

SNV · FSN



Schweizerischer Notarenverband  
Fédération Suisse des Notaires  
Federazione Svizzera dei Notai  
Federaziun Svizra dals Notars

# Aktuelle Themen zur Notariatspraxis

4. Schweizerischer Notariatskongress  
4<sup>e</sup> Congrès des Notaires de Suisse  
4<sup>o</sup> Congresso dei Notai Svizzeri  
4. Congress dals Notars Svizzers

---

## **Impressum**

Verlag	Rub Media AG, Bern <a href="http://www.rubmedia.ch">www.rubmedia.ch</a>
Herausgeber	Schweizerischer Notarenverband (SNV) <a href="http://www.schweizernotare.ch">www.schweizernotare.ch</a>
1. Auflage	15. März 2018, 500 Exemplare
ISBN	978-3-907663-53-0
Umschlag	Atelier Otto Kunz, Bern
Herstellung	rubmedia, Wabern/Bern



**Prof. Dr. Stephan Wolf**

Prof. Dr. Stephan Wolf schloss seine Studien mit den Staatsexamen als Fürsprecher und Notar des Kantons Bern ab. Anschliessend war er in der Praxis tätig und promovierte an der Universität Bern, wo er danach als Oberassistent und Lehrbeauftragter wirkte. 2002 erfolgte die Habilitation an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern mit der *Venia docendi* für Privatrecht, Notariatsrecht und Notarielle Praxis. 2003 wurde er zum Ordinarius für Privatrecht sowie Notariatsrecht an der Universität Bern (Nachfolge Prof. Dr. Dr. h.c. Heinz Hausheer) ernannt. 2008–2014 war er Mitglied des Senats der Universität Bern, 2010–2014 Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern. Seine hauptsächlichen Forschungsgebiete sind das Zivilrecht, besonders das Familien-, Erb- und Sachenrecht, unter Einbezug des Rechts der Nachbarstaaten und des europäischen Zivilrechts, sowie das Notariatsrecht inklusive der damit zusammenhängenden Rechtsgebiete.

## Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis . . . . .	23
I. Einleitung . . . . .	26
II. Der Begriff des Notariatsprozesses, insbesondere die Abgrenzung zwischen formellem und materiellem Notariatsrecht . . . . .	27
III. Die Gliederung der Beurkundungsverfahren nach verschiedenen Kriterien, insbesondere nach dem Gegenstand der Beurkundung . . . . .	29
A. Die bestehende Mehrheit von Beurkundungsverfahren und ihre Gliede- rung nach verschiedenen Kriterien . . . . .	29
B. Die verschiedenen Beurkundungsverfahren im Überblick (auf der Grundlage des bernischen Notariatsrechts) . . . . .	32
C. Bedeutung der Unterschiede der verschiedenen Beurkundungs- verfahren . . . . .	33
D. Zur Wahl des Beurkundungsverfahrens . . . . .	33
E. Der Ablauf des Notariatsprozesses im Allgemeinen . . . . .	33
IV. Die kantonalen Beurkundungsverfahren, mit besonderer Berücksichtigung des Hauptverfahrens für Willenserklärungen . . . . .	34
A. Vorbemerkungen . . . . .	34
B. Die kantonalen Beurkundungsverfahren in ihren einzelnen Schritten . . . . .	35
1. Die Rogation . . . . .	35
2. Das Prüfungsverfahren . . . . .	36
3. Das Vorbereitungsverfahren . . . . .	38
4. Das Hauptverfahren . . . . .	40
a. Allgemeines . . . . .	40
b. Willenserklärungen . . . . .	40
c. Feststellungsurkunden (Beurkundung von Vorgängen und Zuständen) . . . . .	46
5. Das Vollzugsverfahren . . . . .	47
V. Vorläufiges Fazit zur Frage der Vereinheitlichung des Notariatsprozesses auf Bundesebene . . . . .	47
VI. Zu den Schwierigkeiten einer Vereinheitlichung des materiellen Notariats- rechts . . . . .	49
VII. Schluss . . . . .	53
VIII. Anhang . . . . .	54

# **Zu den kantonalen Beurkundungsverfahren als Ausgangslage für einen bundesrechtlichen Notariatsprozess und zugleich zu den Schwierigkeiten einer Vereinheitlichung des materiellen Notariatsrechts – eine Standortbestimmung**

*Prof. Dr. Stephan Wolf, Fürsprecher und Notar, Ordinarius für Privatrecht sowie Notariatsrecht an der Universität Bern\**

## **Literaturverzeichnis**

Aargauische Notariatsgesellschaft, Argumente gegen die Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde im Bereich der Grundstücksgeschäfte, in: Aargauische Notariatsgesellschaft (Hrsg.), 200 Jahre Aargauische Notariatsgesellschaft Jubiläumsschrift, Ein Zeitdokument, Kirchdorf 2017, S. 59 f. (zit. Aargauische Notariatsgesellschaft, Argumente)

ABT DANIEL/WEIBEL THOMAS (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht: Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, 3. Auflage, Basel 2015 (zit. Prax-Komm-AUTOR/IN)

BRAZEROL RICCARDO, Das schweizerische Notariat im Fokus der Freizügigkeit, Jusletter 28. Oktober 2013

BRÜCKNER CHRISTIAN, Gefährdetes Notariat, BN 2014, S. 226 ff. (zit. BRÜCKNER, Notariat)

BRÜCKNER CHRISTIAN, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993 (zit. BRÜCKNER, Beurkundungsrecht)

CARLEN LOUIS, Notariatsrecht der Schweiz, Zürich 1976

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

LAIMER SIMON, Zur Freizügigkeit der Notare in Europa – Überblick über die Aufnahme der Rechtsprechung des EuGH in Österreich und Italien, Jusletter 28. Oktober 2013

MARTI HANS, Bernisches Notariatsrecht, Bern 1983 (zit. MARTI, N. zu Art.)

MARTI HANS, Notariatsprozess, Grundzüge der öffentlichen Beurkundung in der Schweiz, Bern 1989 (zit. MARTI, Notariatsprozess)

MOOSER MICHEL, Le droit notarial en Suisse, 2<sup>e</sup> édition, Berne 2014

NUSPLIGER ISABELLE, Zusammenfassung der Podiums- und Plenumsdiskussion zur Zukunft des Notariats in der Schweiz vom 18. Oktober 2013, Jusletter 28. Oktober 2013

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

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

PIOTET DENIS, L'avant-projet de revision des articles 55 à 55t du titre final du code civil, in: Schweizerischer Notarenverband (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis – 3. Schweizerischer Notarenkongress, Muri bei Bern 2015, S. 133 ff. (zit. PIOTET, revision)

PIOTET DENIS, 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 2013, S. 114 ff. (zit. PIOTET, marché)

RUF PETER, Notariatsrecht, Langenthal 1995

SCHMID JÖRG, Grundlagen zum Beurkundungsverfahren, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 1 ff. (zit. SCHMID JÖRG)

SCHMID JÜRG, Schweizerisches Beurkundungsrecht im Wandel, in: Rumo-Jungo Alexandra/Pichonnaz Pascal/Hürlimann-Kaup Bettina/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Une empreinte sur le Code civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Bern 2013, S. 591 ff. (zit. SCHMID JÜRG)

Schweizerischer Notarenverband, Vernehmlassung zum Vorentwurf der Revision von Art. 55 SchlT ZGB vom 26. März 2013 (zit. Schweizerischer Notarenverband, Vernehmlassung)

SIDLER KURT, Kurzkommentar zum luzernischen Beurkundungsgesetz, Luzern 1975

SPICKHOFF ANDREAS, Die Revisionsvorlage von Art. 55 SchlT ZGB – rechtsvergleichende Betrachtung aus europäischer Perspektive, in: Schweizerischer Notarenverband (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis – 3. Schweizerischer Notarenkongress, Muri bei Bern 2015, S. 133 ff. (zit. SPICKHOFF, Revisionsvorlage)

SPICKHOFF ANDREAS, Zur Zukunft des Notariats in Europa – aus deutscher Perspektive, Jusletter 28. Oktober 2013 (zit. SPICKHOFF, Zukunft)

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

WOLF STEPHAN, Zivilrechtliche Organisationsmöglichkeiten für das freiberufliche Notariat – Betrachtungen de lege lata, Gedanken de lege ferenda, in: Ruf Peter/Roland Pfäffli Roland (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Verband bernischer Notare, Langenthal 2003, S. 303 ff. (zit. WOLF, Organisationsmöglichkeiten)

WOLF STEPHAN/BICHSEL MARTIN, Vernehmlassung für das Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis der Universität Bern vom 19. März 2013 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Öffentliche Beurkundung)

WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO, Die Beurkundungsverfahren des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 63 ff.

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

WOLF STEPHAN/SETZ ANNA LEA, Die vollstreckbare öffentliche Urkunde, insbesondere aus der Sicht des Notariats, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung und Notariat, INR Band 11, Bern 2010, S. 55 ff.

