette diversité qui contribue à l'évolution du droit, notamment dans le domaine du recours aux moyens audio-visuels, et un consensus fédéral qui gommerait toute solution cantonale particulière se heurterait à de fortes résistances.

Il est en outre difficile de séparer concrètement un acte purement constatatoire avec un procès-verbal contenant un acte juridique (par ex. pour l'inventaire, A/1 supra). Des raisons pratiques militent également pour un régime dérogatoire de ces actes juridiques leur permettant de se rapprocher d'actes authentiques constatatoires. Si l'on se rallie à la proposition (1) ci-dessus, il faut par conséquent consacrer la faculté pour les cantons de rapprocher tel ou tel procès-verbal d'acte juridique des simples actes authentiques constatatoires.

En d'autres termes, la proposition du soussigné est d'admettre l'unification de la procédure des actes juridiques authentiques, mais de laisser aux cantons celle des

actes constatatoires, et enfin de permettre aux cantons de déroger au système unifié pour les procès-verbaux d'actes juridiques (proposition 2).

Par ex., cela donnerait un art. 55c Tit.fin. CC :

- « 1. Les formalités de l'acte authentique contenant un acte juridique sont régies par les dispositions qui suivent.
2. Il en va de même des procès-verbaux d'actes juridiques, si les cantons n'en décident pas autrement.
3. Les actes authentiques purement constatatoires restent régis par le droit cantonal. »



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD

**Bundesamt für Justiz**  
Direktionsbereich Öffentliches Recht

**P.P. CH-3003 Bern. BJ**

---

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Privatrecht  
Bundesrain 20  
3003 Bern

Referenz/Aktenzeichen: COO.2180.109.7.260852 / 233.1/2018/00011

Ihr Zeichen:

Unser Zeichen: bj-chb

**Bern, 13. September 2018**

## **Bundeskompentenz zur Regelung des Beurkundungsverfahrens**

Sehr geehrte Damen und Herren

Sie haben uns gebeten, die Frage abzuklären, ob der Bundesgesetzgeber zuständig ist, das Verfahren der öffentlichen Beurkundung zu regeln. Wir äussern uns dazu gestützt auf die geltende Bundesverfassung wie folgt.

Bundesamt für Justiz BJ  
Susanne Kuster, Dr. iur., MPA Unibe  
Bundesrain 20, 3003 Bern  
Tel. +41 58 462 46 84, Fax +41 58 462 78 79  
susanne.kuster@bj.admin.ch  
www.bj.admin.ch

### **Zusammenfassende Beantwortung der Fragen**

Der geltende Artikel 122 Absatz 1 BV verleiht dem Bund die Zuständigkeit, den Gesamtkomplex des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts zu regeln. Dazu gehört auch das Verfahren der notariellen Erstellung öffentlicher Urkunden. Ob dieses eher dem Teilbereich des Zivilrechts oder demjenigen des Zivilprozessrechts zuzuschlagen ist, kann offen bleiben.

## Inhaltsverzeichnis

---

<b>1</b>	<b>Präzisierungen zur Fragestellung .....</b>	<b>4</b>
<b>2</b>	<b>System der Einzelermächtigung des Bundes durch die Bundesverfassung ..</b>	<b>4</b>
<b>3</b>	<b>Regelung privatwirtschaftlicher Erwerbstätigkeit (Art. 95 Abs. 1 BV) .....</b>	<b>4</b>
<b>4</b>	<b>Zivilrecht und Zivilprozessrecht (Art. 122 Abs. 1 BV) .....</b>	<b>5</b>
4.1	Verhältnis der Bundeskompetenz zum kantonalen Recht .....	5
4.2	Umfang der Bundeskompetenz .....	5
4.2.1	Verschiedene «Theorien» .....	5
4.2.2	Wortlaut .....	6
4.2.3	Systematik .....	6
4.2.4	Entstehungsgeschichte .....	6
4.2.5	Sinn und Zweck .....	8
4.2.6	Gesamtwertung .....	9
<b>5</b>	<b>Ergebnis .....</b>	<b>10</b>

## 1 Präzisierungen zur Fragestellung

- a. Es geht um die *öffentliche Beurkundung*. Gemeint ist damit vorliegend in einem engeren Sinn die Herstellung öffentlicher Urkunden durch kantonale Urkundspersonen (oft «Notare» genannt), wie sie heute in Artikel 55 f. des Schlusstitels (SchIT) des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB)<sup>1</sup> vorgesehen ist. Die Fragestellung betrifft somit nicht in einem weiteren Sinn alle öffentlichen Urkunden, die die Beweiswirkung nach Artikel 9 ZGB haben. Insbesondere die beglaubigten Auszüge aus dem Grundbuch, dem Handelsregister und dem Zivilstandsregister sind nicht zu thematisieren.
- b. Es geht nur um das *Verfahren*. Nicht Thema der Untersuchung ist insbesondere die Frage, in welchen Fällen die öffentliche Beurkundung erforderlich ist. Das ist im Bundesrecht für zivilrechtliche Belange schon heute abschliessend geregelt. Ebenfalls nicht Gegenstand des angedachten Rechtsetzungsvorhabens ist die Organisation des Notariats (Amtsnotariat / lateinisches Notariat, Aufsicht, geografische Verteilung auf den Kanton usw.)<sup>2</sup>.
- c. Es geht darum, ob der betreffende Bereich vom *Bundesgesetzgeber* (d.h. auf der Stufe des Bundesgesetzes, nicht etwa bloss in einer Verordnung des Bundesrats) geregelt werden darf.

## 2 System der Einzelermächtigung des Bundes durch die Bundesverfassung

Die Zuständigkeiten des Bundes ergeben sich aus der Bundesverfassung (BV). Der Bund darf aufgrund der Artikel 3 und 42 BV nur in denjenigen Bereichen Aktivitäten entfalten – insbesondere Gesetze erlassen – in denen die Verfassung ihn dazu einzeln ermächtigt. Aufgaben, die nicht dem Bund zugewiesen werden, fallen in die Zuständigkeit der Kantone.<sup>3</sup>

Die Frage nach dem Bestehen einer Bundeskompetenz ist somit eine Frage der Auslegung der Bundesverfassung.<sup>4</sup> Das geltende Gesetzesrecht des Bundes – vorliegend das Zivilgesetzbuch – mag gewisse Indizien zu deren Auslegung enthalten, es kann aber den Umfang der Bundeskompetenzen nicht regeln: Der Bundesgesetzgeber kann seine Zuständigkeiten weder nach dem Munchhausenprinzip ausweiten, noch kann er durch den Verzicht auf die Ausübung einer bestehenden Kompetenz seinen eigenen Aktionsradius für die Zukunft beschränken.

Somit sind im Folgenden die Verfassungsbestimmungen zu untersuchen, die dem Bund möglicherweise die Kompetenz zur Regelung des Beurkundungsverfahrens verleihen könnten.

## 3 Regelung privatwirtschaftlicher Erwerbstätigkeit (Art. 95 Abs. 1 BV)

Die Urkundspersonen (*officiers publics*) sind zwar in gewissen Kantonen auf eigene Rechnung tätig, üben aber in allen Kantonen eine staatliche («hoheitliche») Aufgabe aus.<sup>5</sup> Die Er-

---

<sup>1</sup> SR 210

<sup>2</sup> Michel Mooser, *Le droit notarial en Suisse*, 2<sup>e</sup> édition Bern 2014, Rz. 31–32 und 55–61; Denis Piotet, *Quel marché intérieur pour les notaires et les actes authentiques ? Réflexions à partir de la consultation 614-0002 de la commission fédérale de la concurrence*, Not@Lex 3/13, S. 114.

<sup>3</sup> Statt vieler: Ulrich Häfelin / Walter Haller / Helen Keller / Daniela Thurnherr, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 9. Auflage Zürich 2016, Rz. 1049 und 1050; Giovanni Biaggini, Art. 3 Rz. 13–19, in: Bernhard Waldmann / Eva Maria Belser / Astrid Epiney (Hrsg.), *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Basel 2015 (im Folgenden: *Basler BV-Kommentar*).

<sup>4</sup> Etwas unklar in dieser Hinsicht: Mooser (s.o. Fn. 2), Rz. 30, wo im Zusammenhang mit der Auslegung des Gesetzesrechts die Rede davon ist, dass der Bund eine ausschliessliche Kompetenz ausübe («exerce une compétence exclusive»). Aus den Rz. 31–36a ergibt sich aber, dass nicht etwa eine Aussage über die ausschliessliche Natur der Bundeskompetenz gemeint ist, sondern die These vertreten wird, dass der Bundesgesetzgeber in den entsprechenden Bereichen eine abschliessende Regelung erlassen habe.

<sup>5</sup> BGE 133 I 259, E. 2.2 (mit weiteren Hinweisen); Mooser (s.o. Fn. 2), Rz. 53; Peter Ruf, *Skriptum Notariatsrecht*, Langenthal 1995, Rz. 250.

fällung ihrer Aufgaben im Bereich der Beurkundung gilt somit nicht als Ausübung privatwirtschaftlicher Erwerbstätigkeit im Sinn von Artikel 95 Absatz 1 BV.<sup>6</sup> Diese Verfassungsbestimmung kann daher nicht als Grundlage einer Bundesregelung des Beurkundungsverfahrens dienen.

## 4 Zivilrecht und Zivilprozessrecht (Art. 122 Abs. 1 BV)

### 4.1 Verhältnis der Bundeskompetenz zum kantonalen Recht

Die Frage nach dem Verhältnis<sup>7</sup> der Bundeskompetenz im Bereich des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts (Art. 122 Abs. 1 BV) zum kantonalen Recht nehmen wir vorweg, weil eine klare Antwort darauf für die Beurteilung des Umfangs der Bundeskompetenz (s.u. 4.2) nützlich ist.

In den Bereichen, die von der Bundeskompetenz im Bereich des Zivilrechts und des Zivilrechts erfasst werden, gab es vor der Schaffung der jeweiligen Bundeskompetenz jeweils bereits kantonale Regelungen. Der Verfassungsgeber hat dem Bundesgesetzgeber die Grundlage für die Kodifikationen des materiellen Zivilrechts und des Zivilprozessrechts verliehen, damit aber gewiss kein Vakuum<sup>8</sup> schaffen wollen. Vielmehr bleiben die Regelungszuständigkeit der Kantone sowie die kantonalen Regelungen so lange unberührt, als der Bundesgesetzgeber seine betreffende Kompetenz nicht ausschöpft.<sup>9</sup> Man spricht in solchen Fällen von «nachträglich derogatorischen» oder «konkurrierenden» Bundeskompetenzen.

