

Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsverfahren

La procédure d'instrumentation des actes authentiques

**Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung
Schweizerisches Notariat vom 26. Januar 2007
in Lausanne und vom 3. Juli 2007 in Zürich**

Herausgeber:

Jürg Schmid, Notariatsinspektor des Kantons Zürich,
Lehrbeauftragter an der Universität Zürich

Schulthess § 2007

Bibliografische Information (Der Deutschen Bibliothek)

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2007

ISBN 978-3-7255-5506-2

www.schulthess.com

Die Beurkundungsverfahren des Schweizerischen Zivilgesetzbuches

STEPHAN WOLF und GIAN SANDRO GENNA

Inhaltsübersicht

Literatur.....	64
1. Einleitung	64
2. Anwendungsbereich der ZGB-Beurkundungsverfahren	65
2.1 Allgemeines	65
2.2 Zwingender Anwendungsbereich.....	65
2.3 Fakultativer Anwendungsbereich.....	66
2.4 Verhältnis zum kantonalen Recht	67
2.4.1 Allgemeiner Ablauf des Notariatsprozesses bei Willenserklärungen.....	67
2.4.2 Abgrenzung von Vorschriften des Bundesrechts und des kantonalen Rechts im Einzelnen	68
3. Die ZGB-Beurkundungsverfahren im Einzelnen	72
3.1 Allgemeines	72
3.2 Die Beurkundung von letztwilligen Verfügungen (Art. 499 ff. ZGB)....	73
3.2.1 Allgemeines	73
3.2.2 Das Selbstlesungsverfahren	73
3.2.2.1 Vorverfahren.....	73
3.2.2.2 Hauptverfahren.....	74
3.2.3 Das Vorlesungsverfahren.....	75
3.2.3.1 Vorverfahren	75
3.2.3.2 Hauptverfahren	75
3.3 Die Beurkundung von Erbverträgen (inkl. Schenkung auf den Tod und Verpfändungsvertrag)	77
3.4 Die Problematik der Mischformen	78
3.4.1 Vorbemerkungen	78
3.4.2 Zulässigkeit unechter Mischformen.....	78
3.4.3 Unzulässigkeit echter Mischformen.....	79
3.5 Zusammenfassung zum Zeitpunkt des Beizugs der Zeugen	80
4. Hinweise zur Beurkundung von Eheverträgen	81
4.1 Allgemeines	81
4.2 Insbesondere der kombinierte Ehe- und Erbvertrag	81
5. Die bundesrechtlichen Ausstandsgründe von Art. 503 ZGB.....	83
5.1 Allgemeines	83
5.2 Ausstandspflichten bei der Beteiligung von juristischen Personen?.....	84
5.3 Einsetzung als Willensvollstrecker als Ausstandsgrund?	85
6. Rechtsfolgen von Formfehlern	86
6.1 Anfechtbarkeit der Verfügung durch die Ungültigkeitsklage	86
6.1.1 Allgemeines.....	86

6.1.2 Beispiele aus der Rechtsprechung.....	87
6.2 Vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Notars	89
7. Empfehlungen für die notarielle Praxis	89

Literatur

Peter Breitschmid, Revision der Formvorschriften des Testaments – Bemerkungen zur Umsetzung der «Initiative Guinand», ZBJV 1995 S. 179 ff.; *Christian Brückner*, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993; *Heinz Hausheer/Thomas Geiser/Regina E. Aebi-Müller*, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Auflage, Bern 2007; *Heinz Hausheer/Manuel Jaun*, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1-10 ZGB, Bern 2003; *Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser* (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457 – 977 ZGB, 2. Auflage, Basel/Genf/München 2003 (zit. BSK-Bearbeiter); *Gregor Joos*, Testamentsformen in der Schweiz und in den USA, Diss. Zürich 2001; *Hans Huber*, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechts, ZBGR 69 (1988), S. 228 ff.; *Hans Marti*, Notariatsprozess, Bern 1989 (zit. Notariatsprozess); *Hans Marti*, Das Hauptverfahren im Schweizerischen Notariatsprozess, ZBGR 64 (1983) S. 321 ff. (zit. Hauptverfahren); *Michel Mooser*, La lecture de l'acte authentique dans la procédure ordinaire d'instrumentation, ZBGR 83 (2002) S. 1 ff. (zit. lecture); *Michel Mooser*, La participation des parties et le principe de l'unité de l'acte dans la procédure ordinaire d'instrumentation des actes de déclaration, ZBGR 86 (2005) S. 73 ff. (zit. participation); *Michel Mooser*, Le droit notarial en Suisse, Berne 2005 (zit. droit notarial); *Franz Müller/Gian Sandro Genna*, Die Haftung des Notars für Rechtsbelehrung in Steuerfragen – Ein Urteil aus dem Kanton Bern im Lichte des neuen Notariatsgesetzes, BN 2007 S. 1 ff.; *Jolanta Kren Kostkiewicz/Ivo Schwander/Stephan Wolf* (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 2006 (zit. Handkomm-Bearbeiter); *Peter Ruf*, Notariatsrecht, Langenthal 1995; *Daniel Santschi*, Die Ausstandspflicht des Notars, Diss. Bern 1991; *Jörg Schmid*, Thesen zur öffentlichen Beurkundung, ZBGR 1993 S. 1 ff.; *Stephan Wolf/Gian Sandro Genna*, Die Auswirkungen der eingetragenen Partnerschaft auf Notariat und Grundbuchführung, ZBGR 88 (2007) S. 157 ff.; *Stephan Wolf*, Willensvollstreckung und Notariat – insbesondere Ausstandsfragen, in: *Hans Rainer Künzle* (Hrsg.), Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme (2), Zürich 2006, S. 87 ff.

1. Einleitung

Der Begriff der öffentlichen Beurkundung ist ein solcher des Bundesrechts¹. Die Ordnung des Verfahrens der öffentlichen Beurkundung gehört allerdings – unter Vorbehalt der Minimal- und Maximalanforderungen des Bundesrechts – zu den Regelungsgegenständen des kantonalen öffentlichen Rechts². Dies ergibt sich von Bundesrecht wegen aus Art. 55 Abs. 1 SchlT ZGB³, welcher besagt, dass die Kantone bestimmen, in welcher Weise auf

¹ *Huber*, S. 228 ff., *Schmid*, S. 2, und BGE 90 II 274, 281.

² BGE 90 II 274, 280.

³ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210).

ihrem Hoheitsgebiet die öffentliche Beurkundung hergestellt wird. Ausgenommen von dieser Gesetzgebungskompetenz der Kantone sind allerdings u.a. die Beurkundungsverfahren für die Verfügungen von Todes wegen. Dazu hat das Bundesprivatrecht eine detaillierte Regelung aufgestellt, welche die Vorschriften des kantonalen Rechts über die Beurkundungsverfahren derogiert⁴. Die Bestimmungen zur öffentlichen Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen finden sich in den Art. 499-504 ZGB (öffentliches Testament) und in Art. 512 ZGB (Erbvertrag). Diese bundesrechtlichen Verfahren werden allgemein als Beurkundungsverfahren des Schweizerischen Zivilgesetzbuches bzw. als ZGB-Beurkundungsverfahren oder als ZGB-Verfahren bezeichnet, dies in Abgrenzung zu den Beurkundungsverfahren nach kantonalem Recht. Die bundesrechtlich geregelten Beurkundungsverfahren sind in ihrem Anwendungsbereich – d.h. bei der Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen – von zwingender Natur. Sie können mithin durch die kantonale Gesetzgebung nicht abgeändert werden⁵.

2. Anwendungsbereich der ZGB-Beurkundungsverfahren

2.1 Allgemeines

Der Anwendungsbereich der ZGB-Beurkundungsverfahren lässt sich in zwei Kategorien einteilen, nämlich in einen zwingenden und in einen fakultativen Anwendungsbereich. Darauf ist hier sogleich einzugehen.

2.2 Zwingender Anwendungsbereich

Die ZGB-Beurkundungsverfahren finden von Bundesrechts wegen bei der öffentlichen Beurkundung von letztwilligen Verfügungen und Erbverträgen (inkl. der Schenkung auf den Tod gemäss Art. 245 Abs. 2 OR⁶ und dem Ver-

⁴ BSK-Ruf, N. 2 zu Art. 499 ZGB.

⁵ BGE 118 II 273, 275.

⁶ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR, SR 220).

pfründungsvertrag gemäss Art. 522 Abs. 1 OR) zwingend Anwendung⁷. Im zwingenden Anwendungsbereich der ZGB-Beurkundungsverfahren verbleibt dem kantonalen Gesetzgeber kein Spielraum für abweichende Beurkundungsvorschriften. Allenfalls können die Vorschriften des Bundesrechts – soweit diese lückenhaft sind und kein qualifiziertes Schweigen des Bundesgesetzgebers vorliegt – durch das kantonale Recht ergänzt werden. So kann das kantonale Recht beispielsweise ein Schlussverbal vorschreiben, obschon ein solches nach Bundesrecht nicht vorgesehen ist. Bei derartigen kantonalen Regelungen handelt es sich allerdings um blosser Ordnungsvorschriften, deren Verletzung die Gültigkeit der öffentlichen Urkunde nicht tangiert⁸.