WOLF STEPHAN/ZINGG SIMON, Zivil- und notariatsrechtliche Aspekte des Doppelverkaufs von Grundstücken, in: Bucher Eugen/Canaris Claus-Wilhelm/Honsell Heinrich/Koller Thomas (Hrsg.), Norm und Wirkung, Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern und München 2005, S. 707 ff.

\* Herrn BLaw Elias Mattmann, Hilfsassistent am Zivilistischen Seminar der Universität Bern, danke ich herzlich für die umfangreichen Abklärungen zu den kantonalen Notariatsrechten, die Zusammenstellung der kantonalen Rechtsgrundlagen, die Erstellung der Übersicht im Anhang und die Unterstützung bei der Ausarbeitung dieses Beitrages. Herrn MLaw Jonas Mangisch, Rechtsanwalt, Assistent am Zivilistischen Seminar der Universität Bern, danke ich für die Diskussionen zum Thema und die kritische Durchsicht des Beitrages.

## I. Einleitung

Die Schweiz verfügt heute über ein sehr gut funktionierendes Notariat. Diese einleitende Feststellung ist soweit ersichtlich nicht bestritten. Die Organisation des Notariates in der Schweiz beruht auf föderalistischer Grundlage, sie steht mithin in der Zuständigkeit der Kantone (vgl. Art. 55 SchlT ZGB bzw. so bereits gestützt auf die verfassungsrechtliche Ausgangslage<sup>1</sup>) und sie hat sich bewährt. Auch das ist eigentlich nicht bestritten. Dennoch sah sich das Notariat in der Schweiz in jüngerer Zeit mehrfach Rufen nach Revisionen und Veränderungen ausgesetzt. Diesbezüglich zu erwähnen sind namentlich der am 14. Dezember 2012 vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement in die Vernehmlassung geschickte Vorentwurf mit erläuterndem Bericht «Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Änderung betreffend öffentliche Beurkundung)»<sup>2</sup>, die beim Erlass der Verordnung über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen vom 26. Juni 2013 (VMD) erfolgte Aufnahme der Notare in den Anhang<sup>3</sup> und damit deren Unterstellung unter die Berufsqualifikationsrichtlinie 2005/36/EG sowie die Empfehlung der Wettbewerbskommission vom 23. September 2013 betreffend Freizügigkeit für Notare und öffentliche Urkunden<sup>4</sup>. Gegenüber allen drei Vorstössen<sup>5</sup> sind grundlegende und nicht widerlegte Vorbehalte erhoben worden, namentlich auch aus zentralen Überlegungen der Rechtssicherheit und der Qualitätssicherung im Bereiche der öffentlichen Beurkundung<sup>6</sup>.

1 Dazu ausführlich und m.w.H. RUF, Rz. 130 ff.; siehe weiter auch PIOTET, S. 114; WOLF/PFEUTI/MINNING, Rz. 9.

2 <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2012/2012-12-14/vm-ber-d.pdf>, zuletzt besucht am 16. Januar 2018. Der Ergebnisbericht zur Vernehmlassung findet sich auf [https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2245/Personen-Informationssystem\\_Ergebnisbericht\\_de.pdf](https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2245/Personen-Informationssystem_Ergebnisbericht_de.pdf), zuletzt besucht am 16. Januar 2018.

3 SR 935.033, Anhang 1, Ziff. 11.

4 Empfehlung 614-0002 der WEKO vom 23. September 2013 zuhanden der Kantone und des Bundesrats betreffend Freizügigkeit für Notare und öffentliche Urkunden, einsehbar unter <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/themen/binnenmarkt/praxis/marktzugang/weko.html>, zuletzt besucht am 16. Januar 2018.

5 PIOTET, revision, S. 81, spricht diesbezüglich von «Trois coups de tonnerre» für das Notariat in der Schweiz.

6 An dieser Stelle kann darauf nicht (nochmals) eingegangen werden. Es wird verwiesen auf die einschlägigen Vernehmlassungen und die Literatur; vgl. namentlich etwa: Schweizerischer Notarenverband, Vernehmlassung, passim; WOLF/BICHSEL, passim; WOLF/PFEUTI/MINNING, passim, m.w.H.; BRAZEROL, passim; SPICKHOFF, Zukunft, passim; LAIMER, passim; NUSPLIGER, passim; PIOTET, marché, S. 114 ff.; PRAFFLI/LIECHTI, Wettbewerbskommission; BRÜCKNER, Notariat, S. 226 ff.; PIOTET, revision, S. 133 ff.; PRAFFLI/LIECHTI, Freizügigkeitsabkommen; SPICKHOFF, Revisionsvorlage, S. 133 ff.; SCHMID JÜRIG, S. 595 ff.; Aargauische Notariatsgesellschaft, Argumente, S. 59 f.



Inhalt des Vorentwurfs des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 14. Dezember 2012 waren einerseits die Kodifikation bestimmter ungeschriebener bundesrechtlicher Vorschriften des Beurkundungsrechts und die Verankerung der Freizügigkeit der öffentlichen Urkunden auch für Grundstücksgeschäfte sowie andererseits die Normierung der elektronischen öffentlichen Beurkundung. Während gegen die Regelung der elektronischen öffentlichen Beurkundung jedenfalls dem Grundsatz nach keine Einwendungen anzubringen sind<sup>7</sup>, ist die vorgeschlagene Kodifikation bundesrechtlicher Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung weiterhin abzulehnen, denn dieser Teil der Vorlage entspricht weder einem Bedürfnis noch erweist er sich praktisch oder theoretisch als geeignet, zu mehr Rechtssicherheit und mehr Qualität im Notariat beizutragen<sup>8</sup>.

Ein Thema des diesjährigen Notariatskongresses bildet die *Frage der Vereinheitlichung des Notariatsprozesses* in der Schweiz. Die Thematik lässt sich nicht angehen, ohne dass die heute im Wesentlichen in den kantonalen Rechten geregelten Beurkundungsverfahren insgesamt betrachtet werden. Dementsprechend äussert sich der vorliegende Beitrag zu «den kantonalen Beurkundungsverfahren als Ausgangslage für einen bundesrechtlichen Notariatsprozess und zugleich zu den Schwierigkeiten einer Vereinheitlichung des materiellen Notariatsrechts». Der Titel mag etwas langatmig oder gar kompliziert erscheinen, er umschreibt aber präzise das, was an dieser Stelle dargestellt werden soll. Ziel ist es, eine «Standortbestimmung» zu gewinnen.

Nachfolgend ist zunächst der Begriff des Notariatsprozesses zu klären und dabei insbesondere die Abgrenzung zwischen formellem und materiellem Notariatsrecht vorzunehmen (II.). Danach ist eine Gliederung der verschiedenen Beurkundungsverfahren vorzunehmen (III.), und es ist einzugehen auf die kantonalen Beurkundungsverfahren, mit besonderer Berücksichtigung des Hauptverfahrens für Willenserklärungen (IV.). Es folgen ein vorläufiges Fazit zur Frage der Vereinheitlichung des Notariatsprozesses auf Bundesebene (V.), Ausführungen zu den Schwierigkeiten einer Vereinheitlichung des materiellen Notariatsrechts (VI.) und alsdann der Schluss (VII.).

## **II. Der Begriff des Notariatsprozesses, insbesondere die Abgrenzung zwischen formellem und materiellem Notariatsrecht**

Wenn die Frage nach einem bundesrechtlichen Notariatsprozess aufgeworfen wird, so ist zunächst zu klären, was unter dem Begriff des Notariatsprozesses zu verstehen ist.

<sup>7</sup> Offen bleibt etwa, ob es sich dabei wirklich um eine (verfassungsrechtlich) in die Zuständigkeit des Bundes fallende Aufgabe handelt.

<sup>8</sup> WOLF/PFEUT/MINNIG, Rz. 34 ff. Vgl. auch die Kritik bei SCHMID JÜRIG, S. 596 ff.; weiter die Literaturhinweise in Fn. 6 hievov.

Insbesondere ist in diesem Zusammenhang die – in der Notariatsrechtslehre feststehende – Abgrenzung zwischen formellem und materiellem Notariatsrecht vorzunehmen. Andernfalls bleibt von vornherein ungeklärt, was überhaupt Gegenstand einer allenfalls unter dem Titel «Der einheitliche Notariatsprozess in der Schweiz»<sup>9</sup> anzuvisierenden bundesrechtlichen Gesetzgebung sein soll.

Mit Notariatsprozess bezeichnet wird die *Gesamtheit der Vorschriften, welche die Herstellung einer öffentlichen Urkunde regeln*<sup>10</sup>. Der Notariatsprozess gehört als Teilbereich zum Notariatsrecht. Als formelles Notariatsrecht regelt es, «wie beurkundet wird»<sup>11</sup>. Der Notariatsprozess ist als formelles Notariatsrecht abzugrenzen vom materiellen Notariatsrecht. Dieses ordnet die Organisation des Notariats, die Voraussetzungen zur Berufszulassung als Notar, dessen Zuständigkeit, die notariellen Berufspflichten sowie die disziplinarische und vermögensrechtliche Verantwortlichkeit<sup>12</sup>.