Während der Umfang der Bundeskompetenzen alleine in der Bundesverfassung geregelt wird, ergibt sich der Umfang der kantonalen Kompetenzen somit vorliegend *auch* aus dem Gesetzesrecht des Bundes. In der Lehre wird diskutiert, ob die geltenden Kodifikationen (ZGB/OR und schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008<sup>10</sup>) dem Grundsatz der Gesamtkodifikation folgend das kantonale Recht vollständig verdrängt haben oder ob – und inwieweit – den kantonalen Gesetzgebern noch Raum für eigene Regelungen bleibt<sup>11</sup>. Das betrifft aber nicht die Frage, wie weit die Gesetzgebungskompetenz des Bundes reicht, sondern wie weit dieser sie mit dem geltenden Gesetzesrecht ausgeschöpft hat. Die Kontroverse kann hier daher dahingestellt bleiben.

### 4.2 Umfang der Bundeskompetenz

#### 4.2.1 Verschiedene «Theorien»

Zur Zivilrechtskompetenz des Bundes gibt es reiche Literatur betreffend die verschiedensten «Theorien», nach denen das Zivilrecht von den restlichen Rechtsbereichen abgegrenzt werden kann. So ist etwa die Rede davon, unter Zivilrecht sei ein Sachbereich zu verstehen, in dem Gesetzgebungsziele verwirklicht werden dürfen, unabhängig davon, ob die Regelung als öffentlich-rechtlich oder als privatrechtlich zu qualifizieren sei. Andere Autoren ziehen Kriterien vor wie etwa das Subordinationsverhältnis zwischen Staat und Einzelnem, die Natur der im fraglichen Erlass angeordneten Rechtsfolgen, die mit dem Erlass verfolgten Interes-

<sup>6</sup> Allgemein zum Geltungsbereich von Art. 95 Abs. 1 BV: Basler BV-Kommentar (s.o. Fn. 3), Felix Uhlmann, Art. 51 Rz. 3 und 4; Peter Hettich, Art. 95 Rz. 7–9, in: Bernhard Ehrenzeller / Benjamin Schindler / Rainer J. Schweizer / Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage 2014 (im Folgenden: St. Galler BV-Kommentar).

<sup>7</sup> Grundlegend zu diesem Verhältnis, statt vieler: Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr (s.o. Fn. 3), Rz. 1091–1101; Basler BV-Kommentar (s.o. Fn. 3), Giovanni Biaggini, Art. 3 Rz. 47–56.

<sup>8</sup> Allgemein zum *horror vacui* des Verfassungsgebers: Basler BV-Kommentar (s.o. Fn. 3), Giovanni Biaggini, Art. 3 Rz. 53.

<sup>9</sup> BGE 140 III 155 E. 4.3; Botschaft BBl 1997 I 1, 525; St. Galler BV-Kommentar (s.o. Fn. 6), Christoph Leuenberger, Art. 122 Rz. 4; Basler BV-Kommentar (s.o. Fn. 3), Tarkan Göksu, Art. 122 Rz. 3; noch zum Verfassungsrecht vor der Justizreform: Ruf (s.o. Fn. 5), Rz. 133.

<sup>10</sup> SR 272

<sup>11</sup> Basler BV-Kommentar (s.o. Fn. 3), Tarkan Göksu, Art. 122 Rz. 3-6 und 28–29, mit weiteren Hinweisen.

sen oder die Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Mehrheitlich wird ein eklektischer Methodenpluralismus vertreten, in dem diese verschiedenen Kriterien je nach der aktuellen Fragestellung angewendet werden. Eine ähnliche, als typologisch bezeichnete Ansicht stellt darauf ab, ob die in Frage stehenden Rechtsnormen typisch zivilrechtliche Ziele verfolgen und herkömmlicherweise zum Zivilrechtsbereich gehören.<sup>12</sup> Welchem dieser theoretischen Ansätze der Vorzug zu geben ist, kann bei der Beantwortung der vorliegenden Frage offen bleiben. Es genügt, die Verfassungsbestimmung nach den anerkannten allgemeinen Kriterien (Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte, Sinn und Zweck) auszulegen.

#### 4.2.2 Wortlaut

Die Beurkundung wird im Allgemeinen als Teil der sogenannten freiwilligen (gleichbedeutend: nichtstreitigen) Gerichtsbarkeit aufgefasst; diese wiederum wird als Bereich des Zivilprozessrechts betrachtet<sup>13</sup>. Dass die freiwillige Gerichtsbarkeit begrifflich zum Zivilprozessrecht zu fassen ist, zeigt sich nur schon daran, dass ihre gerichtlichen Anordnungen in der Zivilprozessordnung geregelt sind (Art. 1 Bst. b). Auf Wortlautebene fällt das Notariatsverfahren somit in die Zuständigkeit des Bundes zur Regelung des Zivilprozessrechts nach Artikel 122 Absatz 1 BV.

#### 4.2.3 Systematik

Die systematische Positionierung von Artikel 122 Absatz 1 BV bestätigt, dass es sich bei dieser Bestimmung um eine Kompetenzbestimmung zugunsten des Bundes handelt (vgl. die Gliederungstitel vor Art. 42 und vor 54 BV) und dass es in einem weiten Sinn um das Zivilrecht geht (vgl. die Sachüberschrift von Art. 122 BV). Mehr ist aus der Systematik des Erlasses für die Beantwortung der vorliegenden Frage nicht zu gewinnen.

#### 4.2.4 Entstehungsgeschichte

Im Folgenden soll nachgezeichnet werden, wie es zur heutigen Fassung von Artikel 122 BV gekommen ist.

- a. Artikel 64 Absätze 1 und 2 der Bundesverfassung von 1874 in der im Wesentlichen seit 1898 geltenden Fassung (aBV)<sup>14</sup> wies dem Bund zwar eine umfassende Kompetenz zur Regelung des Zivilrechts zu. Absatz 3 behielt aber den Kantonen die «Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung» vor. Damit verfügte der Bund grundsätzlich nicht über eine Rechtsetzungskompetenz für die gerichtlichen Verfahren des Zivilprozessrechts; die Kantone blieben dafür zuständig.<sup>15</sup> Es war aber anerkannt, dass der Bund ergänzendes öffentliches Recht erlassen durfte, sofern dieses für einen wirksamen Vollzug und die einheitliche Anwendung des Bundeszivilrechts erforderlich war (wichtige Beispiele: öffentliche Beurkundung in bestimmten Fällen, z.B. bei Testamenten nach den Art. 499–504 ZGB; Handelsregisterrecht, Zivilstandsregisterrecht und Grundbuchrecht; Vormundschaftsrecht).<sup>16</sup>

<sup>12</sup> Siehe etwa den Überblick im St. Galler BV-Kommentar (s.o. Fn. 6), Christoph Leuenberger, Art. 122 Rz. 7–11.

<sup>13</sup> Ruf (s.o. Fn. 5), Rz. 246; Mooser (s.o. Fn. 2), Rz. 53; VPB 46 S. 48 Nr. 7 = ZBGR 64/1983, Nr. 65 / S. 342, Ziff. 1.a.; St. Galler BV-Kommentar (s.o. Fn. 6), Christoph Leuenberger, Art. 122 Rz. 14, 19 und 20; Basler BV-Kommentar (s.o. Fn. 3), Tarkan Göksu, Art. 122 Rz. 26.

<sup>14</sup> BS 1.A / S. 3; Text im Anhang abgedruckt; zur etappenweisen Einführung der Zivilrechtskompetenz des Bundes siehe Basler BV-Kommentar (s.o. Fn. 3), Tarkan Göksu, Art. 122 Rz. 1, und St. Galler BV-Kommentar (s.o. Fn. 6), Christoph Leuenberger, Art. 122 Rz. 1.

<sup>15</sup> Blaise Knapp, Art. 64 Rz. 62–64, in: Kurt Eichenberger et. al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Loseblattsammlung 1987–1996 (im Folgenden: Kommentar BV 1874).

<sup>16</sup> Kommentar BV 1874 (s.o. Fn. 15), Blaise Knapp, Art. 64 Rz. 33–39.

Vor diesem Hintergrund sprechen mindestens zwei gewichtige Argumente dafür, dass der Bundesgesetzgeber schon mit dem ursprünglichen ZGB das Verfahren der öffentlichen Beurkundung hätte regeln dürfen<sup>17</sup>: Erstens behielt Artikel 64 Absatz 3 aBV den Kantonen nur die Regelung der *gerichtlichen* Verfahren vor. Diese Bestimmung stand somit einer Interpretation, wonach Absatz 1 sich auch auf die Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit vor nicht-gerichtlichen Behörden erstreckte, nicht entgegen.<sup>18</sup> Die Verfahren der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit wurden denn auch zu einem beträchtlichen Teil bundesrechtlich geregelt, ohne dass dem harsche Kritik wegen angeblicher Verfassungswidrigkeit entgegengewehrt hätte (insb. die drei genannten Registerbereiche und das Vormundschaftsrecht). Dass das Beurkundungsverfahren ausgespart wurde, wäre nach dieser Lesart nicht verfassungsrechtlichen Grenzen, sondern anderen Überlegungen geschuldet. Zweitens verfügte der Bundesgesetzgeber über einen grossen Spielraum bei der Beurteilung der Frage, ob die Vereinheitlichung eines Verfahrensbereichs für die einheitliche und korrekte Anwendung des Bundesrechts notwendig war. Auch wenn man das erste Argument verworfen hätte, hätte er eine einheitliche Regelung des Beurkundungsverfahrens nach diesem zweiten Argument als ergänzendes öffentliches Recht erlassen können. Er hat eine Bundesregelung des Beurkundungsverfahrens aber offenbar nicht als notwendig erachtet. Daher hat er an diesem Punkt eine Ausnahme vom Grundkonzept der Kodifikation (vgl. Art. 5 ZGB und Art. 51 SchIT ZGB) vorgesehen und in Artikel 55 Absatz 1 SchIT ZGB die Kantone verpflichtet, für eine Verfahrensregelung zu sorgen.<sup>19</sup> Die Frage, ob er nach früherem Verfassungsrecht ein einheitliches Beurkundungsverfahren hätte regeln können, kann hier aber offen bleiben.

Für die *Zuständigkeit* der Kantone war Artikel 55 Absatz 1 SchIT ZGB deklaratorisch (je nach Lesart entweder weil es vor dem Hintergrund der konkurrierenden Bundeskompetenz keine Bundesregelung gab oder weil die Beurkundung gar nicht in die Bundeskompetenz fiel). Hingegen schuf der Gesetzgeber eine *Verpflichtung* der Kantone, tatsächlich ein Beurkundungsverfahren aufzustellen (vgl. Art. 52 und 53 Abs. 2 SchIT ZGB und, zur Möglichkeit der Ersatzvornahme durch den Bundesrat, Art. 53 Abs. 1 SchIT ZGB).