2.3 Fakultativer Anwendungsbereich

Die ZGB-Beurkundungsverfahren können fakultativ für sämtliche übrigen öffentlichen Beurkundungen von Willenserklärungen – nach Wahl der Parteien bzw. des Notars⁹ und alternativ zu den Bestimmungen des kantonalen Rechts – Anwendung finden. Die Einhaltung der Formvorschriften der ZGB-Beurkundungsverfahren wahrt dabei die Form für sämtliche, nach kantonalem Recht vorgesehenen Beurkundungsverfahren für Willenserklärungen. Dieser Grundsatz wird im Kanton Bern in Art. 48 Abs. 1 NV¹⁰ verankert und findet sich auch in Erlassen anderer Kantone; nach der Lehre gilt er aber im Lichte der allgemeinen Überlegung, wonach die Wahrung einer weitergehenden Formvorschrift stets auch eine weniger weitgehende Formvorschrift erfüllt, auch ohne besondere Regelung im kantonalen Recht¹¹. Gemäss *Brückner* muss allerdings eine unterzeichnungsfähige Personen bei fakultativer Anwendung der ZGB-Beurkundungsverfahren in jedem Fall

⁷ Handkomm-*Badertscher*, N. 1 zu Art. 499 ZGB.

⁸ Vgl. BSK-*Ruf*, N. 28 zu Art. 499 ZGB.

⁹ Die Wahl des anwendbaren Verfahrens liegt u.E. letztlich in den Händen der Urkundsparteien. Im Rahmen seiner Rechtsbelehrungspflicht hat allerdings der Notar die Parteien auf die Vor- und Nachteile der beiden Verfahren hinzuweisen. Beharren diese allerdings entgegen einer entsprechenden notariellen Empfehlung auf dem nicht empfohlenen Verfahren, so ist der Notar u.E. verpflichtet, die Beurkundung gemäss dem von den Parteien gewünschten Verfahren vorzunehmen. Entsprechende Fälle dürften in der Praxis allerdings selten sein, weil der Vorschlag des Notars über das anzuwendende Verfahren von Parteien in aller Regel respektiert werden wird.

¹⁰ Notariatsverordnung des Kantons Bern vom 26. April 2006 (NV, BSG 169.112).

¹¹ Vgl. *Huber*, S. 252, und *Brückner*, N. 2478.

selbst unterzeichnen¹², was bedeutet, dass eine unterschriftslose Beurkundung im fakultativen Anwendungsbereich nur dann möglich ist, wenn die Urkundspartei aus physischen Gründen nicht unterschreiben kann. Finden die Vorschriften der ZGB-Beurkundungsverfahren fakultativ Anwendung, so werden sie zu kantonalem Recht. Somit bildet etwa die Beurkundung eines Grundstückkaufvertrags im ZGB-Beurkundungsverfahren ein kantonales rechtliches Verfahren. Vor dem 1. Januar 2007 war die diesbezüglich vorzunehmende Unterscheidung zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht vor allem auch hinsichtlich der Rechtsmittelwahl relevant. Nach dem neuen Rechtsmittelsystem auf Bundesebene mit den Einheitsbeschwerden entscheidet sich nun zwar nicht mehr die Frage nach dem zulässigen letztinstanzlichen Rechtsmittel anhand der Abgrenzung zwischen kantonalem Recht und Bundesrecht, aber immerhin kann gemäss Art. 95 BGG¹³ die Verletzung von kantonalem Gesetzesrecht bloss in Zusammenhang mit einem verfassungsmässigen Recht (Willkürverbot, Rechtsgleichheitsgebot) gerügt werden. Insofern bleibt die Unterscheidung zwischen kantonalem Recht und Bundesrecht nach wie vor relevant.

2.4 Verhältnis zum kantonalen Recht

2.4.1 Allgemeiner Ablauf des Notariatsprozesses bei Willenserklärungen

Allgemein und unabhängig von der anwendbaren Verfahrensart (ZGB-Beurkundungsverfahren oder Verfahren nach kantonalem Recht) lässt sich der Notariatsprozess – d.h. das gesamte Verfahren auf Errichtung einer öffentlichen Urkunde¹⁴ – bei der Beurkundung von Willenserklärungen in die folgenden fünf Teilabschnitte gliedern¹⁵:

1. *Rogation* (Beurkundungsbegehren an den Notar durch die Klientschaft, wobei mit der Rogation ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis zwischen Notar und Klientschaft begründet wird);

¹² *Brückner*, N. 2480.

¹³ Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 1773.110).

¹⁴ *Marti*, Notariatsprozess, S. 17.

¹⁵ Vgl. zum Ganzen *Marti*, Notariatsprozess, S. 19; für den Kanton Bern siehe auch die Bestimmung von Art. 51 NG (Notariatsgesetz des Kantons Bern vom 22. November 2005, BSG 169.11).

2. *Prüfungsverfahren* (Prüfung der Voraussetzungen für das Errichten einer öffentlichen Urkunde, d.h. örtliche und sachliche Zuständigkeit des Notars, Ausstandsgründe, Ausnahmen von der Urkundspflicht sowie Prüfung von Identität, Handlungsfähigkeit und Vertretungsbefugnis der Parteien; es handelt sich dabei gewissermassen um die Prüfung der formellen Eintretensvoraussetzungen);
3. *Vorverfahren* (Ermittlung des Willens der Parteien, Rechtsbelehrung, Entwurf der Urschrift);
4. *Hauptverfahren* (der eigentliche Akt der öffentlichen Beurkundung);
5. *Nachverfahren* oder Vollzugsverfahren (Registrierung und Aufbewahrung der Urschrift, Herstellung von Ausfertigungen, Rechnungsstellung für Notariatsgebühren und Auslagenersatz).

2.4.2 Abgrenzung von Vorschriften des Bundesrechts und des kantonalen Rechts im Einzelnen

Weil im Rahmen der ZGB-Beurkundungsverfahren für die Verfügungen von Todes wegen zwingende bundesrechtliche Vorschriften und kantonale Bestimmungen teilweise nebeneinander zur Anwendung gelangen, bedarf es einer Abgrenzung der jeweiligen Regelungsgegenstände¹⁶. Grundsätzlich wird nur das Hauptverfahren – mithin der eigentliche Akt der öffentlichen Beurkundung – abschliessend durch das Bundesrecht geregelt. In den anderen Verfahrensschritten des Notariatsprozesses bestehen bloss in gewissen Teilbereichen bundesrechtliche Vorschriften. Die Regelung des übrigen Ablaufs des Notariatsprozess – mithin soweit dieser bundesrechtlich nicht geregelt ist – verbleibt in der Kompetenz des kantonalen Gesetzgebers¹⁷. Dieser hat aber dabei die allgemeinen bundesrechtlichen Vorgaben, insbesondere die Minimal- und Maximalanforderungen, zu beachten. Die Abgrenzung ist im Einzelnen wie folgt vorzunehmen:

- Die *Rogation*¹⁸ – und damit auch Begründung und Inhalt des vom öffentlichen Recht beherrschten Rechtsverhältnisses zwischen Notar und Klientschaft – wird durch das kantonale Recht geregelt. Mit der Rogation ersucht der Verfügende den Notar, für ihn im Rahmen einer öffentlichen

¹⁶ Siehe dazu Joos, S. 125 f.

¹⁷ BSK-Ruf, N. 2 zu Art. 512 ZGB.

¹⁸ Siehe dazu Marti, Notariatsprozess, S. 83 ff.

Beurkundung eine Verfügung von Todes wegen zu errichten¹⁹. Insbesondere bestimmt das kantonale Recht die Form, den Zeitpunkt und die Rechtsnatur²⁰ der Rogation.

- Im *Prüfungsverfahren* bestehen parallele Regelungskompetenzen von Bund und Kantonen: Während die Ausstandspflichten des Notars abschliessend in Art. 503 ZGB durch das Bundesrecht geregelt werden²¹, verbleibt den Kantonen insbesondere die Regelung der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit zur öffentlichen Beurkundung²².
- Im *Vorverfahren* bestehen ebenfalls parallele Regelungskompetenzen von Bund und Kantonen: Das Bundesrecht regelt in Art. 500 Abs. 1 ZGB die Ermittlung des Willens der verfügenden Personen, das kantonale Recht hingegen – jedenfalls soweit es über die Minimalanforderungen des Bundesrechts²³ hinausgeht – die Rechtsbelehrungspflicht²⁴ sowie die weiteren notariellen Berufspflichten (Geheimhaltungspflicht, Wahrheitspflicht, Pflicht zur Interessenwahrung etc.). Die Ermittlung des Willens der verfügenden Personen erfolgt grundsätzlich dadurch, dass die verfügende Person dem Notar ihren Willen mitteilt. Diese Mitteilung kann formfrei erfolgen²⁵. Die Willensmitteilung des Verfügenden hat der Notar oder eine Hilfsperson²⁶ sodann in eine rechtliche Form zu kleiden, mithin dem i.d.R. laienhaft geäusserten Willen durch Wahl eines adäquaten erbrechtlichen Instrumentariums (Verfügungsarten i.S.v. Art. 481 ff. ZGB wie Erbeinsetzung, Vermächtnis, Ehegattenbegünstigung nach Art. 473 ZGB, Ersatzverfügungen, Nacherbeinsetzungen, Stiftungserrichtung, Erbverzicht, Auflagen und Bedingungen, Einsetzung eines Willensvollstreckers etc.) formell Ausdruck zu verleihen. Mit Vorteil lässt der Notar dem Verfügenden das Endprodukt des Vorfahrens, den Entwurf der Urschrift, vor

¹⁹ Vgl. BSK-Ruf, N. 25 zu Art. 499 ZGB.

²⁰ Im Kanton Bern etwa bildet die Rogation des Notars eine Gültigkeitsvorschrift für das Entstehen der öffentlichen Urkunde; vgl. Art. 24 lit. b NG.

²¹ Dazu unten 5.

²² Vgl. dazu BGE 113 II 501 ff., und Joos, S. 138 f.