Die begriffliche Unterscheidung zwischen formellem und materiellem Notariatsrecht ist nicht nur von theoretischer Natur. Auch wenn zwischen Notariatsprozessrecht und materiellem Notariatsrecht naturgemäss sehr enge Verknüpfungen bestehen<sup>13</sup>, ist die Unterscheidung auch praktisch zu beachten, namentlich dann, wenn eine inhaltliche Vereinheitlichung des Notariatsprozesses für die ganze Schweiz angestrebt werden soll. Bei der heutigen Ausgangslage wird eine Vereinheitlichung vorzugsweise – und so man sie denn wirklich anstreben will – strikte auf das formelle Notariatsrecht zu beschränken sein, d.h. auf den Notariatsprozess<sup>14</sup>. Ein Einbezug auch von Regelungsgegenständen des materiellen Notariatsrechts in eine bundesrechtliche Ordnung wird nicht sinnvoll realisiert werden können und im Ergebnis der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit abträglich sein. Gegenüber einem allfälligen Vorhaben der bundesrechtlichen Regelung auch von materiellem Notariatsrecht – etwa der Ausstandsgründe oder der Berufspflichten des Notars – wird man von Anfang an dieselben kritischen und letztlich zur Ablehnung führenden Überlegungen anstellen müssen wie seinerzeit gegenüber dem Vorschlag der Kodifikation von Mindestanforderungen im Vorentwurf vom 14. Dezember 2012<sup>15</sup>. Eine rechtssichere und für den Notar im Alltag praxistaugliche bundesrechtliche Ordnung von materiellem Notariatsrecht wäre nur und erst dann realisierbar,

---

9 So auszugsweise die Ankündigung des Themas auf der Einladung zum 4. Schweizerischen Notariatskongress: <https://www.notariatskongress.ch/index.php?id=2>, zuletzt besucht am 17. Januar 2018.

10 Siehe etwa MARTI, Notariatsprozess, S. 13 und 17; MOOSER, N. 579.

11 MARTI, Notariatsprozess, S. 19. Siehe auch SCHMID JÜRIG, S. 592, der das formelle Notariatsrecht umschreibt als «Verfahrensrecht über die Durchführung des Beurkundungsverfahrens und über die Ausstellung der öffentlichen Urkunde».

12 Grundlegend dazu MARTI, Notariatsprozess, S. 19: «Der Notariatsprozess ist ein Teil des Notariatsrechtes. Als formelles Notariatsrecht regelt es, wie beurkundet wird. Das materielle Notariatsrecht ordnet dagegen, wer beurkundet, seine Zuständigkeit, seine besonderen Pflichten und Rechte sowie seine disziplinarische und vermögensrechtliche Verantwortung.»

13 Siehe auch MARTI, Notariatsprozess, S. 19.

14 So diskussionsweise als Möglichkeit schon angedacht von Wolf und Bichsel, wiedergegeben bei NUSPLIGER, Rz. 22 f.

15 Dazu die Hinweise bei und in Fn. 6 hievore.

wenn vorab insbesondere der Bundesgesetzgeber mehrere grundlegende politische Entscheidungen zur Ausgestaltung des Notariats auf Bundesebene fällen würde. Darauf wird noch einzugehen sein<sup>16</sup>.

### III. Die Gliederung der Beurkundungsverfahren nach verschiedenen Kriterien, insbesondere nach dem Gegenstand der Beurkundung

#### A. Die bestehende Mehrheit von Beurkundungsverfahren und ihre Gliederung nach verschiedenen Kriterien

Wenn von Notariatsprozess gesprochen wird, ist zu präzisieren, dass es nicht einen Notariatsprozess gibt, sondern vielmehr eine *Mehrheit von Beurkundungsverfahren*. Die einzelnen Beurkundungsverfahren lassen sich anhand verschiedener Kriterien gliedern<sup>17</sup>, namentlich nach dem konkreten Beurkundungsgegenstand. Damit stellt sich zunächst die Frage, was Gegenstand der öffentlichen Beurkundung sein kann.

Die *Gegenstände der Beurkundung* lassen sich einteilen in rechtsgeschäftliche Willenserklärungen, prozessrechtliche Willenserklärungen<sup>18</sup>, Wissenserklärungen sowie in Vorgänge und Zustände<sup>19</sup>. Der Begriff der öffentlichen Beurkundung lässt sich dementsprechend heute für die Schweiz auch umschreiben als die Aufzeichnung von rechtsgeschäftlichen oder prozessrechtlichen Willenserklärungen, von Wissenserklärungen oder von rechtserheblichen Vorgängen und Zuständen durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betrauten, sachlich und örtlich zuständigen Urkundsperson, in der vom Staate geforderten Form und in dem dafür vorgesehenen Verfahren<sup>20</sup>.

Innerhalb der verschiedenen Gegenstände der Beurkundung ist die *Hauptunterscheidung* zwischen der Beurkundung von Willenserklärungen einerseits und derjenigen von Vorgängen und Zuständen andererseits vorzunehmen. Denn nur bei der *Beurkundung von Willenserklärungen* ist ein aktives Mitwirken der Urkundsparteien notwendig, welche im Urkundeninhalt ihren Willen wiedererkennen (Rekognition) und dazu ihre

16 VI. hienach.

17 Siehe auch RUF, Rz. 1290.

18 Dazu gehört allein die vollstreckbare öffentliche Urkunde nach Art. 347 ff. ZPO; zu deren Rechtsnatur ausführlich WOLF/SETZ, S. 77 ff.

19 Die letztere wird auch als Sach- oder Feststellungsbeurkundung bezeichnet.

20 Vgl. in diesem Sinne und in Anlehnung an BGE 99 II 159, 161, auch schon WOLF/SETZ, S. 110; weiter WOLF/PFEUTLI/MINNING, Rz. 12. Siehe sodann ebenfalls Art. 2 EÖBV: «Eine öffentliche Urkunde ist die Aufzeichnung rechtsgeschäftlicher oder prozessrechtlicher Erklärungen oder rechtserheblicher Tatsachen in einem Dokument durch eine dazu örtlich und sachlich zuständige Urkundsperson in einer vorgeschriebenen Form und in einem vorgeschriebenen Verfahren». Diese Umschreibung erweist sich insofern als unvollständig, als die Wissenserklärungen fehlen.

Genehmigung erteilen müssen. Im Rahmen der *Beurkundung von Vorgängen und Zuständen* ist dagegen keine Rekognition und keine Genehmigung des Urkundeninhaltes durch die Urkundsparteien vorgesehen<sup>21</sup>. Für die *vollstreckbare öffentliche Urkunde* ist entsprechend ihrem Gegenstand als prozessrechtliche Willenserklärung das Beurkundungsverfahren für Willenserklärungen anzuwenden<sup>22</sup>. Für die *Beurkundung von Wissenserklärungen* ihrerseits besteht kein eigenes Verfahren; sie werden entweder im Beurkundungsverfahren für Willenserklärungen<sup>23</sup> oder in demjenigen für Vorgänge und Zustände<sup>24</sup> beurkundet<sup>25</sup>.

Entsprechend den vielfältigen Gegenständen der öffentlichen Beurkundung bestehen im Einzelnen – wie einleitend in diesem Abschnitt bereits erwähnt – auch eine Mehrzahl von (kantonalen) Beurkundungsverfahren. Es gibt mithin nicht ein Beurkundungsverfahren, sondern deren viele. Die Beurkundungsverfahren lassen sich *nach verschiedenen Gesichtspunkten einteilen wie folgt*<sup>26</sup>:

- Nach der *Rechtsgrundlage*: Unterscheiden lassen sich kantonalrechtliche und bundesrechtliche Beurkundungsverfahren. In der Regel sind die Beurkundungsverfahren im *kantonalen Recht* geregelt. Als *bundesrechtlich geordnete Ausnahmen* bestehen das ZGB-Verfahren für die Verfügungen von Todes wegen und diesen gleichgestellte Rechtsgeschäfte sowie das OR-Verfahren für den Wechselprotest.
- Mit Blick auf den *Gegenstand der Beurkundung* ist – wie hievor bereits angesprochen – zu unterscheiden zwischen der Beurkundung von Willenserklärungen und der Beurkundung von Vorgängen und Zuständen. Wenn weder hinsichtlich einer Person oder des Gegenstandes der Beurkundung Besonderheiten bestehen, ist das ordentliche Verfahren anzuwenden<sup>27</sup>. Das ordentliche Verfahren ist mithin «das normale Verfahren»<sup>28</sup>.
- Nach den *Fähigkeiten der Urkundsparteien* ist für die Beurkundung von Willenserklärungen näher zu unterscheiden. In der Regel ist für Willenserklärungen das ordentliche Verfahren nach dem kantonalen Recht anzuwenden. Liegen demgegenüber in einer Person Besonderheiten vor, so ist ein ausserordentliches Beurkun-

---

21 Siehe zum Ganzen auch RUF, Rz. 1280.

22 Dazu näher WOLF/SETZ, S. 93 f.

23 So etwa die Erklärung hinsichtlich der Eigengüter eines Ehegatten im Ehevertrag oder in einem güterrechtlichen Inventar (Art. 195a ZGB); weiter als Variante der Unterschriftsbeglaubigung die Bestätigung der eigenen Unterschrift.