- b. Einige Zeit nach dem Inkrafttreten des Zivilgesetzbuchs anerkannte das Bundesgericht schrittweise, dass das Bundeszivilrecht ungeschriebene Mindest- und Maximalanforderungen an das Beurkundungsverfahren enthält. In beiden Fällen dient als Ausgangspunkt der Überlegungen der Gedanke, dass das kantonale Recht die korrekte Anwendung des Bundeszivilrechts nicht vereiteln darf<sup>20</sup>. Der Wortlaut von Artikel 55 Absatz 1 SchIT ZGB ist somit zu pauschal; das Beurkundungsverfahren wird schon heute massgeblich vom Bundesrecht geprägt.
- c. Mit der Totalrevision der Bundesverfassung vom 18. April 1999<sup>21</sup> ersetzte Artikel 122 der neuen Bundesverfassung den früheren Artikel 64 aBV. In seiner ursprünglichen Fassung<sup>22</sup> stand Artikel 122 BV streng in der Logik des Nachführungskonzepts der Verfassungsrevision: Mit ihm sollten keine inhaltlichen Neuerungen eingebracht wer-

<sup>17</sup> Bejahend VPB 46 S. 48 Nr. 7 = ZBGR 64/1983, Nr. 65 / S. 342, Ziff. 1.a.

<sup>18</sup> W. Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Auflage Bern 1931, S. 589.

<sup>19</sup> Davon scheint auch das Bundesgericht auszugehen, wenn es davon spricht, der Bundesgesetzgeber habe den Kantonen mit Artikel 55 SchIT ZGB eine «Aufgabe übertragen», BGE 133 I 259 E. 2.1 und BGE 131 II 639 E. 6.1; ebenso Mooser (s.o. Fn. 2), Rz. 40.

<sup>20</sup> Statt vieler: Mooser (s.o. Fn. 2), Rz. 26 und 41–42, sowie BGE 133 I 259 E. 2.2, mit weiteren Hinweisen.

<sup>21</sup> AS 1999 2556.

<sup>22</sup> Ursprünglicher Text im Anhang abgedruckt.

den, sondern er sollte das bisherige Verfassungsrecht redaktionell gestrafft und systematisch geordnet wiedergeben.<sup>23</sup> So legte Absatz 1 die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts in die Zuständigkeit des Bundes, während für «die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung in Zivilsachen» nach Absatz 2 weiterhin die Kantone zuständig blieben. Die Kompetenzlage blieb somit unverändert.

- d. Erst mit der Justizreform stellte der Verfassungsgeber dem Zivilrecht in Artikel 122 Absatz 1 BV neu auch das Zivilprozessrecht zur Seite<sup>24</sup>. Damit verfügt der Bundesgesetzgeber nun grundsätzlich über die Zuständigkeit zur Kodifizierung des gesamten Komplexes aus Zivilrecht und Zivilprozessrecht. Das materielle und das formelle Recht müssen nicht mehr aus unterschiedlichen Quellen fliessen, und die daraus entstehenden Koordinationsprobleme sollen der Vergangenheit angehören<sup>25</sup>. Nur für die Organisation der Gerichte und für die Rechtsprechung in Zivilsachen (d.h. für die Durchführung der Verfahren im Einzelfall) sind die Kantone nach Absatz 2 noch zuständig.
- e. Die schweizerische Zivilprozessordnung von 2008 kodifiziert das Zivilprozessrecht insofern, als dieses die Verfahren vor den kantonalen Instanzen für a. streitige Zivilsachen, b. gerichtliche Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, c. gerichtliche Angelegenheiten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts und d. die Schiedsgerichtsbarkeit betrifft. Ausgeklammert bleiben insbesondere das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht sowie die freiwillige Gerichtsbarkeit vor nicht-gerichtlichen Behörden. Diese Beschränkung ist zum einen durch die Beibehaltung bewährten Bundesrechts motiviert (z.B. sollten das Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs<sup>26</sup> und das Personenstands-, das Grundbuch- und das Handelsregisterrecht beibehalten werden). Zum anderen bleibt das Beurkundungsverfahren Sache des kantonalen Rechts<sup>27</sup>. Dass der Bundesgesetzgeber das Beurkundungsverfahren nicht ebenfalls geregelt hat, erlaubt aber keinen Rückschluss darauf, ob er das hätte tun dürfen.

Insgesamt bewerten wir die dargestellte Entwicklung so, dass der Bundesgesetzgeber gemäss dem geltenden Artikel 122 BV die Möglichkeit haben soll, einen umfassend zu verstehenden Gesamtkomplex aus Zivilrecht und Zivilprozessrecht zu kodifizieren. Das Beurkundungsverfahren als Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehört zu diesem Gesamtkomplex, ebenso wie die bereits mehrfach genannten anderen Bereiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Jeder dieser Bereiche dient dem Zivilrecht in ganz vergleichbarer Weise: Unter Zuhilfenahme von Verwaltungsbehörden oder von Privaten, denen Verwaltungsaufgaben übertragen werden, werden Zivilrechtsverhältnisse gestaltet. Die historische Auslegung stützt somit den Wortlaut.

#### 4.2.5 Sinn und Zweck

Die teleologische Auslegung von Artikel 122 BV erlaubt keine Rückschlüsse, die von den bisher angestellten Überlegungen abweichen. Der Bundesgesetzgeber soll die Möglichkeit haben, das materielle Zivilrecht und das Zivilprozessrecht umfassend zu regeln; welche Teilbereiche er tatsächlich bundesgesetzlich regeln will, bleibt ihm überlassen. Das schliesst nicht aus, dass er eine Bundesregelung in einem Teilbereich wie dem Beurkundungsverfahren als verzichtbar erachtet und diesen daher weiterhin den Kantonen überlässt (und somit Art. 55 SchIT ZGB beibehält). Es schliesst aber auch nicht aus, dass er seine Einschätzung revidiert

<sup>23</sup> Botschaft BBI 1997 I 1, 338.

<sup>24</sup> Art. 122 Abs. 1 BV in der Fassung nach AS 2002 3148, in Kraft seit dem 1. Jan. 2007 gemäss AS 2006 1059.

<sup>25</sup> Botschaft BBI 1996 I 1, 524–525; Alex Dépraz, La forme authentique en droit fédéral et en droit cantonal comparé, thèse Lausanne 2002, Rz. 88–90.

<sup>26</sup> SR 281.1

<sup>27</sup> Botschaft BBI 2006 7221, 7257.

und heute ein grösseres Vereinheitlichungsbedürfnis erkennt als noch vor einigen Jahrzehnten.

#### 4.2.6 Gesamtwertung

Wie andere Bereiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit trägt auch das Beurkundungsverfahren die äusseren Merkmale eines Verwaltungsverfahrens. Dass es eigentliches Zivilrecht sei, kann somit nicht ernsthaft vertreten werden. Hingegen kommen wir zum Schluss, dass das Beurkundungsverfahren von der als Gesamtkomplex zu begreifenden Bundeskompetenz im Bereich des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts erfasst wird. Welchem der beiden Teilbereiche es zuzuordnen ist, ist dabei eine akademische Frage. Deren Beantwortung wird durch die lange Entstehungsgeschichte, die reiche und vielfältige Literatur und die schrittweise Ausdehnung der faktisch geltenden Bundesregelung nicht erleichtert.

Die Frage kann offen bleiben, weil nicht einzusehen ist, warum der Verfassungsgeber dem Bund zwar die Regelung der Zivilprozesse vor Gericht sowie des Handelsregister-, Grundbuch-, Zivilstandsregister-, Markenregisterverfahrens usw. ermöglicht, ihm aber die Vereinheitlichung des Beurkundungsverfahrens verwehrt hätte. Der Bundesgesetzgeber könnte dann zwar weiterhin die öffentliche Beurkundung als Formvorschrift aufstellen, die Wirkungen von deren Verletzung regeln, das Verfahren zu ihrem Vollzug in den verschiedenen Registern regeln usw. Falls er aber zum Schluss käme, die heutigen Bedingungen verlangten nach einer einheitlichen Verfahrensregelung auch betreffend die Erstellung der Urkunden, wären ihm die Hände gebunden. Ebenso wäre die geltende Regelung des Verfahrens zur Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden<sup>28</sup> verfassungswidrig. Dies stünde in einem unerklärlichen Gegensatz zur anerkannten Verfassungsrechtslage in den genannten parallelen Bereichen. Das Beurkundungsverfahren stünde als erratischer Block da, alleine auf weiter Flur des Zivil- und Zivilprozessrechts ein einziger Bereich, den die Verfassung den Kantonen vorbehalten würde – ohne es in ihrem Wortlaut irgendwie zum Ausdruck gebracht zu haben.

In der Literatur wird die These geäussert, das Beurkundungsverfahren falle weder unter den Teilbereich Zivilrecht noch unter den Teilbereich Zivilprozessrecht. Es sei eben öffentliches Recht, das in Abwesenheit einer Bundeskompetenz in die Zuständigkeit der Kantone falle.<sup>29</sup> Dieser Gedanke ist sichtlich von der seit Menschengedenken auf Gesetzesstufe geltenden Regelung geprägt: Artikel 55 SchIT ZGB verpflichtet die Kantone, das Beurkundungsverfahren zu regeln, und diese tun dies in Erlassen, die typisch verwaltungsrechtliche Gestaltungsmerkmale aufweisen. Die Überlegung führt in Bezug auf die verfassungsrechtliche Kompetenzaufteilung aber in die Irre. Erstens ist Verfahrensrecht – einschliesslich des Zivilprozessrechts – immer öffentliches Recht; das ist gerade auch bei den genannten, eng verwandten Bereichen der freiwilligen Gerichtsbarkeit so. Zweitens ist anerkannt, dass Artikel 122 BV dem Bund auch den Erlass von Bestimmungen mit strengem verwaltungsrechtlichem Stallgeruch erlaubt. Drittens wird insbesondere die freiwillige Gerichtsbarkeit, die typischerweise diesen Duft verströmt, durchaus als Teilbereich des Zivilprozessrechts verstanden (s.o.). Viertens kann man aus der Abwesenheit einer Bundesregelung nicht auf das Nichtbestehen einer Bundeskompetenz schliessen – und das erst recht nicht bei einer nachträglich derogatorischen Bundeskompetenz. Entscheidend ist vielmehr einzig der Umfang der Bundeskompetenz: Fällt das Beurkundungsverfahren unter Artikel 122 Absatz 1 BV oder nicht? Wir kommen aus den oben dargestellten Gründen zum Schluss, dass dies der Fall ist.