²³ Vgl. dazu mit Blick auf die Rechtsbelehrungspflicht ausführlich Jörg Schmid, Grundlagen zur notariellen Belehrungs- und Beratungspflicht, in: Jörg Schmid (Hrsg.), Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars, Zürich 2006, S. 15 ff.

²⁴ Zur Abgrenzung von der nebenberuflichen Rechtsberatung siehe statt vieler Ruf, N. 932 ff., Mooser, droit notarial, N. 230 ff., und Müller/Genna, S. 8 ff.

²⁵ BGE 63 II 359, 361.

²⁶ Etwa ein Notariatspraktikant oder eine Notariatsangestellte; vgl. zur Möglichkeit des Beizuges einer Hilfsperson den Text von Art. 500 Abs. 1 ZGB («aufsetzen lässt») und Handkomm-Badertscher, N. 3 zu Art. 500 ZGB.

dem Beurkundungstermin zur Durchsicht zukommen, dies mit der Bitte um Prüfung und Mitteilung allfälliger Ergänzungs- oder Änderungswünsche. Unter Umständen hat im Rahmen des Vorverfahrens und somit vor dem Beurkundungstermin – insbesondere in komplexen Fällen – auch noch eine einlässliche Besprechung der Verfügung von Todes wegen zu erfolgen. Der Notar ist freilich in der Gestaltung des Vorfahrens – im Rahmen allfälliger kantonaler Ordnungsvorschriften – weitgehend frei, solange es ihm gelingt, den Willen der verfügenden Person ordnungsgemäss festzustellen. Zum Vorverfahren ist vor allem Folgendes zu bedenken: Der eigentliche Akt der öffentlichen Beurkundung bildet zwar Bestandteil des Hauptverfahrens, doch die entscheidende Phase der notariellen Arbeit findet – gerade auch mit Blick auf die Rechtsbelehrungspflicht – im Vorverfahren statt; *Marti* hat diesbezüglich zutreffenderweise festgehalten: «Die Qualität des Hauptverfahrens ist abhängig vom Vorverfahren. War dieses mangelhaft, kann im Hauptverfahren kaum mehr eine gute notarielle Urkunde entstehen.»²⁷

- Das *Hauptverfahren* – und damit der eigentliche Akt der öffentlichen Beurkundung – wird grundsätzlich ausschliesslich vom Bundesrecht beherrscht. Die Bestimmungen der Art. 499 ff. ZGB und des Art. 512 ZGB sind abschliessend und lassen keinen Spielraum für ergänzendes oder gar abweichendes kantonales Recht. Für das Hauptverfahren – und nur für dieses²⁸ – gilt zudem der Grundsatz der Einheit des Aktes²⁹, d.h. das Hauptverfahren ist insbesondere ohne wesentliche Unterbrechung durchzuführen³⁰. Eine Unterbrechung ist dann wesentlich, wenn dadurch die Gefahr besteht, dass die Parteien den Gesamtzusammenhang des notariellen Verfahrens oder den Inhalt der zu beurkundenden Willenserklärung aus den Augen verlieren³¹. In diesem Fall muss der Notar das Hauptverfahren noch einmal von vorne beginnen³². Der Grundsatz der Einheit des Aktes soll sicherstellen, dass einerseits die Urkundsparteien eine genaue Kenntnis des Inhaltes der Urkunde erhalten und dass sich andererseits der

²⁷ *Marti*, Hauptverfahren, S. 323.

²⁸ BSK-*Ruf*, N. 5 zu Art. 512 ZGB.

²⁹ Vgl. dazu *Mooser*, droit notarial, N. 604 ff., und *Ruf*, N. 1474 ff.

³⁰ *Mooser*, participation, S. 80.

³¹ Vgl. *Mooser*, participation, S. 81. Dieser Autor nennt als Beispiele für wesentliche Unterbrechungen des Beurkundungsvorganges etwa anderweitige Telefon- oder Klientengespräche des Notars während des Beurkundungsverfahrens oder die Tatsache, dass eine Urkundspartei das Urkundslokal verlässt.

³² *Marti*, Hauptverfahren, S. 329.

Notar davon überzeugen kann, dass die zu beurkundende Verfügung ihrem Willen entspricht³³. Das Hauptverfahren steht unter der ausschliesslichen, nicht delegierbaren Leitung des Notars; er selbst hat die zu beurkundenden Willenserklärungen der Parteien wahrzunehmen³⁴. Im Einzelnen besteht das Hauptverfahren aus der Rekognition (Kenntnisnahme des Inhalts des Entwurfs der Urschrift), der Genehmigung des Inhaltes durch den Verfügenden und dem – je nach gewähltem ZGB-Beurkundungsverfahren zu unterschiedlichem Zeitpunkt vorzunehmenden – Beizug der Zeugen³⁵. Kantonalrechtlich geregelte Aspekte des Hauptverfahrens sind von untergeordneter Bedeutung. Es handelt sich dabei etwa um die Urkundssprache oder die äussere Gestaltung der Urschrift.

- Das *Nachverfahren* wird überwiegend durch das kantonale Recht beherrscht. Die Kantone bestimmen, in welcher Form die notariellen Urschriften zu registrieren und aufzubewahren und inwiefern Ausfertigungen der Urschrift auszustellen sind. Immerhin schreibt Art. 504 ZGB den Kantonen zwingend vor, dass sie dafür zu sorgen haben, dass die Notare die von ihnen beurkundeten letztwilligen Verfügungen im Original oder in einer Abschrift entweder selbst aufzubewahren oder einer Amtsstelle zur Aufbewahrung zu übergeben haben. Im Rahmen von Art. 504 ZGB verbleibt den Kantonen somit ein erheblicher Spielraum zur Regelung der Einzelheiten dieser bundesrechtlichen Aufbewahrungspflicht³⁶.
- Im Weiteren regeln die Kantone das *notarielle Entschädigungsrecht*, d.h. die Frage, wie die Bemühungen des Notars zugunsten der Urkundsparteien abzugelten sind. Die Entschädigung für die hauptberufliche Tätigkeit des Notars (Urkundstätigkeit) besteht aus einer öffentlich-rechtlichen Gebühr³⁷.
- Schliesslich regeln die Kantone die *Haftung* der Notare für im Zusammenhang mit der hauptberuflichen Tätigkeit widerrechtlich verursachte Schäden³⁸.

³³ *Mooser*, participation, S. 75.

³⁴ *Marti*, Hauptverfahren, S. 325.

³⁵ Vgl. *Ruf*, N. 1537.

³⁶ Vgl. Handkomm-*Badertscher*, N. 1 zu Art. 504 ZGB; siehe auch *Joos*, S. 143 ff.

³⁷ So im Kanton Bern gemäss Art. 50 NG.

³⁸ Im Kanton Bern gemäss Art. 57 NG; siehe dazu *Müller/Genna*, S. 7 ff.

3. Die ZGB-Beurkundungsverfahren im Einzelnen

3.1 Allgemeines

Die ZGB-Beurkundungsverfahren umfassen zwei abschliessend geregelte Verfahrenstypen, welche bei der öffentlichen Beurkundung von letztwilligen Verfügungen, Erbverträgen, Schenkungen auf den Tod und Verpfändungsverträgen alternativ³⁹ zur Anwendung gelangen können, nämlich das Selbstlesungsverfahren (Art. 500 f. ZGB) und das Vorlesungsverfahren (Art. 502 ZGB). Welchem Verfahren der Notar bzw. die Urkundsparteien im konkreten Fall den Vorzug geben, bleibt dem Grundsatz nach ihren Präferenzen überlassen. Mit *Brückner*⁴⁰ ist u.E. festzuhalten, dass aus praktischen Überlegungen dem Selbstlesungsverfahren grundsätzlich der Vorrang einzuräumen ist, weil dieses gegenüber dem Vorlesungsverfahren weniger formale «Fallstricke» aufweist. Von den kantonalen Verfahren unterscheiden sich die ZGB-Beurkundungsverfahren insbesondere dadurch, dass zwingend zwei Zeugen beizuziehen sind. Die Mitwirkung der Zeugen hat bei den Verfügungen von Todes wegen deshalb ihre Berechtigung, weil dadurch den Urkundsparteien die besondere Bedeutung dieses Geschäfts vor Augen geführt wird⁴¹. Der Zeugenbeizug erfolgt allerdings nicht nur der blossen Feierlichkeit des Aktes halber (sog. Solennitätsfunktion), sondern vor allem zu Beweis Zwecken⁴². Immerhin ist aus rechtstheoretischer Sicht fraglich, ob nicht schon alleine durch die zwingende Mitwirkung eines Notars als Person des öffentlichen Vertrauens diesen Beweis Zwecken genüge getan würde. Schliesslich ist bei den Beurkundungen nach kantonalem Recht der Beizug von Zeugen in der Regel nicht vorgeschrieben⁴³. Andererseits kann gerade bei der Beurkundung von Verfügung von Todes wegen dem Zeugen eine sinnvolle Funktion zukommen, wenn er über besondere, insbesondere

³⁹ Handkomm-Badertscher, N. 3 zu Art. 499 ZGB, und *Brückner*, N. 2436; zur Zulässigkeit von Kombinationen (Mischformen) der beiden Verfahren siehe unten 3.4.

⁴⁰ Vgl. die Kritik an der vom Gesetz unzweifelhaft vorgesehenen Wahlfreiheit zwischen Selbstlesungs- und Vorlesungsverfahren bei *Brückner*, N. 2437 ff. Im Wesentlichen hält dieser Autor dafür, das Vorlesungsverfahren und der damit verbundene Verzicht auf die Unterschrift des Verfügenden nur bei wichtigen, objektiven Gründen (Leseunfähigkeit, Unterzeichnungsunfähigkeit, Analphabetismus etc.) zuzulassen. Diese Haltung mag zwar zur Risikominimierung Sinn machen, ist aber «de lege lata» mit dem Gesetzeswortlaut nicht vereinbar.