24 So als Variante der Unterschriftsbeglaubigung.

25 Zum Ganzen RUF, Rz. 476 f.

26 Vgl. zum Folgenden auch MOOSER, N. 579 ff.; RUF, Rz. 1290.

27 KNB-WOLF, N. 6 zu Art. 46 NV; RUF, Rz. 1282.

28 MARTI, Notariatsprozess, S. 74.

ungsverfahren einzuhalten<sup>29</sup>. Bei den Sachbeurkundungen bestehen dagegen keine ausserordentlichen Beurkundungsverfahren, weil keine Urkundsparteien formell am Verfahren mitwirken<sup>30</sup>.

- Für *einzelne besondere Gegenstände der Beurkundung* werden anstelle des ordentlichen Verfahrens besondere Verfahren vorgesehen<sup>31</sup>.
- Verschiedene kantonale Notariatsrechte verweisen für die Beurkundung von Willenserklärungen auch auf die *ZGB-Beurkundungsverfahren*. Danach kann die Beurkundung von Willenserklärungen ebenfalls in denjenigen Verfahren erfolgen, die das Bundesrecht für öffentliche letztwillige Verfügungen und Erbverträge vorsieht (so Art. 48 NV BE). Gestützt auf einen solchen Verweis kann jedes Rechtsgeschäft statt im entsprechenden kantonalrechtlich geordneten Verfahren auch im ZGB-Verfahren beurkundet werden. Die entsprechenden Bestimmungen des ZGB werden dabei zu *kantonaalem Recht*<sup>32</sup>. Die ZGB-Verfahren finden in diesem Fall also nicht als Bundesrecht in dessen zwingendem Anwendungsbereich – d.h. bei der Beurkundung der Verfügungen von Todes wegen, dem Vorsorgeauftrag (Art. 361 Abs. 1 ZGB; umstritten) sowie der Schenkung von Todes wegen (Art. 245 Abs. 2 OR) und dem Verpfändungsvertrag (Art. 522 Abs. 1 OR) – Verwendung, sondern vielmehr als kantonale Beurkundungsverfahren im freiwilligen Anwendungsbereich<sup>33</sup>. Der Grundsatz, wonach mit der Einhaltung der Vorschriften des ZGB-Beurkundungsverfahrens ebenfalls die Form der kantonalen Verfahren für die Beurkundung von Willenserklärungen gewahrt wird, gilt nach der Literatur auch dann, wenn das kantonale Recht keinen entsprechenden besonderen Verweis enthält, denn er folgt aus der allgemeinen Überlegung, dass die Einhaltung einer weitergehenden Formvorschrift immer auch eine weniger weit gehende Formvorschrift erfüllt<sup>34</sup>. Die Möglichkeit, Willenserklärungen fakultativ im ZGB-Verfahren zu beurkunden, ist namentlich dann von praktischer Bedeutung, wenn ein Rechtsgeschäft unter Lebenden mit einem solchen von Todes wegen zusammen beurkundet werden soll<sup>35</sup>, oder auch dann, wenn Unsicherheit darüber besteht, ob ein Rechtsgeschäft unter Lebenden oder ein solches von Todes wegen vorliegt<sup>36</sup>.

29 Vgl. KNB-WOLF, N. 6 f. zu Art. 46 NV; MARTI, Notariatsprozess, S. 75; RUF, Rz. 1284; MOOSER, N. 662.

30 RUF, Rz. 1289.

31 KNB-WOLF, N. 9 zu Art. 46 NV; MARTI, Notariatsprozess, S. 74 f.; RUF, Rz. 1284.

32 KNB-WOLF, N. 3 zu Art. 46 NV.

33 WOLF/GENNA, S. 65 f.

34 WOLF/GENNA, S. 66, m.H. auf HUBER, S. 252, und BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 2478.

35 Siehe KNB-WOLF, N. 2 zu Art. 46 NV.

36 SCHMID JÖRG, S. 8 f.

## **B. Die verschiedenen Beurkundungsverfahren im Überblick (auf der Grundlage des bernischen Notariatsrechts)<sup>37</sup>**

### **Die Beurkundungsverfahren im Überblick**

#### **I. Die Verfahren zur Beurkundung von Willenserklärungen**

##### **1. Die kantonalen Verfahren**

- 1.1. Ordentliches Verfahren (Art. 46 NV)
- 1.2. Ausserordentliche Verfahren (Art. 47 NV):  
Eine Urkundspartei:
  - a. versteht die Urkundssprache nicht hinreichend (Art. 47 Abs. 1 NV)
  - b. kann nicht hören (Art. 47 Abs. 2 NV)
  - c. kann weder lesen noch hören (Art. 47 Abs. 3 NV)
  - d. kann nicht unterzeichnen (Art. 47 Abs. 4 NV)
  - e. kann nicht unterzeichnen und nicht sprechen (Art. 47 Abs. 4 NV)
- 1.3. Besondere Verfahren:
  - a. Rechtsgeschäfte über kleine Grundstücke (Art. 49 NV)
  - b. Eidesstattliche Erklärung und Gelübde (Art. 50 NV)
- 1.4. Die ZGB-Verfahren als ergänzendes kantonales Recht (Art. 48 NV)

##### **2. Die ZGB-Verfahren**

- 2.1. Letztwillige Verfügung und Vorsorgeauftrag (Art. 361 Abs. 1 ZGB; umstritten), mit den Varianten
  - a. Selbstlesung (Art. 499-501 ZGB)
  - b. Vorlesung (Art. 499, 500 Abs. 1, 502 ZGB)
- 2.2. Erbvertrag (Art. 512 ZGB), Schenkung auf den Todesfall (Art. 245 Abs. 2 OR) und Verpfändungsvertrag (Art. 522 OR), mit den Varianten
  - a. Selbstlesung
  - b. Vorlesung

#### **II. Die Verfahren der Sachbeurkundungen**

##### **1. Die kantonalen Verfahren**

- 1.1. Allgemeines (Vorgänge und Zustände, Art. 51-53 NV)
- 1.2. Besonders geordnete Beurkundung bestimmter Vorgänge und Zustände
  - a. Versammlungsbeschlüsse (Art. 54 NV)
  - b. Inventar
    - aa. Nachlass-Inventare (InvV, Art. 55 NV)
    - bb. Übrige Inventare (Art. 55 NV)
  - c. Eröffnung von Verfügungen von Todes wegen (Art. 56-58 NV)
  - d. Versteigerungen (Art. 59-61 NV)
  - e. Beglaubigungen
    - aa. von Unterschriften (Art. 62 NV)
    - bb. von Kopien und Abschriften (Art. 63 NV)
    - bb. des Datums (Art. 64 NV)

##### **2. Das OR-Verfahren**

- 2.1. Wechselprotest (Art. 1036 OR)

<sup>37</sup> Die Übersicht basiert auf der Unterlage aus der Vorlesung Bernisches Notariatsrecht an der Universität Bern, zuletzt verwendet im Herbstsemester 2017; vgl. dazu auch bereits die Übersicht bei Ruf, S. 336 f., Vorbemerkungen zu § 30: Die Beurkundungsverfahren.

### **C. Bedeutung der Unterschiede der verschiedenen Beurkundungsverfahren**

Unabhängig vom einzelnen konkret anwendbaren Beurkundungsverfahren wickelt sich der Notariatsprozess im Allgemeinen in grundsätzlich gleichen oder jedenfalls zumindest vergleichbaren Schritten ab<sup>38</sup>. Die Unterschiede der einzelnen Beurkundungsverfahren wirken sich vor allem im Hauptverfahren aus. Weitere, eher untergeordnete Verschiedenheiten lassen sich für die Legitimation zur Rogation und das Vorbereitungsverfahren erkennen<sup>39</sup>.

### **D. Zur Wahl des Beurkundungsverfahrens**

Je nach konkretem Beurkundungsgegenstand und konkret vorliegender Beurkundungssituation besteht keinerlei Wahlmöglichkeit, welches Beurkundungsverfahren einzuhalten ist. So sind namentlich Verfügungen von Todes wegen selbstverständlich zwingend im ZGB-Verfahren zu beurkunden. Innerhalb der ZGB-Verfahren besteht dagegen grundsätzlich – und namentlich wenn alle Urkundsparteien die entsprechenden, für Rekognition und Genehmigung erforderlichen Fähigkeiten aufweisen – wiederum die Wahl zwischen den Varianten der Selbstlesung (Art. 499-501 ZGB) und der Vorlesung (Art. 499, 500 Abs. 1, 502 ZGB).

Sofern im einzelnen Fall eine Wahl zwischen mehreren Beurkundungsverfahren rechtlich und tatsächlich möglich ist, so ist die Wahl letztlich grundsätzlich durch die Urkundsparteien zu treffen. Allerdings hat der Notar die Parteien aufgrund seiner Rechtsbelehrungspflicht auf die Vor- und Nachteile der verschiedenen, konkret in Betracht fallenden Verfahren hinzuweisen<sup>40</sup>.