<sup>28</sup> Art. 55a SchIT ZGB und die Verordnung vom 8. Dezember 2017 über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBV, SR 211.435.1).

<sup>29</sup> Denis Piotet, L'acte authentique cantonal et le registre foncier fédéral, ZBGR 84/2003, S. 130, 137; Jürg Schmid, Schweizerisches Beurkundungsrecht im Wandel, in: Alexandra Rumo-Jungo / Pascal Pichonnaz / Bettina Hürlimann-Kaup / Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Une empreinte sur le Code civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Bern 2013, S. 591, Ziff. I.1, I.3 und II.2.b.

Gegen eine bundesrechtliche Vereinheitlichung des Beurkundungsverfahrens wird sodann vereinzelt der Einwand vorgebracht, die Organisation und das Verfahren der Beurkundung seien zu eng verwoben, um sie zu trennen.<sup>30</sup> In der Tat regelt das Verfahrensrecht die Rechte und Pflichten der Behörden beziehungsweise der privaten Träger behördlicher Aufgaben. Das betrifft aber nicht die eigentliche Organisation, sondern die Arbeitsweise. Die eigentliche Organisation (Amtsnotariat vs. lateinisches Notariat, Organisation der Aufsicht, geografische Verteilung der Niederlassungen, Einsetzung der Amtsträger usw.) verbleibt den Kantonen zu regeln. Dass die Trennung des Verfahrens- vom Organisationsrecht schwierige Fragen aufwerfen kann, ist zudem nicht in Abrede zu stellen. Aber man kann schwerlich sagen, der Verfassungsgeber müsse aufgrund solcher Schwierigkeiten davor zurückgeschreckt haben, dem Bundesgesetzgeber die Regelung des Notariatsverfahrens zu ermöglichen. Genau dieselbe Trennung ist für die Zivilgerichte in Artikel 122 Absatz 2 BV explizit vorgesehen. In der älteren Literatur wird weiter die Position vertreten, Sinn und Zweck von Artikel 64 aBV erfassten nur eine Vereinheitlichung des materiellen Rechts und nicht auch des Verfahrensrechts. Daher sei der Bundesgesetzgeber nicht zuständig zur Regelung der freiwilligen Gerichtsbarkeit.<sup>31</sup> Dies ist im Sinn eines Positionsbezugs zur oben offen gelassenen Frage zu verstehen, ob der Bundesgesetzgeber auch ohne die Ausweitung der Zivilrechtskompetenz des Bundes auf das Zivilprozessrecht das Beurkundungsverfahren hätte regeln können. Da heute auch das Zivilprozessrecht Sache des Bundes ist, müssten die Verfechter der genannten Ansicht nun ebenfalls zum Schluss kommen, das Beurkundungsverfahren könne bundesrechtlich geregelt werden. Nur am Rand sei bemerkt, dass die sehr allgemein formulierte These, der Bund könne die freiwillige Gerichtsbarkeit insgesamt nicht regeln, offenbar nur mit Blick auf das Beurkundungsverfahren durchdacht wurde. In anderen Bereichen der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist die Regelungszuständigkeit des Bundes wie oben dargestellt anerkannt.

Insgesamt ergibt sich, dass die Regelung des Beurkundungsverfahrens vom geltenden Artikel 122 Absatz 1 BV erfasst wird.

## 5 Ergebnis

Der Bundesgesetzgeber verfügt gestützt auf die geltende Bundesverfassung über die notwendige Zuständigkeit, um das Verfahren zur Erstellung öffentlicher Urkunden des Zivilrechts zu regeln.<sup>32</sup>

Weitere Hinweise:

- a. Die entsprechenden kantonalen Regelungen bleiben gültig, solange und soweit der Bundesgesetzgeber keine eigene Regelung erlässt.
- b. Schöpft der Bundesgesetzgeber seine Regelungskompetenz aus, so verbleibt den Kantonen nur noch die Zuständigkeit, die Organisation des Notariatswesens zu regeln, und auch das nur so weit, wie der Bundesgesetzgeber es nicht anders regelt, um die Verwirklichung des Bundesrechts zu sichern (Art. 122 Abs. 2 BV). Sie haben dabei wie bis anhin die Wahl, im sogenannten «lateinischen» Modell vorzusehen, dass die Notare auf eigene Rechnung arbeiten, oder ein Amtsnotariat vorzusehen. Auch Mischformen bleiben zulässig.
- c. Zu prüfen wäre des Weiteren, ob in kantonalem öffentlichem Recht Fälle öffentlicher Beurkundungen vorgesehen sind, die nicht das Zivil- oder Zivilprozessrecht betreffen.

<sup>30</sup> Piotet, a.a.O. (Fn. 29).

<sup>31</sup> Hans Marti, Notariatsprozess, Bern 1989, S. 30 ff.

<sup>32</sup> So auch St. Galler BV-Kommentar (s.o. Fn. 6), Christoph Leuenberger, Art. 122 Rz. 14, 19 und 20; Basler BV-Kommentar (s.o. Fn. 3), Tarkan Göksu, Art. 122 Rz. 26; Dépraz (s.o. Fn. 25), Rz. 88–90. Ohne Erwähnung der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit, aber auch ohne deren ausdrücklichen Ausschluss: Jean-François Aubert, Petit commentaire de la Constitution fédérale, Zürich 2003, Art. 122 Rz. 10; Giovanni Biaggini, Kommentar zur Bundesverfassung, Zürich, Ausgabe 2017, Art. 122 Rz. 4.

Sollte es solche Beurkundungsfälle geben, so würden diese nicht unter die Bundeskompetenz zur Regelung des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts fallen, unabhängig davon, ob sie im kantonalen Recht bisher unterschiedslos dem Notariatsrecht unterstehen. Falls sie nicht unter eine andere Bundeskompetenz fielen (z.B. Landesvermessung nach Art. 75a BV), würde das bedeuten, dass sie von der Bundesregelung nicht erfasst werden dürften. Es wäre den Kantonen jedoch selbstverständlich freigestellt, in ihrer Gesetzgebung für diese Fälle auf die Bundesregelung zu verweisen, um eine vollständige Vereinheitlichung des Rechts der öffentlichen Beurkundung zu erreichen<sup>33</sup>.

- d. Die Frage, ob eine einheitliche Regelung durch den Bund erforderlich und angezeigt ist, ist aufgrund der Artikel 5a und 43a Absatz 1 BV (Subsidiaritätsprinzip im Bundesstaat) durchaus relevant. Der Bundesgesetzgeber hat in dieser Hinsicht einen weiten Ermessensspielraum. Bisher ist er bei seiner vor langer Zeit gefällten Entscheidung geblieben, den Kantonen die Regelung des Beurkundungsverfahrens zu überlassen. Angesichts gewandelter Voraussetzungen (insb. stärkere Mobilität von Personen, Gütern und Dienstleistungen) kann er seine Einschätzung ändern. Hingegen kann der Einwand, die Regelungen zur Organisation und diejenigen zum Verfahren seien nur schwer zu trennen, auf dieser Ebene eine gewichtige Rolle spielen: Es ist nicht unbedingt sinnvoll, auseinanderzureissen, was eng zusammengehört und im Rechtsalltag auch gut zusammenspielt. Die Frage ist somit, ob der aktuelle Zustand als befriedigend wahrgenommen wird oder ob aufgrund einer Gesamtwertung aller Vorzüge und Nachteile eine Vereinheitlichung in der Sache angezeigt ist.

Freundliche Grüsse

**Bundesamt für Justiz BJ**  
Direktionsbereich Öffentliches Recht

Susanne Kuster  
Vizedirektorin

Sachbearbeitung: Christoph Bloch, Fachbereich Rechtsetzungsbegleitung 2

---

<sup>33</sup> Vgl. zu solchen Verweisen BGE 139 III 225.

## 1. Zuletzt geltender Text von Artikel 64 der Bundesverfassung von 1874<sup>34</sup>

### Art. 64

<sup>1</sup> Dem Bund steht die Gesetzgebung zu:  
über die persönliche Handlungsfähigkeit;  
über alle auf den Handel und Mobiliarverkehr bezüglichen Rechtsverhältnisse (Obligationenrecht, mit Inbegriff des Handels- und Wechselrechts);  
über das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst;  
über den Schutz gewerblich verwertbarer Erfindungen, mit Einschluss der Muster und Modelle;<sup>114</sup>  
über das Betreibungsverfahren und das Konkursrecht.

<sup>2</sup> Der Bund ist zur Gesetzgebung auch in den übrigen Gebieten des Zivilrechts befugt.<sup>115</sup>

<sup>3</sup> Die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung verbleiben, wie bis anhin, den Kantonen.<sup>116</sup>

<sup>114</sup> Angenommen in der Volksabstimmung vom 19. März 1905 (Erwahrungsbeschluss vom 1. Juli 1905 – AS 21 376; BBl 1903 V 1, 1905 III 305).

<sup>115</sup> Angenommen in der Volksabstimmung vom 13. Nov. 1898 (Erwahrungsbeschluss vom 21. Dez. 1898 – AS 16 885 888; BBl 1896 IV 733, 1898 V 461).

<sup>116</sup> Angenommen in der Volksabstimmung vom 13. Nov. 1898 (Erwahrungsbeschluss vom 21. Dez. 1898 – AS 16 885 888; BBl 1896 IV 733, 1898 V 461).

## 2. Ursprünglicher Text von Artikel 122 der Bundesverfassung von 1999<sup>35</sup>

### Art. 122 Zivilrecht

<sup>1</sup> Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts ist Sache des Bundes.

<sup>2</sup> Für die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung in Zivilsachen sind die Kantone zuständig.

<sup>3</sup> Rechtskräftige Zivilurteile sind in der ganzen Schweiz vollstreckbar.

---

<sup>34</sup> Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen 1848–1947, 1.A / S. 3; Text verfügbar unter [www.admin.ch](http://www.admin.ch) > Bundesrecht > Systematische Rechtssammlung > Suche nach «BV» > Revisionen > 29.05.1874 – 01.01.2000.

<sup>35</sup> AS 1999 2556, 2585

## **Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenz von Bund und Kantonen im Bereich des Beurkundungsrechts**

*Bericht zuhanden der Sitzung der Groupe de Réflexion zum Beurkundungsrecht vom 3. Dezember 2018*

Prof. Dr. Ruth Arnet, Rechtsanwältin und aargauische Notarin, Zürich

An der **Sitzung der Groupe de Réflexion vom 24. September 2018** wurde ich gebeten, meine dort mündlich formulierten Überlegungen zur Abgrenzung der Zuständigkeit von Bund und Kantonen zum Erlass von beurkundungsrechtlichen Vorschriften aus der Perspektive des materiellen Zivilrechts in schriftliche Form zu fassen.<sup>1</sup> Dazu stelle ich auf der Grundlage von Art. 122 BV (Ziff. I) und anhand spezifischer Fragestellungen die bundesgerichtliche Rechtsprechung und der Doktrin (in sehr reduzierter Weise) dar (Ziff. II) und formuliere einige vorläufige Schlussfolgerungen (Ziff. III und IV).