⁴¹ *Marti*, Hauptverfahren, S. 326.

⁴² *Ruf*, N. 1533 und N. 1320.

⁴³ Vgl. auch *Ruf*, N. 1322.

medizinische oder psychologische Qualifikationen verfügt. So kann es etwa beim Patiententestament, das im Spital beurkundet wird, angezeigt sein, als Zeugen den behandelnden Arzt und die Krankenschwester beizuziehen; denn diesen ist der Zustand des Patienten bekannt, so dass ihrer Beurteilung seiner Verfügungsfähigkeit besonderes Gewicht zukommt⁴⁴.

3.2 Die Beurkundung von letztwilligen Verfügungen (Art. 499 ff. ZGB)

3.2.1 Allgemeines

Die öffentliche Beurkundung einer letztwilligen Verfügung (öffentliches Testament) erfolgt nach den Vorschriften von Art. 499 ff. ZGB. Es stehen das Selbstlesungs- und das Vorlesungsverfahren als Alternativen zur Verfügung.

3.2.2 Das Selbstlesungsverfahren

Das Selbstlesungsverfahren ist in den Art. 500 f. ZGB geregelt. Diese Verfahrensart besteht darin, dass der Verfügende seinen Willen dem Notar mitteilt, und dieser anschliessend gemäss diesem Willen die Verfügung aufsetzt. Die Mitteilung des Willens sowie die Vorbereitung der Urkunde sind Bestandteil des Vorverfahrens und an keine besondere Form gebunden⁴⁵. Nach dem Vorverfahren folgt das Hauptverfahren, dessen Produkt die Urschrift bildet. Das Selbstlesungsverfahren besteht damit – soweit bundesrechtlich geregelt⁴⁶ – aus den folgenden Schritten (in chronologischer Reihenfolge):

3.2.2.1 Vorverfahren

1. Mitteilung des Erblasserwillens an den Notar (Art. 500 Abs. 1 ZGB); sie ist formfrei möglich;

⁴⁴ *Ruf*, N. 1323.

⁴⁵ Handkomm-Badertscher, N. 2 zu Art. 500 ZGB.

⁴⁶ Zur Abgrenzung zwischen den Regelungskompetenzen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts siehe oben 2.4.2.

2. Vorbereitung der Urschrift im Entwurf durch den Notar bzw. durch eine Hilfsperson (Art. 500 Abs. 1 ZGB: «aufsetzt oder aufsetzen lässt»); das Ergebnis des Vorverfahrens ist der Entwurf der öffentlichen Urkunde.

3.2.2.2 Hauptverfahren

1. Kenntnisnahme (Rekognition⁴⁷) des Inhaltes des Entwurfs der Urschrift durch den Verfügenden mittels Selbstlesung der Urkunde in Gegenwart des Notars (Art. 500 Abs. 1 ZGB);
2. Vergewisserung durch den Notar, dass der Verfügende die Urkunde vollständig gelesen⁴⁸ und verstanden hat und diese seinem Willen entspricht⁴⁹;
3. Genehmigung des Inhaltes der Urkunde durch Unterzeichnung der Urschrift durch den Verfügenden (Art. 500 Abs. 2 ZGB);
4. Datierung⁵⁰ und Unterzeichnung der Urkunde durch den Notar (Art. 500 Abs. 3 ZGB);
5. Unmittelbar anschliessender Beizug von zwei Zeugen⁵¹;
6. Ausdrückliche⁵² Erklärung des Verfügenden vor den zwei Zeugen in Anwesenheit des Notars, dass er die Urkunde gelesen hat und dass diese seine letztwillige Verfügung enthält (Art. 501 Abs. 1 ZGB);

⁴⁷ Zu diesem Begriff siehe *Marti*, Hauptverfahren, S. 326 ff.

⁴⁸ Vgl. BGE 65 II 214, 218.

⁴⁹ Dies macht es erforderlich, dass der Notar während der gesamten Selbstlesung durch die Urkundspartei ununterbrochen anwesend ist; vgl. *Mooser*, droit notarial, N. 609, und *Mooser*, lecture, S. 14.

⁵⁰ Hierbei ist umstritten, ob die Datierung eigenhändig durch den Notar während des Hauptverfahrens vorgenommen werden muss, oder ob es ausreicht, die Urkunde mit Maschinen- bzw. Druckerschrift vorgängig bereits zu datieren; vgl. *Brückner*, N. 2418, und *Huber*, S. 247. Das Bundesgericht hat sich zu dieser Frage noch nie geäussert. Mit *Huber*, S. 247, sowie aufgrund des «Vorsichtsprinzips» erscheint es u.E. aber geboten, die Datierung der Urkunde durch den Notar in jedem Fall während des Beurkundungsakts und eigenhändig vorzunehmen. Von einer maschinellen vorgängigen Datierung der Urkunde ist somit abzuraten.

⁵¹ Anders als bei der letztwilligen Verfügung hat bei der Beurkundung eines Erbvertrags gemäss ausdrücklicher Vorschrift von Art. 512 Abs. 2 ZGB die Unterschrift des Verfügenden vor den beiden Zeugen zu erfolgen; siehe unten 4.2.

⁵² BGE 89 II 363, 367.

7. Zeugenbescheinigung: Unterschriftliche Bestätigung der beiden Zeugen auf der Urkunde, dass der Verfügende diese Erklärung abgegeben und dass er sich dabei⁵³ im Zustand der Verfügungsfähigkeit befunden hat (Art. 501 Abs. 2 ZGB).

3.2.3 Das Vorlesungsverfahren

Die Regelung des Vorlesungsverfahrens findet sich in Art. 502 ZGB. Der Ablauf des Vorverfahrens entspricht dabei demjenigen des Selbstlesungsverfahrens⁵⁴. Soweit bundesrechtlich geregelt⁵⁵, besteht das Vorlesungsverfahren aus den folgenden Schritten (in chronologischer Reihenfolge):

3.2.3.1 Vorverfahren

1. Mitteilung des Erblasserwillens an den Notar (Art. 500 Abs. 1 ZGB), analog zum Selbstlesungsverfahren;
2. Vorbereitung der Urschrift im Entwurf durch den Notar bzw. durch eine Hilfsperson (Art. 500 Abs. 1 ZGB), analog zum Selbstlesungsverfahren.

3.2.3.2 Hauptverfahren

1. Kenntnisnahme (Rekognition) des Inhaltes der Verfügung durch den Verfügenden mittels Vorlesung der Urkunde durch den Notar⁵⁶ in Gegenwart

⁵³ Die Zeugen können einzig bestätigen, dass sich der Verfügende im Zeitraum ihrer Anwesenheit im Zustand der Verfügungsbefugnis befunden hat; dies ändert aber nichts daran, dass die Verfügungsfähigkeit während des ganzen Hauptverfahrens gegeben sein muss; vgl. *BSK-Ruf*, N. 11 zu Art. 501 ZGB. Im Übrigen können von den Zeugen keine eigenen Ermittlungs- oder Kontrollhandlungen hinsichtlich der Verfügungsfähigkeit der Parteien verlangt werden; siehe *Brückner*, N. 2419.

⁵⁴ *BSK-Ruf*, N. 1 zu Art. 502 ZGB.

⁵⁵ Zur Abgrenzung zwischen den Regelungskompetenzen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts siehe oben 2.4.2.

⁵⁶ Eine Vorlesung durch eine Hilfsperson wäre unzulässig; siehe *Mooser*, lecture, S. 6 und S. 9, und BGE 45 II 135, 141; in BGE 118 II 273, 277, wird diese Auffassung in einem «obiter dictum» hingegen als «mit Blick auf die damals gegebene Begründung und den inzwischen eingetretenen technischen Wandel als zweifelhaft» bezeichnet. U.E. bildet hingegen der Akt der Vorlesung der Urkunde den eigentlichen «Kern» des Vorlesungsverfahrens und damit eine nicht delegierbare Aufgabe des Notars. Kritisch zum zitierten

der beiden Zeugen von Anfang an (Art. 502 Abs. 1 ZGB). Die Vorlesung hat wegen des Prinzips der Einheit des Akts ohne wesentliche Unterbrechung vorstatten zu gehen. Gegenstand der Vorlesung bildet der gesamte materielle Inhalt der Urkunde, also sämtliche Willenserklärungen, nicht dagegen die Zeugenbescheinigung oder ein allfälliges – von Bundesrechts wegen nicht zwingend vorgeschriebenes⁵⁷ – Beurkundungsverbal⁵⁸;

2. Genehmigung des Inhalts der Urkunde durch unmittelbar an die Vorlesung anschliessende ausdrückliche⁵⁹ Erklärung des Verfügenden vor den Zeugen und vor dem Notar, wonach die ihm vorgelesene Urkunde seine Verfügung enthalte (Art. 502 Abs. 1 ZGB);
3. Unterschriftliche Bestätigung der beiden Zeugen auf der Urkunde (Art. 502 Abs. 2 ZGB), wonach;
 - die Urkunde in ihrer Gegenwart durch den Notar dem Erblasser vorgelesen worden ist;
 - der Erblasser anschliessend erklärt hat, die ihm vorgelesene Urkunde enthalte seine letztwillige Verfügung; und
 - sich der Erblasser während des gesamten⁶⁰ Beurkundungsaktes (Hauptverfahren) im Zustand der Verfügungsfähigkeit befunden hat.
4. Datierung und Unterzeichnung der Urkunde durch den Notar: Diese Voraussetzung steht zwar für das Vorlesungsverfahren so explizit nicht im Gesetz, muss sich aber einerseits aus einer analogen Anwendung von Art. 500 Abs. 3 ZGB sowie aus dem allgemeinen Grundsatz des Beurkundungsrechts, wonach erst Datum und Unterschrift des Notars ein Dokument zur öffentlichen Urkunde machen⁶¹, ergeben.