### **E. Der Ablauf des Notariatsprozesses im Allgemeinen**

Trotz der im Einzelnen je nach Beurkundungsgegenstand, Fähigkeiten der Parteien und anderen Gründen unterschiedlich ausgestalteten Notariatsprozesse bestehen diese aus mehreren Verfahrensabschnitten, die in ihrer Reihenfolge nicht umkehrbar sind und

---

38 Dazu III.E. und näher IV. hienach.

39 MARTI, Notariatsprozess, S. 74, mit Fn. 1.

40 Zum Ganzen schon WOLF/GENNA, S. 66, Fn. 9.

mithin allgemeine Geltung aufweisen. Dementsprechend wickelt sich der Ablauf des Notariatsprozesses im Allgemeinen in den folgenden *Verfahrensstadien* ab<sup>41</sup> <sup>42</sup>:

1. Die Rogation;
2. das Prüfungsverfahren;
3. das Vorbereitungsverfahren;
4. das Hauptverfahren;
5. das Vollzugsverfahren.

Die entsprechenden Verfahrensabschnitte kommen in vergleichbarer Weise auch in anderen rechtlichen Verfahren – wie dem Zivilprozess oder dem Verwaltungsprozess – vor<sup>43</sup>. Auf die erwähnten einzelnen Verfahrensstadien wird anhand der kantonalen Beurkundungsverfahren sogleich<sup>44</sup> noch näher eingegangen werden.

## **IV. Die kantonalen Beurkundungsverfahren, mit besonderer Berücksichtigung des Hauptverfahrens für Willenserklärungen**

### **A. Vorbemerkungen**

Nachfolgend sind die kantonalen Beurkundungsverfahren überblicksartig darzustellen. Besonders berücksichtigt wird dabei das Hauptverfahren für Willenserklärungen.

---

41 Vgl. dazu und zum Folgenden insgesamt auch MARTI, Notariatsprozess, S. 19; RUF, Rz. 1267 ff.; WOLF/GENNA, S. 67 f.

42 Im Einzelnen ist die Terminologie nicht einheitlich. So wird statt von Vorbereitungs- auch kurz von Vorverfahren, oder statt vom Vollzugs- vom Nachverfahren gesprochen; vgl. MARTI, Notariatsprozess, S. 19; MOOSER, N. 585; BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 144.

43 Siehe auch MARTI, Notariatsprozess, S. 19.

44 IV.



## B. Die kantonalen Beurkundungsverfahren in ihren einzelnen Schritten

### 1. Die Rogation

Jedes Verfahren auf Errichtung einer öffentlichen Urkunde beginnt mit einem *Beurkundungsbegehren*. Das entsprechende Gesuch einer dazu legitimierten Person um Vornahme einer öffentlichen Beurkundung durch eine Urkundsperson wird notariatsrechtlich als Rogation bezeichnet<sup>45</sup>. Der Notar errichtet nur dann eine öffentliche Urkunde, wenn er darum ersucht wird<sup>46</sup>. So hält etwa Art. 32 Abs. 1 NV BE fest, dass der Notar eine öffentliche Urkunde auf Begehren einer Person oder auf Verfügung einer zuständigen Behörde hin errichtet.

Viele kantonale Notariatsrechte erwähnen die Rogation nicht. Das überrascht, handelt es sich doch dabei um «die notwendige verfahrensrechtliche Voraussetzung für die Errichtung einer öffentlichen Urkunde»<sup>47</sup>. Ausdrücklich geregelt wird die Rogation – soweit ersichtlich – nur in den Kantonen Bern<sup>48</sup> und Jura<sup>49</sup>. Dass ein Beurkundungsverfahren durch Begehren der Urkundspartei(en) eingeleitet wird, gilt aber auch ohne ausdrückliche gesetzliche Normierung als feststehender Grundsatz in jedem (kantonalen) Beurkundungsrecht<sup>50</sup>. So wird denn auch in einzelnen Beurkundungsvorschriften verschiedener Kantone jedenfalls indirekt eine Rogation vorausgesetzt, indem ausdrücklich vom Vorliegen eines Begehrens des Klienten ausgegangen wird<sup>51</sup>. Die auch in diesen Kantonen notwendige Regelung der Rogation muss aus deren Zweck und dem jeweiligen Sachzusammenhang abgeleitet werden<sup>52</sup>.

Die Rogation ist eine Gültigkeitsvoraussetzung für die Entstehung der öffentlichen Urkunde<sup>53</sup>. «Schildert der Notar Tatsachen, Vorgänge, Willenserklärungen, ohne rogiert worden zu sein, so bereichert er die Welt um eine mehr oder weniger schöne stilistische

45 KNB-WOLF, N. 1 u Art. 32 NV, m.w.H.

46 Vgl. auch MOOSER, N. 583.

47 So bereits MARTI, Notariatsprozess, S. 83.

48 Art. 32 NV BE.

49 Art. 14 DELN JU.

50 Siehe auch MOOSER, N. 592.

51 Vgl. nur etwa: § 29 Abs. 2 NG ZH, wo für die Gebührenschuld eine Solidarhaftung statuiert wird, wenn das Begehren von mehreren Personen ausgeht; § 43 Abs. 1 NV ZH betreffend abzulehnende Beurkundungsbegehren; § 20 Abs. 1 und 2 BeurkG LU bezüglich der Urkundstätigkeit und Urkundspflicht; § 2 BeurkG SZ betreffend Beurkundungspflicht und Ablehnung eines Urkundsbegehrens; Art. 23 BeurkG AG bezüglich Urkundspflicht.

52 Vgl. schon MARTI, Notariatsprozess, S. 83 und 88.

53 MARTI, Notariatsprozess, S. 83 und 88, mit Hinweis auf die ausdrücklichen Ordnungen der Kantone Bern, Luzern und Jura; MARTI, N. 6 zu Art. 21 NG, mit dem ergänzenden Hinweis, wonach es keine Beurkundung von Amtes wegen gibt; für Luzern SIDLER, N. 1 zu § 20 BeurkG; sodann für Bern näher KNB-WOLF/PRAMMATTER, N. 6 zu Art. 24 NG, und KNB-WOLF, N. 4 zu Art. 32 NV, je m.w.H.; weiter auch RUF, Rz. 1352. Die Qualifikation der Rogation als Gültigkeitsvorschrift aus ihrer Sicht ablehnend: MOOSER, N. 592, der freilich einräumt, es sei schwierig, sich Fälle der Beurkundung von Willenserklärungen ohne Vorliegen einer Rogation vorzustellen; BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 1556 ff.

Übung, nicht um eine öffentliche Urkunde.»<sup>54</sup>. Der Qualifikation der Rogation als Gültigkeitsvorschrift ist aus mehreren Gründen zuzustimmen. Einmal lässt sich nicht vertreten, dass ohne oder gar gegen den Willen der legitimierten Personen eine öffentliche Urkunde entstehen können soll. Die Auffassung betont mithin besonders die wichtige Stellung der Klienten oder allenfalls – etwa nach der bernischen Ordnung beim Erbschaftsinventar (Art. 553 ZGB) oder beim Steuerinventar – der zuständigen Behörde, die bei Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses zur Erhebung der Rogation legitimiert sind. Es wird damit unterstrichen, dass das Beurkundungsverfahren – wie andere rechtliche Verfahren auch, etwa ein Zivilprozess, der zu einem rechtskräftigen Urteil führt – nicht ohne Antrag eines daran Interessierten in Gang gesetzt werden und zur Errichtung einer öffentlichen Urkunde mit all ihren Wirkungen führen kann. Die Rogation ist dabei in einem weiten Sinne zu verstehen; sie ist formfrei und auch konkludent möglich, namentlich durch Teilnahme am Beurkundungsverfahren (Art. 32 Abs. 2 NV BE)<sup>55</sup>. In zeitlicher Hinsicht muss die Rogation spätestens zu Beginn des Hauptverfahrens vorliegen und sie kann bis zu dessen Abschluss jederzeit wiederum zurückgezogen werden<sup>56</sup>. So verstanden, ergeben sich keinerlei Schwierigkeiten mit dem zutreffenden Verständnis der Rogation als Gültigkeitsvoraussetzung der öffentlichen Urkunde<sup>57</sup>. Die Rogation ist von vornherein «die notwendige verfahrensrechtliche Voraussetzung für die Errichtung einer öffentlichen Urkunde»<sup>58</sup>. Und auch mit Blick auf ihre Wirkungen<sup>59</sup> ist ein Verständnis der Rogation als Gültigkeitsvoraussetzung zutreffend.

## 2. Das Prüfungsverfahren

Die Rogation begründet das öffentlich-rechtliche Verhältnis zwischen dem Klienten und dem Notar. Im Anschluss daran erfolgt im Beurkundungsverfahren wie bei jedem Verfahren zur Anwendung von materiellem Recht ein Prüfungsverfahren. Der Notar hat dabei zu prüfen, ob er auf die Rogation eintreten und ihr Folge leisten darf<sup>60</sup>.