### **I. Verfassungsrechtliche Überlegungen**

#### **1. Kompetenzzuweisung in Art. 122 BV**

Gemäss Art. 122 BV ist die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts Sache des Bundes (Abs. 1), während die Organisation der Gerichte und die Rechtsprechung in Zivilsachen, soweit das Gesetz nicht etwas anderes vorsieht, im Zuständigkeitsbereich der Kantone liegt (Abs. 2). Auf der Grundlage von Art. 122 Abs. 1 BV besteht die Kompetenz des Bundes zum Erlass von Bestimmungen zur öffentlichen Beurkundung, soweit diese dem **Zivilrecht** oder dem **Zivilprozessrecht** zugeordnet werden können.

Bekanntlich besteht in der Doktrin keine einheitliche Auffassung zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Beurkundungsrecht. Wichtige Lehrmei-

---

<sup>1</sup> Eine vollständige Verarbeitung des Schrifttums war aus zeitlichen Gründen leider nicht möglich.

nungen gehen davon aus, dass Art. 122 BV dem Bund nicht die Gesetzgebungskompetenz zuordne, ein einheitliches Notariat in allen Kantonen zu schaffen; vielmehr sei Art. 122 BV restriktiv auszulegen.<sup>2</sup> Immerhin wird die bundesrechtliche «Regelung der Minimalanforderungen», wie sie heute schon – wenn auch noch ohne klare Umrisse – anerkannt sind (vgl. hinten Ziff. II.1.2) als nicht verfassungswidrig eingestuft.<sup>3</sup>

## 2. Begriff des «Zivilprozessrechts»

Das Zivilprozessrecht erfasst die **autoritative Feststellung privatrechtlicher Verhältnisse in einem Mehrparteienverfahren**.<sup>4</sup> Im Bereich des Zivilrechts können die Kantone nur legiferieren, wenn die ZPO und weitere bundesrechtliche Erlasse diese Kompetenz vorsehen.<sup>5</sup> Das Gutachten BJ vom 13. September 2018 kommt zum Schluss, dass es sich beim Beurkundungsrecht um «Zivilprozessrecht» nach Art. 122 Abs. 1 BV handle. Das scheint mir zumindest unsicher:

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bildet «Gegenstand des Zivilprozessrechts ... das **Verfahren vor den Zivilgerichten**».<sup>6</sup> Da Art. 1 lit. b ZPO ausschliesslich von den «gerichtlichen Anordnungen» spricht, legt das grammatikalische Auslegungselement den Schluss nahe, dass das «Zivilprozessrecht» gemäss Art. 122 Abs. 1 BV in der ZPO abschliessend geregelt ist und das Beurkundungsrecht daher gerade ausserhalb des Zivilprozessrechts liegt. Insofern scheint das grammatikalische Auslegungsargument gegen die

---

<sup>2</sup> PIOTET DENIS, L'acte authentique cantonal et le registre foncier fédéral, ZBGR 84/2003, S. 137.

<sup>3</sup> SCHMID JÜRIG, Schweizerisches Beurkundungsrecht im Wandel, in: Alexandra Rumo-Jungo, Pascal Pichonnaz, Bettina Hürlimann-Kaup, Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Une empreinte sur le Code Civil. Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Bern 2013, S. 594, 599, vgl. aber auch S. 594, wonach «die wichtigste Quelle des Beurkundungsrechts das Bundesprivatrecht ist».

<sup>4</sup> Vgl. BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017, N 4.

<sup>5</sup> OFK-BIAGGINI (Fn. 4), N 2.

<sup>6</sup> BGE 140 III 155 E. 2 zur Frage der ausschliesslichen Zuständigkeit der Handelsgerichte.

Zuordnung zum Zivilprozess zu sprechen.<sup>7</sup> Die Einordnung des Beurkundungsrechts beim Zivilprozessrecht gestützt auf das historische Auslegungselement (Art. 122 BV als Kompetenz zur Regelung des Gesamtkomplexes aus Zivilrecht und Zivilprozessrecht, Gutachten BJ vom 13. September 2018, Ziff. 4.2.4 a.E., S. 12) kann ich in den zitierten Materialien nicht ausreichend nachvollziehen; dasselbe gilt bezüglich des teleologischen Auslegungsarguments (Gutachten BJ vom 13. September 2018, Ziff. 4.2.5).

### 3. Begriff des «Zivilrechts»

#### 3.1 Kriterien zur Umschreibung von «Zivilrecht»

Für die Umschreibung des Bereichs des «Zivilrechts» kann von einem Methodenpluralismus oder einem vermittelnden, **«typologischen» Verständnis** ausgegangen werden.<sup>8</sup> Gesetzliche Regelungen lassen sich insbesondere dann dem «Zivilrecht» zurechnen, wenn sie **typisch privatrechtliche Ziele verfolgen und die Voraussetzungen für einen funktionierenden Privatrechtsverkehr schaffen.**<sup>9</sup> Entsprechend werden **das Grundbuch- und Handelsregisterrecht** dem Privatrecht zugeordnet,<sup>10</sup> dessen Umsetzung schweizweit Verwaltungseinheiten übertragen ist. Ein strukturelles und ein typologisches Argument legen daher den Schluss nahe, dass damit auch die noch zu definierenden «Minimalanforderungen» des Beurkundungsrechts *a fortiori* dem Zivilrecht zuzuordnen sind: Denn zum einen ist – im Unterschied zu den dem Zivilrecht zugerechneten Grundbuch- und Handelsregisterwesen – das Beurkundungswesen in den meisten Kantonen nicht in die kantonale Verwaltung integriert; zum andern dient die öffentliche Beurkundung, die in direktem Kontakt mit den Bürgerinnen und Bürgern beim Abschluss von (privatrechtlichen) Rechtsgeschäften zustande kommt, noch unmittelbarer als das Registerrecht dem funktionierenden Privatrechtsverkehr. Insgesamt scheint

---

<sup>7</sup> Vgl. aber Gutachten BJ vom 13. September 2018, Ziff. 4.2.2, S. 12; vgl. dazu auch PIOTET (Fn. 2), S. 137.

<sup>8</sup> Vgl. auch Gutachten BJ vom 13. September 2018, Ziff. 4.2.1. mit Nachweisen.

<sup>9</sup> Zum Ganzen: OFK- BIAGGINI (Fn. 4), Art. 122 N 3 mit Hinweisen.

<sup>10</sup> BGE 137 III 217 E.2.4.1.4; OFK- BIAGGINI (Fn. 4), N 3; vgl. auch Gutachten BJ vom 13. September 2018, Ziff. 4.2.4.a.

mir daher deutlich zu sein, dass das **Beurkundungsrecht mindestens in seinen elementaren Aspekten dem Zivilrecht zuzuordnen ist**.<sup>11</sup> Dabei gehe ich von einer «nachträglich derogatorischen Bundeskompetenz» aus,<sup>12</sup> so dass nicht primär darauf abzustellen ist, von welcher Gesetzgebungskompetenz auf der Ebene des Bundes bereits Gebrauch gemacht wurde, sondern darauf, welcher Raum auf der Grundlage von Art. 122 BV zur Ausgestaltung des Beurkundungsverfahrens durch Bundesrecht besteht.

### 3.2 *Weitere Abgrenzung zwischen materiellem Zivilrecht und Behördenorganisation?*

Im Bereich des oben zum Vergleich herangezogenen Grundbuchrechts werden die Einrichtung des Grundbuchs, die Voraussetzungen und das Verfahren der Eintragung durch Bundesrecht geregelt (Art. 942 ff. ZGB), während die «Einrichtung der Grundbuchämter, die Umschreibung der Kreise, die Ernennung und Besoldung der Beamten sowie die Ordnung der Aufsicht» durch die Kantone erfolgt (Art. 953 ZGB). Zudem gestalten die Kantone die Gebührenordnung (Art. 954 ZGB). Auch im Bereich des Grundbuchs bestehen demnach eine Zuständigkeit des Bundes (auf der Grundlage von Art. 122 BV: «Zivilrecht») und der Kantone (wohl) nebeneinander. Ob der Begriff des Zivilrechts in einem so weiten Sinne zu verstehen ist, dass – wie im Bereich des Grundbuchrechts – nicht «nur» das Verfahren der öffentlichen Beurkundung, sondern auch die grundlegende Bestimmung der **Organisationstruktur** in der Regelungskompetenz des Bundes liegen könnte, wird an dieser Stelle nicht weiter thematisiert.

---

<sup>11</sup> Ebenso: Erläuternder Bericht zur Änderung betreffend öffentliche Beurkundung des Bundesamtes für Justiz, Direktionsbereich Privatrecht, vom Dezember 2012, Ziff. 1.2.1.

<sup>12</sup> Vgl. Gutachten BJ vom 13. September 2018, Ziff. 6.1 mit Hinweisen.

## II. Erfassung des Bereichs des «Zivilrechts» im Beurkundsrecht

Das Verfahren der öffentlichen Beurkundung wird oft generell als öffentliches Verfahrensrecht eingeordnet.<sup>13</sup> Diese Vorstellung bedarf der Präzisierung.

### 1. Öffentliche Beurkundung als «Begriff des Bundesrechts»

#### 1.1 Kreis der beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfte und beurkundungsbedürftiger Inhalt

Das Bundesrecht umschreibt zunächst den Anwendungsbereich der öffentlichen Beurkundung bezüglich der **Notwendigkeit und des Umfangs der öffentlichen Beurkundung**, beantwortet also die Frage, welche Rechtsgeschäfte öffentlich zu beurkunden sind (**Kreis** der beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfte: z.B. Art. 81 Abs. 1, 184, 195a Abs. 1, 337, 361 Abs. 1, 498 ff., 512, 650 Abs. 2, 657 Abs. 1, 680 Abs. 2, 681b Abs. 1, 712d Abs. 3, 732 Abs. 1, 763, 779a, 799 Abs. 2 ZGB; Art. 25 Abs. 3 PartG; Art. 11 ff., 216, 243 Abs. 2, 367 Abs. 2, 493, 629 Abs. 1, 634 Ziff. 1, 647, 650 Abs. 2, 736 Ziff. 2, 777 Abs. 1, 780, 821 Abs. 2 OR; s. auch Art. 20, 44, 65, 70 Abs. 2, 79 Abs. 3 FusG) und in welchem Umfang solche Rechtsgeschäfte der öffentlichen Beurkundung unterliegen (**Umfang** der Beurkundungsbedürftigkeit).<sup>14</sup> Die Zugehörigkeit dieser Bestimmungen zum Bundesrecht ist – soweit ersichtlich – unbestritten.