Entscheid auch BSK-Ruf, N. 6 zu Art. 502 ZGB, und Ruf, N. 1555.

⁵⁷ BSK-Ruf, N. 27 f. zu Art. 499 ZGB.

⁵⁸ BSK-Ruf, N. 8 zu Art. 502 ZGB, und Handkomm-Badertscher, N. 5 zu Art. 503 ZGB.

⁵⁹ BGE 60 II 269, 275.

⁶⁰ Demgegenüber können die Zeugen im Selbstlesungsverfahren bloss bestätigen, dass sich der Verfügende während ihrer (kurzen) Anwesenheit im Zustand der Verfügungsfähigkeit befunden hat; siehe oben 3.2.2.2.

⁶¹ Huber, S. 247, und Marti, Notariatsprozess, S. 120. Siehe auch Marti, Notariatsprozess, S. 143.

3.3 Die Beurkundung von Erbverträgen (inkl. Schenkung auf den Tod und Verpfändungsvertrag)

Art. 512 Abs. 1 ZGB bestimmt, dass der Erbvertrag zu seiner Gültigkeit der Form der öffentlichen letztwilligen Verfügung gemäss den Art. 499 ff. ZGB bedarf. Somit stehen für die öffentliche Beurkundung eines Erbvertrags – und ebenso für die Schenkung auf den Tod i.S.v. Art. 245 Abs. 2 OR und für den Verpfändungsvertrag i.S.v. Art. 522 OR – wahlweise die beiden ZGB-Beurkundungsverfahren zur Verfügung⁶². Gemäss Art. 512 Abs. 2 ZGB haben die Vertragsschliessenden dem Notar «gleichzeitig» ihren Willen zu erklären. Unter dieser gesetzlich verlangten Gleichzeitigkeit ist die zwingende gleichzeitige Anwesenheit der Urkundsparteien während des gesamten Hauptverfahrens zu verstehen⁶³. Dieses Erfordernis ist Ausfluss des Prinzips der Einheit des Aktes⁶⁴ und verfolgt den Zweck, dass der Notar den gegenseitigen, übereinstimmenden Willen der Urkundsparteien tatsächlich feststellen kann⁶⁵. Art. 512 Abs. 2 ZGB verlangt weiter, dass die Parteien des Erbvertrags die öffentliche Urkunde vor dem Notar und den zwei Zeugen zu unterzeichnen haben. Hierzu hat das Bundesgericht allerdings in BGE 66 II 99 ff. festgehalten, dass die zwingende Unterschrift der Verfügenden nur im Selbstlesungsverfahren erforderlich sei⁶⁶. Hingegen sei im Vorlesungsverfahren – entgegen dem Wortlaut von Art. 512 Abs. 2 ZGB – keine Unterzeichnung des Erbvertrags durch die Parteien geboten. Das Bundesgericht hält dazu fest, dass die durch Erbvertrag verfügenden Personen – ebenso wie der durch Testament Verfügende – die Wahl haben zwischen den beiden Varianten der ZGB-Beurkundungsverfahren⁶⁷, und dass der Gesetzgeber mit Art. 512 Abs. 2 ZGB für den Erbvertrag daran nichts ändern wollte⁶⁸. Das Unterschriftserfordernis kommt somit nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur im Bereich des Selbstlesungsverfahrens zur Anwendung⁶⁹.

⁶² Vgl. BSK-Ruf, N. 2 zu Art. 512 ZGB.

⁶³ BSK-Ruf, N. 5 zu Art. 512 ZGB, Handkomm-Badertscher, N. 12 zu Art. 512 ZGB, und Mooser, participation, S. 75.

⁶⁴ BGE 66 II 99, 102 f.

⁶⁵ Mooser, participation, S. 76.

⁶⁶ BGE 66 II 99 ff.

⁶⁷ BGE 66 II 99, 104.

⁶⁸ BGE 66 II 99, 103.

⁶⁹ Vgl. auch Ruf, N. 1564.

Hinsichtlich der Zeugenbestätigung gilt es anzufügen, dass sich diese beim Erbvertrag grundsätzlich auf beide mitwirkenden Parteien beziehen muss. Dies gilt einerseits dann, wenn beide Parteien des Erbvertrags von Todes wegen verfügen. Verfügt nur eine Partei von Todes wegen, erbringt die andere Partei aber eine Gegenleistung unter Lebenden, so muss sich die Zeugenbestätigung auch auf beide Beteiligten beziehen⁷⁰. Für den Fall, dass nur eine Person von Todes wegen verfügt und die andere Partei keine Gegenleistung unter Lebenden erbringt, hat das Bundesgericht die Frage allerdings offen gelassen⁷¹. Aufgrund des zur Vermeidung von Beurkundungsfehlern zu befolgenden «Vorsichtsprinzips» sollte sich u.E. die Zeugenbestätigung auch in diesem Fall auf beide Parteien beziehen.

Die Aufhebung eines Erbvertrags bedarf nicht der Form des ZGB-Beurkundungsverfahrens, sondern kann gemäss Art. 513 Abs. 1 ZGB durch die Vertragsschliessenden jederzeit mittels schriftlicher Übereinkunft («contrarius actus») vorgenommen werden. Freilich schadet die öffentliche Beurkundung des Aufhebungsvertrags nicht.

3.4 Die Problematik der Mischformen

3.4.1 Vorbemerkungen

Soweit das Selbstlesungs- oder das Vorlesungsverfahren in ihren «Reinformen» vollständig zur Anwendung gelangen, steht die Einhaltung der Formvorschriften der ZGB-Beurkundungsverfahren ausser Frage. Problematisch erscheinen hingegen echte Mischformen bzw. Kombinationen der beiden Verfahren.

3.4.2 Zulässigkeit unechter Mischformen

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine Kombination der beiden Verfahren dann zulässig, «sofern damit wenigstens alle Erfordernisse einer der beiden gesetzlichen Formen eingehalten worden sind»⁷² und zudem das Verfahren ununterbrochen durchgeführt worden ist. Eine solche unechte

Kombination liegt etwa dann vor, wenn die verfügende Person die Urkunde zusätzlich auch noch selbst unterschreibt, obschon ihr die Urkunde vor den Zeugen vorgelesen worden ist und sie den Inhalt diesen gegenüber als ihrem Willen entsprechend bezeichnet hat (unechte Mischform 1: Vorlesen mit Unterschrift)⁷³. In diesem Fall wurde das Vorlesungsverfahren in seiner Gesamtheit durchgeführt und zusätzlich mit einem Element aus dem Selbstlesungsverfahren – nämlich der Unterschrift der verfügenden Person – kombiniert. Eine weitere zulässige Mischform ist dann gegeben, wenn der Verfügende nach vollständig durchgeführtem Vorlesungsverfahren die Urkunde zusätzlich noch selbst liest, aber nicht unterzeichnet (unechte Mischform 2: Vorlesen zuzüglich Selbstlesen ohne Unterschrift)⁷⁴. Auch in diesem Fall wird das Vorlesungsverfahren in seiner Gesamtheit durchgeführt und zusätzlich mit einem Element aus dem Selbstlesungsverfahren – dem Lesen der Urkunde durch den Verfügenden – kombiniert. Schliesslich liegt eine zulässige Mischform dann vor, wenn eine taube Person mit einer blinden Person einen Erbvertrag abschliesst⁷⁵: In diesem Fall wird die Willenserklärung des Tauben im Selbstlesungsverfahren, diejenige des Blinden im Vorlesungsverfahren beurkundet (unechte Mischform 3)⁷⁶.

3.4.3 Unzulässigkeit echter Mischformen

Über diese soeben erwähnten Fälle von unechten Kombinationen bzw. Mischformen hinaus kommen echte Kombinationen der beiden ZGB-Beurkundungsverfahren nicht in Frage. Eine mangelhafte Beurkundung liegt deshalb dann vor, wenn nicht eine der beiden Formen des ZGB-Beurkundungsverfahrens vollständig gewahrt bleibt und das Verfahren nicht ununterbrochen durchgeführt worden ist. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die verfügende Person die Urkunde nach deren Vorlesung durch den Notar unterzeichnet, wobei die beiden Zeugen erst für die Unterzeichnung beigezogen werden. Diesfalls würde weder die Form des Vorlesungsverfahrens, noch diejenige des Selbstlesungsverfahrens vollständig gewahrt. Vielmehr liegt eine unzulässige echte Kombination von Elementen des einen Verfahrens (Vorlesung der Urkunde durch den Notar) mit Elementen des anderen Verfahrens (Beizug der Zeugen erst für die Unterzeichnung der Urkunde)

⁷⁰ Vgl. BGE 105 II 43, 47, und BGE 48 III 63 ff.

⁷¹ Vgl. BGE 93 II 223, 227 f., und BGE 105 II 43, 47.

⁷² BGE 118 II 273, 275.

⁷³ Vgl. BGE 89 II 363, 365.

⁷⁴ Vgl. BGE 56 II 159 ff.

⁷⁵ Handkomm-Badertscher, N. 2 zu Art. 512 ZGB.