Das Prüfungsverfahren hat somit die Frage zu beantworten, ob der rogierte Notar im konkreten Fall die Beurkundung vornehmen darf<sup>61</sup>. Dafür sind im Einzelnen folgende Elemente zu prüfen<sup>62</sup>:

---

54 FLÜCKIGER P., Das Verurkundungsverfahren, in: Notar und Recht, Festschrift des Verbandes bernischer Notare, 1953, S. 53, zitiert nach MARTI, Notariatsprozess, S. 88, Fn. 1.

55 Vgl. zum Ganzen auch KNB-WOLF, N. 4 zu Art. 32 NV.

56 MARTI, Notariatsprozess, S. 86; KNB-WOLF, N. 12 zu Art. 32 NV, m.w.H.

57 So im Ergebnis auch die Beurteilung bei MOOSER, N. 592.

58 So MARTI, Notariatsprozess, S. 83, und dazu auch schon bei Fn. 47 hievor.

59 MARTI, Notariatsprozess, S. 88 ff.

60 Zum Ganzen RUF, Rz. 1357; MARTI, Notariatsprozess, S. 91; vgl. auch CARLEN, S. 90.

61 RUF, Rz. 1358.

62 Zum Folgenden insgesamt MARTI, Notariatsprozess, S. 92 ff.; RUF, Rz. 1359.

- Die *sachliche Zuständigkeit*;
- die *örtliche Zuständigkeit*;
- die *wirksame Rogation*; dabei zu prüfen sind namentlich *Identität und Handlungsfähigkeit der Urkundsparteien* und ein allfälliges *Vertretungsverhältnis*<sup>63</sup> sowie das *schutzwürdige Interesse* des Gesuchstellers an der Beurkundung;
- die *Ablehnungs- und Ausstandsgründe*; diese gehören nicht zum Notariatsprozess, sondern stellen materielles Notariatsrecht dar<sup>64</sup>, sie sind aber hier im Rahmen des Verfahrens zu prüfen;
- der *Inhalt* der angebehrten Beurkundung darf *nicht qualifiziert unzulässig* sein, d.h. er darf nicht offensichtlich (rechtlich oder tatsächlich) unmöglich, rechts- oder sittenwidrig sein;
- am Beurkundungsverfahren darf keine *qualifiziert unfähige Person* mitwirken, d.h. keine offensichtlich nicht urteilsfähige Person.

Die im Prüfungsverfahren vorzunehmenden Abklärungen ergeben sich aus im Einzelnen *verschiedenen Grundlagen*. Teils handelt es sich um Vorgaben des materiellen Bundesprivatrechts, so namentlich das Verbot, Beurkundungen mit offensichtlich rechts- oder sittenwidrigem Inhalt vorzunehmen; teils sind es Anforderungen insbesondere aus dem kantonalen materiellen Notariatsrecht, so etwa die zu beachtende Regelung der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit sowie die Ablehnungs- bzw. Ausstandsgründe.

Die vorstehende Auflistung der einzelnen Voraussetzungen bedeutet nicht, dass der Notar die Prüfung in dieser Reihenfolge vorzunehmen hat. Im konkreten Fall werden stets einzelne Voraussetzungen offensichtlich vorliegen, während dies bei anderen zweifelhaft sein kann. Vorzugsweise sind zweifelhafte Voraussetzungen vorab zu prüfen; denn fehlt eine, so erübrigt sich alsdann die Prüfung der weiteren Erfordernisse für die Durchführung des Beurkundungsverfahrens<sup>65</sup>.

Stellt der Notar im Prüfungsverfahren einen Hinderungsgrund für die Vornahme der Beurkundung fest, so hat er die Urkundspartei darüber unverzüglich zu orientieren und aufgrund seiner Rechtsbelehrungspflicht zu informieren, was sie gegebenenfalls tun

---

63 Diese Prüfung fällt auch in die Phase des Vorbereitungsverfahrens; dazu RUF, Rz. 1359.

64 Dazu näher II. hievor.

65 MARTI, Notariatsprozess, S. 92.

kann<sup>66</sup>. Liegt dagegen kein Hindernis für die Beurkundung vor, so hat der Notar das Vorbereitungsverfahren an die Hand zu nehmen<sup>67</sup>.

### 3. Das Vorbereitungsverfahren

Das Vorbereitungsverfahren umfasst die Tätigkeiten des Notars nach dem Prüfungsverfahren bis zum Beginn des Hauptverfahrens<sup>68</sup>. Dieses Verfahrensstadium dient der *Ermittlung des Sachverhaltes*. Es stellt insofern den wichtigsten Abschnitt des Notariatsprozesses dar, weil es aufgrund der erfolgten Sachverhaltsabklärung den Inhalt und damit letztlich auch die Qualität der zu errichtenden öffentlichen Urkunde bestimmt<sup>69</sup>.

Die verschiedenen im Vorbereitungsverfahren vorzunehmenden Abklärungen und Vorgehen des Notars sind dabei je nach der im Einzelfall gegebenen Situation sehr vielfältig und können sich je nach der mit dem konkreten Beurkundungsgegenstand verbundenen Problemlage auch wesentlich unterscheiden. Dementsprechend finden sich in den notariatsrechtlichen Erlassen auch nur knappe, auf einzelne Verrichtungen des Notars beschränkte Regelungen des Vorverfahrens. Das ist aber kein Mangel, sondern vielmehr zutreffender Ausdruck der erwähnten, je nach Einzelfall *sehr vielfältigen und unterschiedlichen Aufgaben* des Notars im Vorverfahren. Insofern muss der Entscheid, was im konkreten Fall alles abzuklären und vorzunehmen ist, naturgemäss der Verantwortung des Notars überlassen werden<sup>70</sup>.

Immerhin finden sich in den Notariatsrechtserlassen für das Vorbereitungsverfahren doch einige Bestimmungen. Es handelt sich dabei vorwiegend um solche allgemeiner Art.

Generell hat der Notar im Vorbereitungsverfahren die *Prüfung der Identität sowie der Handlungsfähigkeit der Urkundsparteien* vorzunehmen<sup>71</sup>, sofern das nicht bereits im Prüfungsverfahren erfolgt ist<sup>72</sup>. Handelt die Urkundspartei für einen Dritten, so ist das Vorliegen eines wirksamen *Vertretungsverhältnisses* zu prüfen<sup>73</sup>. Bedarf die Beurkundung des Beizuges von *Nebenpersonen* – Übersetzer, Sachverständige, Schätzer –, so ist auch deren Identität und Mitwirkungsbefugnis zu prüfen<sup>74</sup>.

---

66 MARTI, Notariatsprozess, S. 96; MOOSER, N. 595.

67 MARTI, Notariatsprozess, S. 95.

68 RUF, Rz. 1362.

69 MARTI, Notariatsprozess, S. 98; vgl. auch RUF, Rz. 1379, und MOOSER, N. 597.

70 Zum Ganzen schon MARTI, Notariatsprozess, S. 97. Siehe auch MOOSER, N. 598, wonach eine Aufzählung der einzelnen im Vorbereitungsverfahren zu treffenden Massnahmen unmöglich ist.

71 RUF, Rz. 1375; näher KNB-WOLF, N. 1 ff. zu Art. 43 NV.

72 Siehe dazu MARTI, Notariatsprozess, S. 92 f.

73 MARTI, Notariatsprozess, S. 92 f.; RUF, Rz. 1375 und 1405 ff.; KNB-WOLF, N. 18 ff. zu Art. 43 NV.

74 So Art. 43 Abs. 3 NV BE; dazu KNB-WOLF, N. 23 f. zu Art. 43 NV.

In jedem Kanton ist die Urkundsperson verpflichtet, vor jeder Beurkundung die Identität der beteiligten Parteien zu überprüfen. Die meisten Kantone verlangen zudem auch eine Überprüfung der Handlungs- und Rechtsfähigkeit der Parteien sowie bei der Beteiligung allfälliger Vertreter eine Überprüfung von deren Vertretungsbefugnis<sup>75</sup>. In manchen kantonalen Rechten wird dem Notar eine besondere Identitätsprüfungspflicht dann erlassen, wenn er die Person persönlich kennt<sup>76</sup>.

Im Rahmen der *Beurkundung von Willenserklärungen* ist im Vorbereitungsverfahren sodann die *Ermittlung des Parteiwillens* eine zentrale Aufgabe des Notars<sup>77</sup>. Die kantonalen Erlasse verlangen denn auch regelmässig, dass der Notar den Willen der Partei(en) sorgfältig abklärt<sup>78</sup>. Hand in Hand mit der Ermittlung des Parteiwillens hat die *Rechtsbelehrung* durch den Notar zu erfolgen. Die rechtliche Belehrung gehört hauptsächlich ins Vorverfahren, weil bereits der durch sie geklärte Parteiwille in den Entwurf der Urschrift Eingang finden soll. Nicht ausgeschlossen ist freilich, dass auch im Hauptverfahren noch eine Rechtsbelehrung erfolgt<sup>79</sup>. Im Vorbereitungsverfahren notwendig sind sodann regelmässig *Abklärungen, Nachforschungen, der Beizug von Akten*, weiter allenfalls ein *Augenschein*, die *Einholung von Zustimmungen oder Bewilligungen* und die *Bereitstellung von Nebenpersonen*<sup>80</sup>.