---

<sup>13</sup> MUTZNER PAUL, Die öffentliche Beurkundung des schweizerischen Privatrechts, ZSR II, 1921, S. 112a; RUF PETER, Notariatsrecht, Skriptum, Langenthal 1995, N 133 f.; BRÜCKNER CHRISTIAN, Schweizerisches Beurkundsrecht, Zürich 1993, N 21 ff.; JÖRG SCHMID, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Ausgewählte bundesrechtliche Probleme, Diss. Freiburg 1988, ASIUF Nr. 83, N 22 mit Hinweisen; SCHMID JÜRIG, Art. 55 SchlT ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 5. Aufl., Basel 2015, Art. 55 SchlT ZGB N 3; SCHMID JÜRIG, Schweizerisches Beurkundsrecht im Wandel (Fn. 3), S. 591 ff.

<sup>14</sup> BGE 99 II 159 E. 2a, 106 II 147 E. 2a; statt vieler: MOOSER MICHEL, Le droit notarial en Suisse, 2. Aufl., Bern 2014, N 32, 458 ff.

## 1.2 Bundesrechtliche Anforderungen an das Beurkundungsverfahren

Das eigentliche Beurkundungsverfahren ordnete das Bundesgericht in seiner früheren Rechtsprechung noch generell dem kantonalen Recht zu<sup>15</sup>. Anders die Doktrin: Diese ging schon sehr früh davon aus, dass das Bundesrecht auch in dem den Kantonen zur verfahrensmässigen Ordnung überlassenen Bereich bestimmt, was unter öffentlicher Beurkundung zu verstehen ist.<sup>16</sup> Nach der nachhaltig prägenden Formel von HANS HUBER ist mangels eines positiven Rechtssatzes im eidgenössischen Recht **der Begriff der öffentlichen Beurkundung durch Lehre und Rechtsprechung anhand der im ZGB für die Verfügungen von Todes wegen enthaltenen Vorschriften und aufgrund von Sinn und Zweck der Beurkundung zu konkretisieren und zu umschreiben.**<sup>17</sup>

In der Folge anerkannte das Bundesgericht in BGE 90 II 274 Erw. 5 erstmals, dass der Begriff der öffentlichen Beurkundung Teil des Bundesrechts bildet und dass sich entsprechend die Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung gleichermassen nach Bundesrecht richten. Nach der aktuellen Rechtsprechung legt das Bundesrecht unter dem Titel «Begriff der öffentlichen Beurkundung» nicht nur fest, was unter der **Form der öffentlichen Beurkundung** zu verstehen ist<sup>18</sup>, sondern auch, welche **Mindestanforderungen das Verfahren der öffentlichen Beurkundung** erfüllen muss.<sup>19</sup> Die Regeln zum Verfahren der öffentlichen Beurkundung ordnet das Bundesge-

---

<sup>15</sup> BGE 57 II 142 E. 1.

<sup>16</sup> MUTZNER (Fn. 13), S. 118a; vgl. auch BSK ZGB II-SCHMID (Fn. 13), Art. 55 SchlT ZGB N 4 ff..

<sup>17</sup> HUBER HANS, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ZBGR 1988, S. 235.

<sup>18</sup> BGE 84 II 636; 99 II 159 E. 2a: «Die öffentliche Beurkundung ist die Aufzeichnung rechtserheblicher Tatsachen oder rechtsgeschäftlicher Erklärungen durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betraute Person, in der vom Staate geforderten Form und in dem dafür vorgesehenen Verfahren. Das Bundesrecht sagt selber nicht, in welcher Weise und in welchem Verfahren die öffentliche Beurkundung bei Kaufverträgen über Grundstücke, zu denen auch der Kaufrechtsvertrag gehört (BGE 86 II 36), vorzunehmen ist, noch wer solche Verträge verkünden darf; das im Einzelnen zu regeln, ist durch Art. 55 Abs. 1 SchlT ZGB vielmehr den Kantonen überlassen worden.» Vgl. auch BGE 113 II 402 E. 2.a.

<sup>19</sup> BGE 99 II 159 E. 2a; 84 II 640 E. 1; vgl. auch BSK ZGB II-SCHMID (Fn. 13), Art. 55 SchlT ZGB N 7 mit Hinweisen; vgl. auch; MUTZNER (Fn. 13), S. 118a.

richt zwar weiterhin dem kantonalen Recht zu, hält aber zugleich fest, dass **«die kantonale Regelung einerseits die sich aus dem Begriff und Zweck der öffentlichen Beurkundung ergebenden Mindestanforderungen erfüllen» müsse, und «andererseits auch nicht so weit gehen» dürfe, «dass sie die Wirksamkeit des Bundeszivilrechts beeinträchtigt oder verunmöglich».**<sup>20</sup> Die kantonale Regelung könne «insbesondere nicht die Gültigkeit eines formbedürftigen Vertrages von der Beurkundung einer Tatsache abhängig machen, die von Bundesrechts wegen keiner besonderen Form bedarf» (Kriterium des Umfangs der öffentlichen Beurkundung).<sup>21</sup> Daraus folgt, dass das kantonale Recht nicht nur bundesrechtliche **Mindestanforderungen** erfüllen muss, sondern im Interesse der «Wirksamkeit des Bundesrechts» und der einheitlichen Anwendung des Bundesrechts<sup>22</sup> zusätzlich auf einen **«Maximalstandard»** limitiert ist (vgl. dazu hinten Ziff. 3.1)<sup>23</sup> In seiner weiteren Rechtsprechung knüpfte das Bundesgericht konstant an den bundesrechtlichen Mindestanforderungen an, welche «sich aus **dem materiellrechtlichen Zweck des Instituts**» der öffentlichen Beurkundung ergäben.<sup>24</sup>

Da die öffentliche Beurkundung eine Formvorschrift des ZGB und OR darstellt, steht wohl ausser Frage, dass der Begriff der öffentlichen Beurkundung auch bezüglich des Verfahrens nicht dem (bundesrechtlichen) öffentlichen Recht, sondern dem **Zivilrecht** des Bundes angehört.<sup>25</sup>

## 2. Bundesrechtliche Verfahrensvorschriften

Das Bundesrecht legt hauptsächlich bezüglich der Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen (Art. 498 ff., 512 ZGB) das Beurkundungsverfahren insgesamt oder bezüglich gewisser inhaltlicher Erfordernisse fest. Im

---

<sup>20</sup> BGE 99 II 159 E. 2a.

<sup>21</sup> BGE 99 II 159 E. 2a mit Hinweisen.

<sup>22</sup> Vgl. die Nachweise im Gutachten BJ vom 13. September 2018, Ziff. 4.2.4.b.

<sup>23</sup> BGE 99 II 159 E. 2a; BRÜCKNER (Fn. 13), N 19 ff.; SCHMID JÜRIG (Fn 3), S. 595; MOOSER (Fn. 14), N 26, 42.

<sup>24</sup> BGE 106 II 146 E. 1 mit Hinweisen; ZK-HAAB (Fn. 19), N 31 und BK-MEIER-HAYOZ (Fn. 19), Art. 657 ZGB N 107.

<sup>25</sup> Vgl. allerdings BRÜCKNER (Fn. 13), N 23.

Folgendes ist der Frage nachzugehen, welche Aspekte der Beurkundungsverfahrens darüber hinaus durch **Bundesrecht** geregelt sind bzw. geregelt werden können.

2.1 *Was lässt sich aufgrund des allgemeinen Kriteriums des «Zwecks der öffentlichen Beurkundung» für die Frage der Gesetzgebungskompetenz gewinnen?*

Zum nach der Formel des Bundesgerichts massgebenden (materiellrechtlichen) **Zweck des Instituts der öffentlichen Beurkundung** (vgl. vorne Ziff. II.1) besteht umfangreiches Schrifttum.<sup>26</sup> Diese allgemeinen Darstellungen bewegen sich regelmässig auf der **Ebene rechtspolitischer und rechtspsychologischer Aspekte** des Abschlusses privatrechtlicher Rechtsgeschäfte: In der älteren schweizerischen Lehre steht als Zweck der öffentlichen Beurkundung der Schutz der Parteien vor unbedachten Vertragsabschlüssen, der sog. «Schutz vor Übereilung», im Vordergrund, aber auch die Förderung der Präzision und die sichere Aufbewahrung des Rechtsgeschäfts und die Schaffung einer zuverlässigen Grundlage für die Eintragung in öffentliche Register.<sup>27</sup> In Ergänzung dazu scheint in jüngerer Zeit auch die Funktion der Ermittlung und der wahrheitsgetreuen Umsetzung des «wirklichen, vollständigen, unverfälschten» Parteiwillens ins Zentrum zu rücken.<sup>28</sup> Wie auch immer Zweck und Funktion umschrieben werden: **Massgebend für das Kriterium des «Zwecks der öffentlichen Beurkundung» ist die ratio legis der bundesrechtlichen Formvorschriften.** Diese liegt – sehr

---

<sup>26</sup> Statt vieler: BK-MEIER-HAYOZ (Fn. 19), Art. 657 ZGB N 2 ff.. SCHMID JÖRG, Grundlagen zur notariellen Belehrungs- und Beratungspflicht//Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 8 ff., 10, unterscheidet zwischen Zwecken und Zielen der öffentlichen Beurkundung. JEANDIN ETIENNE, La profession de notaire, Quid iuris? Bd. 22, Zürich 2017, S. 16 ff.

<sup>27</sup> BK-MEIER-HAYOZ (Fn. 19), Art. 657 ZGB N 2 ff. SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht (Fn. 26), S. 8 ff.

