



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