Bei der *Beurkundung von Vorgängen und Zuständen* hat der Notar allgemein die nötigen Vorbereitungen zu treffen, um eine einwandfreie Feststellung zu gewährleisten<sup>81</sup>.

75 Zum Ganzen: ZH: §. 13 ff. NV ZH und §. 239 Abs. 1 EGZGB ZH; BE: Art. 43 Abs. 1 NV BE; LU: § 25 f. BeurkG LU; UR: Art. 11 Abs. 2 NV UR; SZ: § 3 Abs. 2 BeurkG SZ; OW: Art. 17 BeurkG OW; NW: § 22 f. BeurkV NW; GL: Art. 6 Abs. 2 BeurkG GL; ZG: § 13 Abs. 1 BeurkG ZG; FR: Art. 10 NV FR; SO: § 16 Abs. 1 und 18 Abs. 1 NV SO; BS: § 30 NG BS; BL: § 18 Abs. 1 NG BL; SH: Art. 25 Abs. 2 EGZGB SH; AR: Art. 5 Abs. 1 BeurkG AR; AI: Art. 4 Abs. 2 BeurkV AI; SG: Art. 18 Abs. 2 EGZGB SG; GR: Art. 27 Abs. 2 und Art. 32 NV GR; AG: § 45 Abs. 1 BeurkG AG und § 31 f. BeurkV AG; TG: § 24 EGZGB TG; TI: Art. 35 und 39 ff. LN TI; VD: Art. 39 Abs. 2 LN VD; VS: Art. 37 Abs. 2 lit. a-c NG VS; NE: Art. 54 Abs. 2 LN NE; GE: Art. 14 LN GE; JU: Art. 17 DELN JU.

76 So u.a. § 13 Abs. 2 NV ZH, Art. 43 Abs. 2 NV BE; § 25 Abs. 1 BeurkG LU; Art. 35 LN TI.

77 Vgl. auch RUF, Rz. 1376, m.w.H., wonach die Ermittlung des Parteiwillens zweifellos eine der wichtigsten Aufgaben des Notars darstellt.

78 Vgl. etwa § 18 Abs. 1 NV ZH; Art. 34 Abs. 1 NG BE; § 28 Abs. 2 BeurkG LU. Siehe auch MARTI, Notariatsprozess, S. 101.

79 Zum Ganzen MARTI, Notariatsprozess, S. 100 f.

80 Näher zu alledem MARTI, Notariatsprozess, S. 102 f.; vgl. auch MOOSER, N. 598, mit einer Liste möglicher Vorkehren.

81 So Art. 51 Abs. 2 NV BE.

Am Schluss des Vorbereitungsverfahrens liegt der *Entwurf der Urschrift* vor, also das Dokument, welches die Grundlage für das nachfolgende Hauptverfahren bildet<sup>82</sup>.

#### **4. Das Hauptverfahren**

##### **a. Allgemeines**

Das Hauptverfahren bildet das eigentliche *Kernstück des Beurkundungsverfahrens*<sup>83</sup>. Der im Vorbereitungsverfahren erstellte Entwurf der Urschrift wird im Hauptverfahren zur Urschrift, mithin entsteht im Hauptverfahren die öffentliche Urkunde<sup>84</sup>.

Im Einzelnen ist das Hauptverfahren für die Beurkundung von Willenserklärungen und dasjenige für die Feststellungsurkunden zu unterscheiden<sup>85</sup>.

##### **b. Willenserklärungen**

###### **aa. Allgemeines**

Im Hauptverfahren bei der Beurkundung von Willenserklärungen haben die Parteien in der vorgeschriebenen Weise im Inhalt der Urkunde *ihren Willen wiederzuerkennen* (sog. Rekognition) und diesen *Urkundeninhalt zu genehmigen*<sup>86 87</sup>.

Innerhalb des Hauptverfahrens für Willenserklärungen sind – wie hievor schon dargelegt<sup>88</sup> – das ordentliche Verfahren und die ausserordentlichen Verfahren sowie die besonderen Verfahren zu unterscheiden. Allgemein gliedert sich das Hauptverfahren für

---

82 MARTI, Notariatsprozess, S. 103.

83 RUF, Rz. 1419; MARTI, N. 3 zu Art. 11 ND.

84 MARTI, Notariatsprozess, S. 105.

85 Im Anhang findet sich eine tabellarische Zusammenstellung der für das Hauptverfahren bei Willenserklärungen und Sachbeurkundungen massgebenden Bestimmungen aus den kantonalen Rechten.

86 Vgl. etwa Art. 46 Abs. 1 und 3 NV BE.

87 Dazu auch KNB-WOLF, N. 3 zu Art. 46 NV, m.w.H.; weiter schon MARTI, Notariatsprozess, S. 106.

88 III.A. und B.

Willenserklärungen in die zwei Schritte der *Rekognition* (Wiedererkennen des Willens im Urkundeninhalt durch die Parteien) und der *Genehmigung*<sup>89 90</sup>.

## bb. Insbesondere das ordentliche Verfahren

### aaa. Vorbemerkung

Das ordentliche Verfahren für die Beurkundung von Willenserklärungen weist nach den Regelungen der meisten Kantone einen grundsätzlich vergleichbaren Ablauf auf.

### bbb. Rekognition durch Vorlesung oder Selbstlesung

Hinsichtlich der Rekognition muss der Notar entweder die Urkunde den Parteien *vorlesen* (Vorlesung<sup>91</sup>) oder er muss die Urkunde von den Parteien in seiner Gegenwart *selber lesen* lassen (Selbstlesung<sup>92</sup>)<sup>93</sup>. Nach mehreren kantonalen Rechten bildet indessen grundsätzlich alleine die Vorlesung der Urkunde durch den Notar das ordentliche Verfahren<sup>94</sup>. Die Selbstlesung der Urkunde durch die Parteien in Anwesenheit des Notars wird in diesen kantonalen Beurkundungsverfahren entweder nur für bestimmte Rechtsgeschäfte<sup>95</sup> oder gar nicht zugelassen. Immerhin besteht nach mehreren kantonalen Notariatsrechten explizit die Möglichkeit, das ZGB-Verfahren (Art. 498 ff. ZGB) als ergänzendes kantonales Verfahren<sup>96</sup> anzuwenden<sup>97 98</sup>, so dass insofern die Variante der Selbstlesung für alle Willenserklärungen besteht, wobei freilich Zeugen beizuziehen sind.

89 Haben Nebenpersonen mitzuwirken, so kommen die entsprechenden weiteren Verfahrensschritte hinzu, wie Übersetzung des Textes der Urkunde oder Mitwirkung der Zeugen; vgl. MARTI, Notariatsprozess, S. 108.

90 Zum Ganzen auch MARTI, Notariatsprozess, S. 107 f.; siehe auch RUF, Rz. 1419; MOOSER, N. 635 ff.

91 Zur Vorlesung näher MARTI, Notariatsprozess, S. 111 ff.; BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 1905 f.; RUF, Rz. 1430 ff.; MOOSER, N. 635 ff.

92 Zur Selbstlesung näher MARTI, Notariatsprozess, S. 114 f.; BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 1907 ff.; MOOSER, N. 643 ff.

93 ZH: § 25 NV ZH und § 240 Abs. 1 EGZGB ZH; SZ: § 11 Abs. 1 BeurkG SZ; OW: Art. 20 Abs. 1 BeurkG OW; GL: Art. 14 Abs. 1 BeurkG GL; ZG: § 16 Abs. 1 BeurkG ZG; FR: Art. 60 Abs. 1 und 2 NG FR; SO: § 14 Abs. 2 EGZGB SO und § 30 Abs. 2 NV SO; BS: § 33 Abs. 1 NG BS; BL: § 22 Abs. 1 NG BL; AR: Art. 12 Abs. 1 BeurkG AR; AI: Art. 7 Abs. 1 BeurkV AI (Parteien müssen ausdrücklich auf das Vorlesen durch Notar verzichten); SG: Art. 20 Abs. 1 EGZGB SG; GR: Art. 33 Abs. 1 NG GR; AG: § 52 Abs. 1 BeurkG AG; TG: § 26 Abs. 1 EGZGB TG; TI: Art. 34 Abs. 2 LN; VS: Art. 90 Abs. 1 NG VS; NE: Art. 72 Abs. 1 LN NE; GE: Art. 16 LN GE.

94 BE: Art. 46 Abs. 1 NV BE, mit Ausnahmen in Art. 46 Abs. 2 NV; LU: § 37 Abs. 1 lit. a BeurkG LU, mit Ausnahmen in § 33a f. BeurkV LU; UR: Art. 26 Abs. 1 NV UR; NW: § 27 Abs. 1 BeurkV NW, mit Ausnahmen in Abs. 2; VD: Art. 58 Abs. 2 LN VD; JU: Art. 36 Abs. 1 LN JU.