<sup>28</sup> SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht (Fn. 26), S. 10; vgl. auch ARNET RUTH, Form folgt Funktion, ZBJV 149/2013, S. 401. Nach MOOSER (Fn. 14), N 433, kommt der öffentlichen Beurkundung auch eine «Funktion der Rechtspolizei» zu.

vereinfacht ausgedrückt – in der Warnfunktion, der Klarstellungsfunktion und der Sicherungsfunktion.<sup>29</sup>

2.2 *Welche Bedeutung hat Art. 11 OR im Kontext der Abgrenzung der Zuständigkeit zum Erlass von beurkundungsrechtlichen Bestimmungen?*

Gemäss Art. 11 Abs. 1 OR bedürfen Verträge zu ihrer Gültigkeit einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt. Ist über Bedeutung und Wirkung einer gesetzlich vorgeschriebenen Form nicht etwas anderes bestimmt, so hängt nach Art. 11 Abs. 2 OR die **Gültigkeit des Vertrages** von der Einhaltung dieser Form ab.<sup>30</sup> Art. 11 OR findet nicht nur auf Verträge, sondern auf sämtliche privatrechtlichen Rechtsgeschäfte Anwendung.<sup>31</sup>

Da das Bundesrecht nicht nur den Kreis der zu beurkundenden Rechtsgeschäfte und den Umfang des zu beurkundenden Inhalts dieser Rechtsgeschäfte umschreibt (vorne Ziff. II.1.2),<sup>32</sup> sondern auch hinaus festlegt, dass die Formvorschrift grundsätzlich eine Gültigkeitsvorschrift darstelle (Art. 11 Abs. 2 OR), kann und muss das Bundesrecht im Rahmen des Zivilrechts auch definieren, welche Verfahrenselemente für eine gültige öffentliche Beurkundung erforderlich sind. Die sog. «Minimalanforderungen» haben insofern die Funktion sicherzustellen, dass das Beurkundungsverfahren die der öffentlichen Beurkundung zugewiesene Aufgabe, ein nach materiellem Bundesrecht verbindliches Rechtsgeschäft zur Entstehung zu bringen, erfüllt. **Die bundesrechtlichen Gültigkeitsvorschriften entsprechen demnach** aus meiner Sicht **den in Lehre und Rechtsprechung anerkannten «Minimalanforde-**

---

<sup>29</sup> KRAMER/SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, Band VI, Nr. 1/1, Bern 1986, Art. 11 OR N 13 ff.

<sup>30</sup> Vgl. SCHMID JÖRG, Grundlagen zum Beurkundungsverfahren, in: Stiftung Schweizerisches Notariat (Hrsg.), Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsverfahren / La procédure d'instrumentation des actes authentiques, Zürich 2007, S. 1 ff.

<sup>31</sup> MÜLLER CHRISTOPH, Berner Kommentar, Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Bern 2018, Art. 11 OR N 38.

<sup>32</sup> Vgl. auch MOOSER (Fn. 14), N 31 ff.

**rungen» an das Verfahren der öffentlichen Beurkundung.<sup>33</sup> Oder anders gewendet: Die Kompetenz des Bundes um Erlass von «Zivilrecht» (Art. 122 Abs. 1 BV) betrifft (auch) die Anforderungen an das Verfahren, welches die gültige Entstehung der öffentlichen Urkunde rechtfertigt (vgl. auch Art. 9 ZGB). Die «Mindestanforderungen» stellen bundesrechtliche Gültigkeitsvorschriften dar.**

### 2.3 *Beurteilt sich die Bedeutung einer Verfahrensvorschrift als Gültigkeitsvorschrift nach Bundesrecht oder nach kantonalem Recht?*

Das Bundesgericht und ein Teil der Lehre gehen davon aus, dass *de lege lata* die Frage, ob eine **kantonale Beurkundungsregel** eine Gültigkeitsvorschrift oder eine blosse Ordnungsvorschrift darstellt, nach kantonalem Recht zu beurteilen sei.<sup>34</sup> Zudem vertritt ein Teil der Doktrin – meiner Meinung nach zu Recht – die Auffassung, eine «Verletzung der **bundesrechtlichen Mindestanforderungen** an die öffentliche Beurkundung» könne schon nach heutigem Recht «von den Kantonen nicht als blosse Verletzung von Ordnungsvorschriften deklariert werden».<sup>35</sup>

Aus meiner Sicht lässt sich das Folgende feststellen: Wenn das Bundesrecht den Begriff der öffentlichen Beurkundung im Sinne einer Gültigkeitsvor-

<sup>33</sup> Im Ergebnis wohl ähnlich BK-WOLF, N 38 zu Art. 9 OR; ähnlich auch DÉPRAZ ALEX, *La forme authentique en droit fédéral et en droit cantonal comparé*, Dissertation, Lausanne 2002, N 592, allerdings mit dem Hinweis, die bundesrechtlichen Vorschriften seien «*de nature formelle*». Die Bedeutung der Kategorie «formell» scheint mir nicht zweckmässig, da es sich beim Adjektiv «formell» nicht um ein gesetzliches Kriterium handelt; es wird oft auch zur Umschreibung der Organisationsnormen verwendet, vgl. z.B. BSK ZGB II-SCHMID (Fn. 13), Art. 55 SchlT ZGB N 2. Vgl. auch JEANDIN (Fn. 26), S. 21, der die Minimalvorschriften mit Art. 11 OR in Verbindung bringt.

<sup>34</sup> BGE 106 II 146 E. 3; MOOSER (Fn. 14), N 692a; vgl. auch BSK ZGB II-SCHMID (Fn. 13), Art. 55 SchlT ZGB N 10; BK-MÜLLER (Fn. 31), Art. 11 OR N 242.: «Eine andere Frage ist, welche Vorschriften innerhalb des kantonalen Beurkundungsrechts die Gültigkeitsform der öffentlichen Beurkundung näher umschreiben und welche von ihnen nur reine Ordnungsvorschriften sind (...). Darüber entscheidet – in den Grenzen des bundesrechtlichen Begriffs der öffentlichen Beurkundung (...) – ausschliesslich das kantonale Recht (...). Im Zweifel ist eine blosse Ordnungsvorschrift anzunehmen, denn Formvorschriften sind, als künstliche Beschränkungen des Rechtsverkehrs, restriktiv auszulegen (...).»

<sup>35</sup> HÜRLIMANN-KAUP BETTINA/SCHUMACHER RAINER/SCHMID JÖRG, *Droits réels – Sachenrecht*, BR 2010, S. 192.

schrift umschreibt und die «Wirkungen» des Bundesrechts durch kantonales Beurkundsrecht nicht beeinträchtigt werden dürfen (vgl. vorne Ziff. II.1.2), so sind auch **alle Verfahrenselemente, die für die Gültigkeit der öffentlichen Urkunde erforderlich sind, ausschliesslich dem Bundesrecht zuzurechnen** (vgl. zum gleichen Ergebnis aus der Perspektive des Beurkundsrechts hinten Ziff. II.3). Hingegen sollen die kantonalen Bestimmungen, welche die «Einzelheiten der öffentlichen Beurkundung regeln», nicht unter Art. 11 Abs. 2 OR fallen.<sup>36</sup> Damit sind die kantonalen Beurkundungsvorschriften, welche «die Einzelheiten» regeln, aus Sicht des materiellen Rechts als blosse Ordnungsvorschriften zu verstehen. Folgt man dieser Auffassung, ergibt sich, **dass die Qualifikation einer Verfahrensvorschrift als Gültigkeits- oder Ordnungsvorschrift ausschliesslich gemäss Bundesrecht zu beurteilen ist.**

#### *2.4 Was ergibt sich aus der bisherigen Rechtsprechung und Lehre zur Frage der Anforderungen an eine gültige öffentliche Urkunde?*

Die Frage, ob die Form der öffentlichen Beurkundung eingehalten ist, wird nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der überwiegenden Lehre nach **objektiven Gesichtspunkten** beurteilt.<sup>37</sup> So stellen etwa die (i) Zulassung der beurkundenden Person zu dieser Funktion, (ii) die Bezeichnung der Parteien und ihrer Stellvertreter,<sup>38</sup> (iii) die Feststellbarkeit der Identität der Urkundsperson, (iv) die Unterschrift der Urkundsperson, (v) deren örtliche oder sachliche Zuständigkeit und (vi) die Einhaltung der Einheit des Aktes bundesrechtliche Anforderungen an die Gültigkeit der öffentlichen Urkunde und damit Voraussetzungen der materiell-rechtlichen Gültigkeit des Rechtsgeschäfts dar.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> BK-MÜLLER (Fn. 31), Art. 11 OR N 244; SCHMID JÖRG, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen (Fn. 13), N 289.

<sup>37</sup> MOOSER (Fn. 14), N 679 mit Hinweisen.

<sup>38</sup> BGE 99 II 159; vgl. auch PIOTET (Fn. 2), S. 131.

<sup>39</sup> Vgl. die Darstellung der Rechtsprechung und Lehre zur Ungültigkeit infolge Verletzung bundesrechtlicher Formvorschriften bei MOOSER (Fn. 14), N 680 mit Nachweisen; vgl. auch JEANDIN (Fn. 26), S. 24 f.

### 3. Kantonale Beurkundungsregeln als reine Ordnungsvorschriften

Wenn – wie vorne vorgeschlagen (Ziff. II.2.3) – alle für die gültige Entstehung der öffentlichen Urkunde erforderlichen Verfahrenselemente zum (ungeschriebenen) Bundesrecht gehören, kommt als Konsequenz den beurkundungsrechtlichen Verfahrensregeln der Kantone nur die Bedeutung von Ordnungsvorschriften zu.

#### 3.1 *Was lässt sich bezüglich der Charakterisierung der kantonalen Verfahrensvorschriften aus der aktuellen Rechtsprechung und Lehre gewinnen?*

Rechtsprechung und Lehre anerkennen, dass bezüglich der Regelungskompetenz der Kantone auch sog. «**Maximalstandards**» bestehen, indem das kantonale Recht, hier die Ausgestaltung des Beurkundungsverfahrens, die Wirksamkeit des Bundesrechts nicht beeinträchtigen darf (vgl. vorne Ziff. II.1.2). Daraus folgt m.E., dass die **Kantone keine über das Bundesrecht hinaus gehenden Anforderungen an die gültige Errichtung der öffentlichen Urkunde festlegen können. Daraus folgt weiter, dass die kantonalen Vorschriften zum Beurkundungsverfahren reine Ordnungsvorschriften darstellen.** Insofern lässt sich die Qualifikation der kantonalen Verfahrensvorschriften als Ordnungsvorschriften auf die Rechtsprechung und Lehre zum «Maximalstandard» stützen.

Darüber hinaus hat – soweit ersichtlich – bisher einzig CHRISTIAN BRÜCKNER explizit aus beurkundungsrechtlicher Perspektive die Meinung vertreten, dass bei Einhaltung der bundesrechtlichen Minimalvorschriften **kein Raum bestehen sollte für kantonale Nichtigkeitsgründe.**<sup>40</sup> BRÜCKNER fordert, «dass kantonale Nichtigkeit ignoriert und die Urkunde als entstanden betrachtet wird, wenn die bundesrechtlichen Mindestanforderungen eingehalten sind»;<sup>41</sup> auch er will demnach die kantonalen Beurkundungsregeln, soweit sie nicht einfach die (bundesrechtlichen) Minimalvorschriften wiedergeben, als **Ordnungsvorschriften** verstanden wissen.