⁷⁶ Siehe auch Ruff, N. 1565 f.

vor. Aus dem soeben Ausgeführten ergibt sich auch, dass einer blinden und zugleich tauben Person die öffentliche Beurkundung einer Verfügung von Todes wegen faktisch nicht offen steht⁷⁷. In einem solchen Fall könnten nämlich weder das Vorlesungsverfahren noch das Selbstlesungsverfahren vollständig durchgeführt werden, da es der taub-blinden Personen für beide Verfahren an den gesetzlich vorgeschriebenen Möglichkeiten zur Sinneswahrnehmung fehlt⁷⁸.

3.5 Zusammenfassung zum Zeitpunkt des Beizugs der Zeugen

Für die notarielle Praxis von Bedeutung ist insbesondere der Zeitpunkt des Bezugs der beiden Zeugen. Zusammenfasst ist dabei Folgendes zu beachten:

Für die *letztwillige Verfügung*:

- Im Selbstlesungsverfahren: Die beiden Zeugen sind unmittelbar⁷⁹ nach Unterzeichnung der letztwilligen Verfügung durch die verfügende Person herbeizurufen, wobei eine vorgängige Anwesenheit der Zeugen nicht schadet⁸⁰.
- Im Vorlesungsverfahren: Die beiden Zeugen haben von Anfang an – d.h. von Beginn der öffentlichen Beurkundung an – anwesend zu sein.

Für den *Erbvertrag*:

- Im Selbstlesungsverfahren: Die beiden Zeugen sind vor der Unterzeichnung des Erbvertrags durch die Urkundsparteien beizuziehen⁸¹, dies im Unterschied zum Selbstlesungsverfahren beim öffentlichen Testament, bei welchem der Zeugenbeizug auch erst nach der Unterzeichnung der Urkunde durch den Testator erfolgen kann.

⁷⁷ Vgl. *Peter Tuor*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 1929, N. 3 zu Art. 500 ZGB, und *Arnold Escher*, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zürich 1937, N. 2 zu Art. 500 ZGB. *Tuor* erwähnt immerhin die Möglichkeit des Aufsetzens des notariellen Aktes in Blindenschrift, *Escher* den Beizug eines Dolmetschers.

⁷⁸ *Ruf*, N. 1554, würde allerdings in einem solchen Fall in Analogie zum Übersetzungsverfahren des kantonalen Rechts einen Sachverständigen beiziehen, welcher der blinden und tauben Person den Inhalt der Urkunde zur Kenntnis bringt und anschliessend dem Notar die Zustimmung des Verfügenden übermittelt. Dieser Vorschlag ist begrüssenswert.

⁷⁹ BGE 58 II 204, 206.

⁸⁰ BSK-*Ruf*, N. 2 zu Art. 501 ZGB, und *Joos*, S. 133.

⁸¹ Vgl. BGE 105 II 43, 46.

- Im Vorlesungsverfahren: Die beiden Zeugen haben von Anfang an – d.h. von Beginn der öffentlichen Beurkundung an – anwesend zu sein.

4. Hinweise zur Beurkundung von Eheverträgen

4.1 Allgemeines

Ein Ehevertrag⁸² ist gemäss Art. 184 ZGB öffentlich zu beurkunden. Die öffentliche Beurkundung erfolgt dabei grundsätzlich nach den Vorschriften des konkret anwendbaren kantonalen Rechts⁸³. Dem Notar bzw. den Urkundsparteien steht es aber auch offen, eines der beiden ZGB-Beurkundungsverfahren im Rahmen des fakultativen Anwendungsbereichs zu wählen. Dabei ist allerdings Art. 184 ZGB zu beachten. Die Bestimmung schreibt von Bundesrechts wegen zwingend vor, dass der Ehevertrag – neben der korrekt durchgeführten öffentlichen Beurkundung nach den Vorschriften des dafür gewählten Verfahrens – die Unterschriften der vertragsschliessenden Parteien und gegebenenfalls (zusätzlich⁸⁴) die Unterschriften der gesetzlichen Vertreter erfordert.

4.2 Insbesondere der kombinierte Ehe- und Erbvertrag

In der Praxis werden Ehe- und Erbverträge oft in Kombination – d.h. formell in einer einzigen öffentlichen Urkunde – abgeschlossen. U.E. ist dieses Vorgehen grundsätzlich abzulehnen. Vielmehr ist es vorzuziehen, zwei getrennte, jedoch materiell koordinierte öffentliche Urkunden zu erstellen. Die Kombination von Ehe- und Erbvertrag in einer Urkunde wirft einige privat- und notariatsrechtliche Fragen auf⁸⁵, die durch eine getrennte Beurkundung der beiden Rechtsgeschäfte vermieden werden können. Unzulässig ist die Beurkundung von Ehe- und Erbvertrag in einer einzigen öffentlichen Urkunde

⁸² Und auch ein Vermögensvertrag nach Art. 25 PartG; siehe dazu statt vieler *Wolf/Genna*, S. 162 ff.

⁸³ *Hausheer/Geiser/Aebi-Müller*, N. 11.27.

⁸⁴ *Hausheer/Geiser/Aebi-Müller*, N. 11.20.

⁸⁵ U.a. das Problem der Teilnichtigkeit i.S.v. Art. 20 Abs. 2 OR und die Frage nach der Wahrung des Grundsatzes der Einheit des Aktes.

aber nicht. In diesem Fall sind vorsichtigerweise sowohl die Formvorschriften des Ehevertrags als auch diejenigen des Erbvertrags zu beachten. Nach der Lehre wird für den kombinierten Ehe- und Erbvertrag allerdings die ausschliessliche Wahrung der Form des Erbvertrages als ausreichend erachtet⁸⁶. Der kombinierte Ehe- und Erbvertrag führt weiter bei einer allfälligen Auflösung zu einer problematischen Situation: Ein Erbvertrag kann durch eine einfach-schriftliche Vereinbarung der Vertragsparteien aufgehoben werden (Art. 513 Abs. 1 ZGB), während die Aufhebung eines Ehevertrages wiederum der Form des Ehevertrages bedarf⁸⁷. Die Aufhebung eines kombinierten Ehe- und Erbvertrags wirft somit die Frage auf, in welcher Form dies zu geschehen hat. Hier kommt man u.E. nicht darum herum, für jede einzelne Bestimmung des Vertragswerks genau zu ermitteln, ob sie den Charakter eines Erbvertrags oder eines Ehevertrages hat, was allerdings ein heikles Unterfangen darstellen kann. Anschliessend ist die nötige Form für den Aufhebungsvertrag – einfache Schriftlichkeit oder Ehevertrag – zu wählen. In allen Zweifelsfällen, insbesondere wenn sich eine Vertragsbestimmung nicht eindeutig als von ehevertraglicher oder erbvertraglicher Natur qualifizieren lässt, gebietet das «Vorsichtsprinzip» eine kumulative Aufhebung des kombinierten Ehe- und Erbvertrages unter Wahrung beider Formen. Es ist somit den Urkundsparteien im Ergebnis nicht möglich, einen kombinierten Ehe- und Erbvertrag als Ganzes durch schriftliche Übereinkunft i.S.v. Art. 513 Abs. 1 ZGB aufzuheben. Dieses Vorgehen ist nach dem Gesagten nur für die erbvertraglichen Bestimmungen der Urkunde statthaft. Für die Aufhebung der ehevertraglichen Vereinbarungen muss hingegen eine öffentliche Beurkundung in der für den Ehevertrag vorgesehenen Form erfolgen. Diese Uneinheitlichkeit bei der Aufhebung zeigt ebenfalls auf, dass der kombinierte Ehe- und Erbvertrag für die Praxis nicht zu empfehlen ist.

⁸⁶ BSK-Ruf, N. 3 zu Art. 512 ZGB, und Brückner, N. 2358. Auch bei anderen gemischten oder zusammengesetzten Verträgen wie etwa der Kombination aus einer Abtretung einer Liegenschaft auf Rechnung künftiger Erbschaft (Schenkung) mit einem Erbvertrag oder der Kombination aus einem Verpfändungsvertrag mit einer Liegenschaftsübertragung wird vom Bundesgericht die Form des Erbvertrags verlangt: vgl. BGE 105 II 43, 45.

⁸⁷ Handkomm-Kobel Schnidrig, N. 8 zu Art. 182 ZGB, und Heinz Hausheer/Ruth Reusser/Thomas Geiser, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 1992, N. 7 zu Art. 184 ZGB; siehe auch Art. 187 Abs. 1 ZGB, der allerdings aufgrund der Gesetzessystematik unmittelbar nur beim gerichtlich angeordneten ausserordentlichen Güterstand der Gütertrennung i.S.v. Art. 185 ZGB gilt, aber darüber hinaus Ausdruck eines allgemeinen Prinzips bildet.

5. Die bundesrechtlichen Ausstandsgründe von Art. 503 ZGB

5.1 Allgemeines

Im zwingenden Anwendungsbereich der ZGB-Beurkundungsverfahren sind die ausschliesslichen⁸⁸ und abschliessenden⁸⁹ Ausstandsgründe von Art. 503 ZGB zu beachten. Im fakultativen Anwendungsbereich der ZGB-Beurkundungsverfahren richten sich gemäss bernischem Recht die Ausstandsgründe hingegen nicht nach Art. 503 ZGB, sondern ausschliesslich nach kantonalem Recht⁹⁰. Massgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen eines Ausstandsgrundes bildet der Moment der Durchführung des Hauptverfahrens⁹¹.