---

<sup>40</sup> BRÜCKNER (Fn. 13), N 30 ff., insbesondere N 37.

<sup>41</sup> BRÜCKNER (Fn. 13), N 37, N 1490 ff.

Das Bundesgericht hat sich im Entscheid 4A\_556/2009 Erw. 7.2 am Rande mit dieser Lehrmeinung auseinandergesetzt, dazu aber nicht abschliessend Stellung genommen, weil die zu beurteilende kantonale Verfahrensvorschrift nicht mit den von BRÜCKNER vorgebrachten Konstellationen vergleichbar sei; vielmehr lag aus Sicht des Bundesgerichts die Verletzung einer wesentlichen kantonalen Verfahrensvorschrift vor.<sup>42</sup> Immerhin steht aber nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bezüglich der bundesrechtlichen Beurkundungsvorschriften zu den **Verfügungen von Todes wegen** fest, dass die ergänzenden kantonalrechtlichen Beurkundungsvorschriften reine Ordnungsvorschriften darstellen.<sup>43</sup>

Die Auffassung von BRÜCKNER überzeugt: Weil das materielle Bundesrecht festlegt, welche Rechtsgeschäfte in welchem Umfang der öffentlichen Beurkundung bedürfen, dann kann nicht das kantonale Verfahrensrecht zusätzliche Gültigkeitsvorschriften vorsehen, die über das Bundesrecht hinausgehen. Wenn die Kantone «Gültigkeitsbedingungen aufstellen, von denen der Bundesgesetzgeber bewusst abgesehen hat», überschreiten sie die ihnen aufgrund von Art. 122 Abs. 1 BV zustehende Rechtssetzungsbefugnis.<sup>44</sup>

3.2 *Sind die Konsequenzen der Verletzung von als Gültigkeitsvorschriften erkannten Verfahrensanforderungen durch Bundesrecht oder durch kantonales Recht zu bestimmen?*

In der Doktrin herrscht, soweit ersichtlich, ein weitreichender Konsens darüber, dass sich zumindest im Falle der **Verletzung einer bundesrechtlichen Gültigkeitsvorschrift** die Rechtsfolgen ausschliesslich aus dem Bundesrecht ergeben.<sup>45</sup> Ein Teil der Lehre geht zudem davon aus, dass auch bei Verlet-

---

<sup>42</sup> Das Tessiner Beurkundungsrecht verlangte auch für die gültige Beurkundung von Rechtsgeschäften unter Lebenden die Mitwirkung von Zeugen, vgl. Art. 38, 40 und 64 der früheren Legge sul Notariato vom 23. Februar 1983; vgl. zum genannten Bundesgerichtsurteil die Besprechung von HÜRLIMANN-KAUP/SCHUMACHER/SCHMID (Fn. 35), S. 191 f.

<sup>43</sup> BGE 133 I 259 E. 5.2.

<sup>44</sup> BK-SCHMIDLIN (Fn. 29), N 80 zu Art. 11 OR; BGE 99 II 162.

<sup>45</sup> MOOSER (Fn. 14), N 676, 692a f.; BK-MÜLLER (Fn. 31), Art. 11 OR N 244: «Steht dagegen fest, dass eine kantonale Bestimmung eine Gültigkeitsvorschrift ist, so richten sich die Folgen ihres Verstosses ausschliesslich nach Bundesrecht.» HÜRLIMANN-

zung einer **kantonalen «Gültigkeitsvorschrift»** die Rechtsfolgen aus Bundesrecht folgen.<sup>46</sup>

Wenn alle Gültigkeitsvorschriften dem Bundesrecht zuzuordnen sind (vgl. vorne Ziff. II.2.2), können auch die Konsequenzen der Verletzung dieser Vorschriften nur auf Bundesrecht abgestützt werden. Es liegt entsprechend **ausschliesslich in der Zuständigkeit des Bundesprivatrechts, die für die Formgültigkeit relevanten Aspekte des Beurkundungsverfahrens festzulegen.**<sup>47</sup>

### III. Umsetzung im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses

#### 1. Ausgangslage aufgrund der vorstehenden Analyse

Insgesamt zeigt sich, dass das Bundesrecht abschliessend festlegt, welche Rechtsgeschäfte öffentlich zu beurkunden sind (Kreis der beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfte, vgl. vorne Ziff. II.1.1), in welchem Umfang das fragliche Rechtsgeschäft der Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung untersteht (Umfang der beurkundungsbedürftigen Vertragselemente) und welche **Verfahrenselemente Gültigkeitselemente für die Entstehung einer gültigen Urkunde darstellen («Mindestanforderungen»**, vgl. vorne Ziff. II.1.2).

---

KAUP/SCHMID/SCHUMACHER (Fn. 35), S. 191 ff. «Misst der Kanton einer Vorschrift seines Beurkundungsverfahrensrechts Gültigkeitscharakter zu, so bestimmen sich die Folgen dieser Ungültigkeit nach der hier vertretenen Meinung nach Bundesrecht, nämlich nach Art. 11 OR». Vgl. auch SCHMID JÖRG, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen (Fn. 13), N 598 ff.; BRÜCKNER (Fn. 13), N 1490 ff.

<sup>46</sup> SCHMID JÖRG, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen (Fn. 13), N 289 mit Hinweisen.

<sup>47</sup> Aus dieser Sicht nicht kompetenzmässig: § 51 Beurkundungs- und Beglaubigungsgesetz (BeurG) des Kantons Aargau vom 30. August 2011 zur Nichtigkeit einer öffentlichen Urkunde, ebenso § 47 des luzernischen Beurkundungsgesetzes vom 18. September 1973; vgl. auch die m.E. korrekte Bemerkung im Gutachten BJ vom 13. September 2018, Ziff. 4.2.6, S. 9. Vgl. auch Art. 24 NG des Kantons Bern.

Da es sich inhaltlich um die Anforderungen an die gültige Entstehung von Rechtsgeschäften handelt, liegen diese Regelungen im Bereich des **Zivilrechts** (vgl. Art. 122 Abs. 1 ZGB; vorne Ziff. I.3). Aufgrund dieser Feststellung, wonach das (geschriebene und bisher ungeschriebene) Bundesrecht die Anforderungen an die Gültigkeit einer öffentlichen Urkunde abschliessend regelt, kann es sich bei kantonalen Verfahrensvorschriften nur noch um Ordnungsvorschriften handeln; dieses Ergebnis auf der Grundlage des materiellen Zivilrechts deckt sich mit dem Befund von BRÜCKNER aus der Perspektive des Beurkundsrechts (vgl. vorne Ziff. II.3). Es führt insbesondere zu einer **Kongruenz mit der Unterscheidung zwischen bundesrechtlichen Gültigkeitsvorschriften und kantonalen Ordnungsvorschriften, wie sie für die Beurkundungsvorschriften gilt, die das bundesrechtliche Beurkundungsverfahren für Verfügungen von Todes wegen regeln.**<sup>48</sup>

2. Bedeutung für die Umschreibung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes (nachträglich derogierende Bundeskompetenz)

Die gesetzlichen Bestimmungen, welche die Elemente der gültigen öffentlichen Beurkundung umschreiben, gehören nach dem oben Ausgeführten zum **Zivilrecht**, nicht zum Zivilprozessrecht. Da die Kompetenz zur Gesetzgebung im Zivilrecht gemäss Art. 122 Abs. 1 ZGB beim Bund liegt, **besteht demnach bezüglich aller Elemente der öffentlichen Beurkundung, die für die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts erforderlich sind, eine Kompetenz des Bundesprivatrechtsgebers.**

Auf dieser Grundlage ergibt sich die Aufgabe, jedes vom kantonalen Recht erfasste Element des Beurkundungsverfahrens (z.B. Ausstand, Rechtsbelehrung, Pflicht zur Unterzeichnung der Urkunde usw.; vgl. Liste gemäss Sit-

---

<sup>48</sup> BGE 133 I 259 E. 5.2: «Den Beschwerdeführern ist insoweit zuzustimmen, als diese Regelung des Bundeszivilrechts abschliessender Natur ist [...], weshalb der kantonale Gesetzgeber keine zusätzlichen Gültigkeitsvorschriften erlassen kann. Dies bedeutet jedoch nicht, dass es den Kantonen untersagt wäre, im Rahmen ihrer Kompetenz zur Regelung der öffentlichen Beurkundung (vgl. E. 2) weitere Ausschlussgründe für Zeugen vorzusehen. Solche zusätzlichen kantonalen «Unfähigkeitgründe» stellen gegebenenfalls bloss Ordnungsvorschriften dar [...], deren Missachtung lediglich von disziplinarrechtlicher Bedeutung ist und die Gültigkeit der Urkunde nicht zu beeinträchtigen vermag.»

zung vom 24. September 2018) daraufhin zu untersuchen, ob es für die Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung entsprechend dem bundesrechtlichen Begriff der öffentlichen Beurkundung erforderlich ist (Minimalanforderungen). Wenn das der Fall ist, besteht die Kompetenz des Bundesgesetzgebers im Bereich des Zivilrechts gestützt auf Art. 122 Abs. 1 BV. Andernfalls liegt die Kompetenz zur Beantwortung dieser Frage im kantonalen Beurkundungsrecht.

#### **IV. Zusammenfassung**

1. Das Beurkundungsrecht ist bezüglich der Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung als **Zivilrecht** i.S.v. Art. 122 Abs. 1 BV einzuordnen.
2. Bei den bundesrechtlichen Minimalanforderungen handelt es sich um **Gültigkeitsvorschriften** nach Art. 11 OR. Das Bundesrecht regelt den Kreis der beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfte, den Umfang der Beurkundungsbedürftigkeit eines einzelnen Rechtsgeschäftes und die Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung, bei deren Einhaltung ein gültiges Rechtsgeschäft entsteht, abschliessend. Die Wirkung einer Verletzung der bundesrechtlichen Gültigkeitsvorschriften wird durch das Bundesrecht abschliessend festgelegt.
3. Bei **den kantonalen Verfahrensvorschriften** gemäss Art. 55 SchlT ZGB handelt es sich ausschliesslich um Ordnungsvorschriften, deren Verletzung das kantonale Recht sanktioniert.
4. Die **Zuordnung der einzelnen Verfahrenselemente der öffentlichen Beurkundung** kann, da der Begriff und die Gültigkeitsvoraussetzungen der öffentlichen Beurkundung dem Bundesrecht angehören, danach erfolgen, ob diese für die materiell-rechtliche Gültigkeit einer öffentlichen Urkunde (Art. 11 ZGB) erforderlich sind oder nicht.