Art. 503 Abs. 1 ZGB zählt die sog. absoluten Ausstandsgründe⁹² auf Seiten der als Notar oder als Zeugen an der Beurkundung mitwirkenden Personen auf; absolute Ausstandsgründe führen zur Anfechtbarkeit des gesamten Rechtsgeschäfts (Art. 520 Abs. 1 ZGB). Im Einzelnen handelt es sich um:

- die Handlungsunfähigkeit (Art. 13 ZGB);
- die Schreib- oder Leseunfähigkeit;
- die Verwandtschaft in gerader Linie;
- die Tatsache, dass mitwirkende Personen Geschwister des Verfügenden, deren Ehegatten oder der Ehegatte⁹³ des Verfügenden sind;

Keine Ausstandspflichten gelten demgegenüber im Verhältnis zwischen dem Notar und den Neben- oder Hilfspersonen⁹⁴.

⁸⁸ Santschi, N. 546.

⁸⁹ Es bleibt somit kein Raum für die kantonalen Ausstandsgründe: Handkomm-Badertscher, N. 1 zu Art. 512 ZGB, und Ruf, N. 1474.

⁹⁰ Santschi, N. 501 ff., insbesondere N. 505, und Ruf, N. 741-745 und N. 1576.

⁹¹ Handkomm-Badertscher, N. 8 zu Art. 503 ZGB.

⁹² Handkomm-Badertscher, N. 1 und N. 4 zu Art. 503 ZGB.

⁹³ Dies muss – obschon ohne ersichtlichen Grund eine entsprechende gesetzgeberische Anpassung nicht erfolgt ist – auch für den eingetragenen Partner oder die eingetragene Partnerin gelten; siehe Wolf/Genna, S. 174.

⁹⁴ BSK-Ruf, N. 3 zu Art. 503 ZGB, und Handkomm-Badertscher, N. 3 zu Art. 503 ZGB; a.M. Brückner, N. 393, Fn. 33.

Die sog. relativen Ausstandsgründe⁹⁵ werden in Art. 503 Abs. 2 ZGB umschrieben; sie führen bloss zur Anfechtbarkeit der betreffenden Begünstigung (Art. 520 Abs. 2 ZGB). Danach dürfen in der zu beurkundenden Verfügung nicht bedacht werden:

- der Notar und dessen Verwandte in gerader Linie, seine Geschwister und sein Ehegatte bzw. eingetragener Partner;
- die Zeugen und deren Verwandte in gerader Linie, deren Geschwister und Ehegatten bzw. eingetragene Partner.

5.2 Ausstandspflichten bei der Beteiligung von juristischen Personen?

In Art. 503 Abs. 2 ZGB nicht erwähnt werden juristische Personen, welche von ausstandspflichtigen Personen – insbesondere vom beurkundenden Notar selbst – wirtschaftlich oder tatsächlich⁹⁶ beherrscht werden. Es stellt sich deshalb die Frage, ob Art. 503 Abs. 2 ZGB durch Auslegung ein entsprechender Ausstandsgrund entnommen werden kann. Zu bedenken ist dabei, dass die bundesrechtlichen Ausstandsvorschriften grundsätzlich nicht extensiv ausgelegt werden dürfen, da sie von abschliessender Natur sind⁹⁷. Würde eine vom Notar wirtschaftlich oder tatsächlich beherrschte juristische Person als Erbin oder Vermächtnisnehmerin eingesetzt, läge nach dem Wortlaut von Art. 503 Abs. 2 ZGB keine Ausstandspflicht für den Notar vor⁹⁸. Ist allerdings eine klare Umgehungsabsicht vorhanden⁹⁹, dann würde es sich u.E. rechtfertigen, auf die Figur des Durchgriffs als Sonderfall des Rechtsmissbrauchsverbots i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB zurückzugreifen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die rechtliche Selbständigkeit einer juristischen Personen nämlich dann nicht zu respektieren, wenn sie «im Einzelfall rechtsmissbräuchlich, entgegen Treu und Glauben geltend gemacht»¹⁰⁰ wird, etwa um ein Verbot

⁹⁵ Handkomm-Badertscher, N. 7 zu Art. 503 ZGB.

⁹⁶ Z.B. durch eine Mehrheitsbeteiligung, durch massgebenden Einfluss im Verwaltungsrat (z.B. als einziger Verwaltungsrat) oder durch Einfluss auf die Geschäftsführung (etwa dann, wenn der Notar im Rahmen seiner nebenberuflichen Tätigkeit als Geschäftsführer der juristischen Person tätig ist).

⁹⁷ Vgl. Santschi, N. 500, und Wolf, S. 94.

⁹⁸ So wohl Santschi, N. 840 und N. 842 f.

⁹⁹ So schon Wolf, S. 94, Fn. 39.

¹⁰⁰ BGE 113 II 31, 36.

oder eine Verpflichtung zu umgehen¹⁰¹. Das Rechtsmissbrauchsverbot führt in solchen Fällen zur Annahme der Identität zwischen Gesellschaft und der sie wirtschaftlich oder faktisch beherrschenden natürlichen Person¹⁰². Bei Annahme eines Durchgriffs käme man somit zum Ergebnis, dass die Ausstandspflicht gemäss Art. 503 Abs. 2 ZGB auch dann anwendbar wäre, wenn eine von ausstandspflichtigen natürlichen Personen beherrschte juristische Person in der Verfügung von Todes wegen bedacht werden soll.

5.3 Einsetzung als Willensvollstrecker als Ausstandsgrund?

Nach allgemeiner Auffassung gilt die Einsetzung des beurkundeten Notars als Willensvollstrecker nicht als Vorteilseinräumung i.S.v. Art. 503 Abs. 2 ZGB¹⁰³ und bildet somit keinen relativen Ausstandsgrund. Dies ist insofern nicht selbstverständlich, als der Willensvollstrecker gemäss Art. 517 Abs. 3 ZGB Anspruch auf eine angemessene Vergütung (Honorar) für seine Tätigkeit hat. Allerdings bezweckt die Einsetzung eines Willensvollstreckers gerade nicht die Übertragung von Vermögenswerten auf diesen, sondern dient in erster Linie der Sicherstellung der erbrechtlichen Anordnungen des Erblassers¹⁰⁴. Das Honorar, das dem Willensvollstrecker für seine Tätigkeit zusteht, ergibt sich bereits von Gesetzes wegen und nicht aus der beurkundeten Verfügung selbst. Ein relativer Ausstandsgrund ist allerdings dann gegeben, wenn der Erblasser dem Willensvollstrecker für seine Tätigkeit eine Zuwendung macht, selbst wenn diese den Charakter eines Honorars aufweist¹⁰⁵.

¹⁰¹ Hausheer/Jaun, N. 128 zu Art. 2 ZGB.

¹⁰² Vgl. Hausheer/Jaun, N. 128 zu Art. 2 ZGB.

¹⁰³ Santschi, N. 627 und N. 631, Ruf, N. 794, und Wolf, S. 96.

¹⁰⁴ Santschi, N. 631.

¹⁰⁵ Santschi, N. 631.

6. Rechtsfolgen von Formfehlern

6.1 Anfechtbarkeit der Verfügung durch die Ungültigkeitsklage

6.1.1 Allgemeines

Im bundesrechtlichen Anwendungsbereich der ZGB-Beurkundungsverfahren richten sich die Rechtsfolgen von Formfehlern im Rahmen der öffentlichen Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen nach Art. 520 Abs. 1 ZGB. Die fehlerhaft beurkundete Verfügung von Todes wegen ist damit nicht etwa nichtig, sondern bloss durch die Ungültigkeitsklage anfechtbar¹⁰⁶. Eine den bundesrechtlichen Formvorschriften nicht entsprechende Verfügung ist dabei selbst dann für ungültig zu erklären, wenn sie im konkreten Fall zweifellos dem tatsächlichen Willen des Erblassers entspricht, denn die Formvorschriften bilden absolute und unverzichtbare formelle Voraussetzung für die Gültigkeit der Verfügung¹⁰⁷. Dabei sind allerdings bloss die durch das Bundesrecht vorgesehenen Formvorschriften als Gültigkeitsvorschriften zu qualifizieren, während die ergänzend anwendbaren kantonalen Vorschriften im Rahmen der ZGB-Beurkundungsverfahren bloss Ordnungsvorschriften darstellen¹⁰⁸. Ihre Verletzung führt deshalb nicht zur Anfechtbarkeit der Verfügung, sondern zeitigt bloss Folgen gemäss dem kantonalen Recht, insbesondere hinsichtlich der disziplinarischen und vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des Notars. Finden die ZGB-Beurkundungsverfahren im Rahmen ihres fakultativen Anwendungsbereichs als kantonales Recht Anwendung, so liegt von vornherein keine Anfechtbarkeit i.S.v. Art. 520 ZGB vor¹⁰⁹. Vielmehr bestimmt in solchen Fällen ausschliesslich das kantonale Recht die Rechtsfolgen der Verletzung der Beurkundungsvorschriften. In der Regel wird ein formaler Mangel bei der Beurkundung dazu führen, dass keine öffentliche Urkunde entsteht¹¹⁰.

Die Verletzung der absoluten Ausstandsvorschriften von Art. 503 Abs. 1 ZGB bewirkt – wie ein Formmangel – die Anfechtbarkeit der gesamten Verfügung

¹⁰⁶ Es gilt also das allgemeine erbrechtliche Prinzip der Anfechtbarkeit der Verfügung von Todes wegen.

¹⁰⁷ BGE 118 II 273, 281 f.

¹⁰⁸ Handkomm-Badertscher, N. 2 zu Art. 499 ZGB.

¹⁰⁹ Vgl. Joos, S. 126.

¹¹⁰ Siehe etwa für den Kanton Bern die Tatbestände von Art. 24 NG.

von Todes wegen gemäss Art. 520 Abs. 1 ZGB¹¹¹. Demgegenüber führt die Missachtung der relativen Ausstandsvorschriften von Art. 503 Abs. 2 ZGB bloss zur Anfechtbarkeit der Verfügung von Todes wegen hinsichtlich der Begünstigung des ausstandspflichtigen Bedachten i.S.v. Art. 520 Abs. 2 ZGB¹¹².

6.1.2 Beispiele aus der Rechtsprechung

Das Bundesgericht hatte in letzter Zeit in zwei ähnlich gelagerten Fällen Gelegenheit, sich zur Anfechtbarkeit von Verfügungen von Todes wegen aufgrund der Missachtung von Formvorschriften zu äussern:

- In *BGE 118 II 273 ff.* erklärte es ein im Vorlesungsverfahren öffentlich beurkundetes Testament für ungültig. Die Vorlesung durch den Notar erfolgte dabei in Abwesenheit der beiden Zeugen. Anschliessend unterschrieb der Erblasser die Urkunde zwar selbst und in Anwesenheit der Zeugen, jedoch ohne die Urkunde selbst gelesen zu haben. Somit waren weder die Vorschriften des Vorlesungs- noch diejenigen des Selbstlesungsverfahrens vollständig erfüllt, weshalb eine unzulässige echte Mischform vorlag. «Der Erblasser, der die Urkunde nicht selber gelesen hat, sondern nur vorgelesen bekommen hat, kann nicht – auch nicht mit seiner Unterschrift – bezeugen, dass ihm tatsächlich die ganze Urkunde vorgetragen worden ist. Ob die Rekognition korrekt stattgefunden hat oder nicht, könnte somit nur noch von der Urkundsperson selber bestätigt werden; diese kann aber nicht gleichzeitig vorlesen und selber kontrollieren, ob sie richtig vorliest. Es wäre eine Überbewertung der Unterschrift, wenn diese als hinreichenden Grund angesehen würde, um auf die Gegenwart der Zeugen beim Vorlesen zu verzichten.»¹¹³
- Im Entscheid *BGer 5C.56/2005* vom 15. Juli 2005¹¹⁴, in dem es einen mit Ungültigkeitsklage angefochtenen Erbvertrag zu beurteilen galt, war folgendes, von der Notarin verfasstes Schlussverbal das entscheidende Beweismittel: «Die vorstehende Urkunde wurde von der unterzeichneten Notarin nach dem Willen der Parteien verfasst. Diesen wurde die Urkunde von der Notarin vorgelesen und erklärt. Die Parteien bestätigen, dass

¹¹¹ BSK-Ruf, N. 6 zu Art. 503 ZGB.

¹¹² BSK-Ruf, N. 6 zu Art. 503 ZGB.

¹¹³ BGE 118 II 273, 281.

¹¹⁴ ZGBR 87 (2006) S. 105.

der Inhalt der Urkunde genau ihrem Willen entspreche. Hierauf werden herbeigerufen die beiden gesetzlich fähigen und in bürgerlichen Ehren und Rechten stehenden Zeugen (...). In Gegenwart dieser Zeugen wird die Urkunde von der Notarin datiert, von den Parteien eigenhändig unterzeichnet, worauf die Notarin ihre Unterschrift hinsetzt.» In konsequenter Weiterführung seiner Rechtsprechung¹¹⁵ erklärte das Bundesgericht diesen Erbvertrag für ungültig, weil das formelle Erfordernis der Anwesenheit der Zeugen beim Vorlesen der Urkunde auch bei der unechten Mischform¹¹⁶, in welcher der Erblasser sich die Urkunde vorlesen lässt, dann aber selbst unterschreibt, gegeben sein müsse. Vorlesen der Urkunde vor Beizug – und damit in Abwesenheit der Zeugen – mache die Verfügung von Todes wegen ungültig. Im zu beurteilenden Fall war als Leistung unter Lebenden ein Betrag von Fr. 300 000.00 an die Vertragspartner des Erblassers geflossen. Das Bundesgericht hatte sich deshalb auch zur Frage zu äussern, inwiefern die bereits erbrachte Leistung zurückzuerstatten sei. Mit der Ungültigerklärung wegen Formmangels wird der Erbvertrag «ex tunc» unwirksam, d.h. er ist so zu betrachten, wie wenn er gar nicht bestanden hätte. Mit dem Dahinfallen des Erbvertrages sind deshalb bereits erbrachte Leistungen zurückzuerstatten, und zwar primär mittels Erbschaftsklage i.S.v. Art. 598 ff. ZGB und subsidiär nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung gemäss Art. 62 ff. OR.

Die gegen das letzterwähnte Urteil erhobene Kritik¹¹⁷, wonach die bundesgerichtliche Auslegung von Art. 502 Abs. 1 ZGB «unvollständig und nicht nachvollziehbar» sei, ist u.E. nicht begründet. Wenn postuliert wird, die Formvorschriften von Art. 502 Abs. 1 ZGB seien nur dann zu beachten, wenn der Erblasser die Urkunde weder lese noch unterzeichne, mithin die Norm nur in der Fallkonstellation «Vorlesung und Nicht-Unterschreiben» zur Anwendung gelangen soll, nicht jedoch in der Fallkonstellation «Vorlesung und Unterschreiben», so wird damit vorab der klare Wortlaut von Art. 502 Abs. 1 ZGB verkannt. Weiter würde ein Verzicht auf das Erfordernis der präzisen Beachtung der gesetzlichen Verfügungsformen letztlich einer Beliebigkeit

¹¹⁵ BGE 118 II 273 ff.

¹¹⁶ Dazu oben 3.4.2.

¹¹⁷ Vgl. die Bemerkungen von *Stephanie Hrubesch-Millauer*, AJP 2005 S. 1544 ff. Siehe auch bereits die Kritik von *Breitschmid*, S. 184, gegen BGE 118 II 273, welcher «den Zeugen zu grossen Stellenwert» einräume und «damit zu gleichermassen sinnwidriger formaler Ungültigkeit» führe. Paradox sei, dass das öffentliche Testament hinsichtlich der formalen Gültigkeit damit riskanter sein könne, als das eigenhändige.

bei der Befolgung der – notabene auch zum Schutz der Vertragsparteien aufgestellten¹¹⁸ – Formvorschriften der öffentlichen Beurkundung Tür und Tor öffnen.

6.2 Vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Notars

Die erfolgreiche Anfechtung der Verfügung von Todes wegen und die damit verbundene Ungültigkeit können für den fehlbaren Notar – neben allfälligen disziplinarischen oder strafrechtlichen Folgen – die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit nach sich ziehen. Die Ausgestaltung des notariellen Haftpflichtrechts liegt grundsätzlich in der Kompetenz der Kantone¹¹⁹. Im Kanton Bern bestimmt Art. 57 NG, dass der Notar den Beteiligten für den Schaden haftet, den er in Ausübung seiner hauptberuflichen Tätigkeit widerrechtlich verschuldet hat¹²⁰. Der zu ersetzende Schaden dürfte dabei in der Regel demjenigen Betrag entsprechen, der einer von der beurkundeten Verfügung von Todes wegen begünstigten Person wegen der Formungültigkeit entgangen ist.

7. Empfehlungen für die notarielle Praxis

Zusammengefasst und in drei Prinzipien ausgedrückt lassen sich für die notarielle Praxis folgende Empfehlungen zu den ZGB-Beurkundungsverfahren festhalten:

- «Null-Toleranz-Prinzip»: Bei der Einhaltung der zwingenden Formvorschriften der ZGB-Beurkundungsverfahren ist vom Notar absolute Genauigkeit gefordert¹²¹. Er kann hierbei nicht exakt genug sein. Bei jeder noch so kleinen Abweichung von den Formvorschriften drohen die Risiken einer Ungültigkeitsklage und einer darauffolgenden vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des Notars.

¹¹⁸ Vgl. *Schmid*, S. 1.

¹¹⁹ Vgl. Art. 61 Abs. 1 OR; siehe dazu auch *Ruf*, N. 1056 ff.

¹²⁰ Zur Haftung des Notars gemäss Art. 57 NG siehe *Müller/Genna*, S. 7 ff.

¹²¹ *Mooser*, lecture, S. 1: «Wenn man sich nicht mehr darauf verlassen kann, dass öffentliche Urkunden in der gesetzlichen Form aufgenommen werden, so verliert das Notariat seinen Sinn.»

- «*Vorsichtsprinzip*»: Bei Unsicherheiten über die Rechtsnatur eines Rechtsgeschäfts – formbedürftige Verfügung von Todes wegen oder grundsätzlich formfreies Rechtsgeschäft unter Lebenden – hat sich der Notar für die Einhaltung der qualifizierteren Vorschriften über die Verfügungen von Todes wegen und somit für die Beurkundung im ZGB-Verfahren zu entscheiden.
- «*Prinzip der Risikominimierung*»: Bei der Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen ist grundsätzlich das einfacher handzuhabende Selbstleistungsverfahren dem tückenreicheren Vorlesungsverfahren vorzuziehen¹²². Das Vorlesungsverfahren ist u.E. grundsätzlich nur bei blinden oder schreib- bzw. leseunfähigen Personen zu empfehlen. Der Entscheid über die Wahl des Beurkundungsverfahrens liegt freilich in der Hand des Notars bzw. letztlich der Urkundsparteien. Im Rahmen seiner Rechtsbelehrungspflicht kommt dem Notar aber die wichtige Aufgabe zu, die Klientenschaft über die Vor- und Nachteile der beiden Verfahren aufzuklären und ihnen diesbezüglich eine Empfehlung abzugeben¹²³.

¹²² Vgl. *Brückner*, N. 2446 f.

¹²³ Vgl. dazu auch schon Fn. 9 hievor.