95 So namentlich die Regelung des Kantons Bern, wonach bei Bürgschaften, Bürgschaftsversprechen und den besonderen Vollmachten zur Eingehung einer Bürgschaft (Art. 493 Abs. 2 und 6 OR) die Notarin anstelle der Vorlesung die Urkunde der Urkundspartei zum Lesen geben kann. Die Urkundspartei hat die Urkunde in Gegenwart der Notarin zu lesen, welche sich davon überzeugt, dass die Urkundspartei die Urkunde liest (Art. 46 Abs. 2 NV BE).

96 Zu dieser Alternative bereits III.A. und B. hievor.

97 So ausdrücklich für Bern Art. 48 NV sowie § 39 BeurkG für Luzern.

98 Diese Alternative besteht nach der Lehre auch ohne besondere Rechtsgrundlage im kantonalen Recht; dazu bereits III.A. und B. hievor.

Die Vorlesung der Urkunde durch den Notar bildet allgemein die Regel<sup>99</sup>. Die Selbstlesung weist zwar grundsätzlich den Vorteil auf, dass der Mensch einen Text oftmals leichter aufnehmen kann, wenn er ihn selber liest und damit direkt aufnimmt, als wenn er ihm vorgelesen wird und er ihn damit indirekt aufnimmt<sup>100</sup>. Allerdings hat die Selbstlesung den Nachteil, dass die Urkundspartei den Text der Urkunde allenfalls nur oberflächlich liest und ihre Aufmerksamkeit nicht denjenigen Punkten widmet, die besonders der Erläuterung durch den Notar bedürften<sup>101</sup>. Der Notar seinerseits hat bei der Selbstlesung nicht mehr die Möglichkeit einer letzten Kontrolle des Textes, während er beim langsamen Vorlesen noch eine Unstimmigkeit oder eine Lücke ausmachen kann<sup>102</sup>. Im Rahmen der Vorlesung lässt sich der in der persönlichen Aufnahme des Textes durch die Parteien bestehende Vorteil der Selbstlesung dadurch ebenfalls zunutze machen, dass den Parteien vor der Beurkundung die Gelegenheit gegeben wird, einen Entwurf der Urkunde selber – allenfalls zu Hause und in aller Ruhe – zu lesen<sup>103</sup>; ebenso kann den Parteien vor Beginn des Hauptverfahrens eine Kopie des Textes abgegeben werden, so dass sie diesen parallel zur Vorlesung durch den Notar auch selber lesen können<sup>104</sup>. Ein solches Vorgehen verstößt nicht gegen den Grundsatz der Einheit des Aktes<sup>105</sup>. Insgesamt entspricht die Vorlesung durch den Notar am besten den Zwecken der öffentlichen Beurkundung und hat auch heute ihre volle Berechtigung<sup>106</sup>.

Bei der Abwägung zwischen Vorlesung und Selbstlesung ist ergänzend auch ein Hinweis auf die in Diskussion befindliche Frage der Einführung der Variante der Herstellung der Urschrift auf elektronischem Wege anzubringen. Das Hauptverfahren besteht – wie schon dargelegt<sup>107</sup> – aus den Schritten der Rekognition und der Genehmigung des Urkundeninhaltes. Soll die Urschrift künftighin auch in elektronischer Form erstellt werden können, so hat die Rekognition anhand des auf dem Bildschirm sichtbaren, unverwechselbaren elektronischen Entwurfs der Urkunde stattzufinden. Das ist zwingend, denn die Rekognition und die Genehmigung müssen sich auf diejenige Urkunde beziehen, welche alsdann zur Urschrift wird. Deshalb wäre es unzulässig, das Hauptverfahren für eine in elektronischer Form zu errichtende Urschrift auf der Grundlage eines Ausdrucks in Papierform durchzuführen. Soll die Urschrift elektronisch hergestellt werden, so haben folglich die Urkundsparteien den Urkundenentwurf zwingend auf dem Bildschirm

---

99 Vgl. MOOSER, N. 635.

100 MARTI, Notariatsprozess, S. 114; MOOSER, N. 642.

101 MOOSER, N. 643.

102 MARTI, Notariatsprozess, S. 114.

103 MARTI, Notariatsprozess, S. 114.

104 MARTI, Notariatsprozess, S. 112 f.; MOOSER, N. 642.

105 Vgl. auch KNB-WOLF, N. 18 zu Art. 46 NV.

106 Zutreffend MOOSER, N. 642, mit weiteren Überlegungen. Vgl. auch BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 1906, wonach jedenfalls bei kurzen Geschäften die notarielle Vorlesung «die zuverlässigste Art» darstellt.

107 IV.4.b.aa.



zu lesen. Dies ist nicht jedermanns Sache<sup>108</sup>. Und die Rekognition mittels Selbstlesens auf dem Bildschirm erweist sich auch nicht als in allen Fällen wirklich geeignet; zu denken ist etwa an lange Dokumente. Grundsätzlich wird die Vorlesung durch den Notar für die elektronische Herstellung der Urschrift gegenüber der Selbstlesung vorzuziehen sein. Wo nach kantonalem Beurkundungsrecht die Selbstlesung das ordentliche Verfahren darstellt, wird deshalb zu erwägen sein, die Vorlesung zumindest als Alternative einzuführen. Freilich bleiben auch dann noch gewichtige, nicht zuletzt praktische Schwierigkeiten und Bedenken, die der Einführung einer vollständigen elektronischen Beurkundung entgegenstehen<sup>109</sup>.

### ccc. Die Einheit des Aktes

Der im Hauptverfahren zu wahrende Grundsatz der Einheit des Aktes (*unitas actus*)<sup>110</sup> enthält drei unterschiedliche Elemente. Die *Einheit des Ortes* verlangt, dass die Urkundsparteien, der Notar und soweit nötig die Nebenpersonen während des Hauptverfahrens am gleichen Ort, regelmässig im Beurkundungsraum, anwesend sein müssen<sup>111</sup>. Nach dem Prinzip der *Einheit der Zeit* sodann müssen der Notar, die Urkundsparteien und allenfalls die Nebenpersonen während der ganzen Dauer des Hauptverfahrens im Beurkundungsraum anwesend sein<sup>112</sup>; zudem ist das Hauptverfahren ohne wesentliche Unterbrechung durchzuführen<sup>113 114</sup>. Die *Einheit des Verfahrens* schliesslich verlangt, dass das Hauptverfahren vollständig durchzuführen ist, ohne dass ein anders Beurkundungsverfahren dazwischen geschaltet werden darf, und dass das Verfahren insgesamt für jede beteiligte Person vollständig durchgeführt wird<sup>115</sup>.

Fast alle kantonalen Rechte sehen ausdrücklich vor, dass die Vorlesung durch die Urkundsperson oder allenfalls die Selbstlesung durch die Parteien ohne wesentliche Unterbrechung zu erfolgen hat (Einheit des Aktes in einer Variante der Einheit der Zeit)<sup>116</sup>. Weiter verlangen die meisten kantonalen Beurkundungsrechte die Anwesenheit aller beteiligten Personen (Urkundsperson, Parteien oder allfällige Vertreter und Nebenpersonen) am Beurkundungsort während des ganzen Beurkundungsverfahrens

108 Zum Ganzen zutreffend SCHMID JÜRIG, S. 600.

109 Dazu näher SCHMID JÜRIG, S. 600 ff.

110 Dazu grundsätzlich BRÜCKNER, Beurkundungsrecht, N. 2047 ff.; RUF, Rz. 1474 f.; MOOSER, N. 604; KNB-WOLF, N. 1 ff. zu Art. 44 NV.

111 Art. 44 Abs. 1 NV BE. Dazu näher KNB-WOLF, N. 7 zu Art. 44 NV, m.w.H.; ausführlich MOOSER, N. 609 ff.

112 Art. 44 Abs. 1 NV BE. Dazu näher KNB-WOLF, N. 8 ff. zu Art. 44 NV, m.w.H.; ausführlich MOOSER, N. 609 ff.

113 Art. 44 Abs. 2 NV BE.

114 Zum Ganzen näher KNB-WOLF, N. 8 ff. zu Art. 44 NV, m.w.H.; MOOSER, N. 613 ff.

115 Zum Ganzen KNB-WOLF, N. 12 f. zu Art. 44 NV, m.w.H. Vgl. auch MOOSER, N. 605 ff.

116 ZH: § 31 NV ZH und § 241 EGZGB ZH; BE: Art. 44 Abs. 2 NV BE; LU: § 33 Abs. 1 BeurkG LU; OW: Art. 16 Abs. 1 BeurkG OW; NW: § 25 Abs. 1 BeurkV NW; SO: § 14 Abs. 1 EGZGB SO; BS: § 33 Abs. 1 NG BS; BL: § 22 Abs. 2 NG BL; AI: Art. 8 Abs. 1 BeurkV AI; SG: Art. 23 Abs. 1 EGZGB SG; GR: Art. 33 Abs. 2 NG GR; AG: § 46 Abs. 1 BeurkG AG; IG: § 29 Abs. 1 EGZGB TG; VD: Art. 58 Abs. 3 LN VD; VS: Art. 93 Abs. 2 NG VS; NE: Art. 72 Abs. 3 LN NE; GE: Art. 18 LN GE; JU: Art. 24 DELN JU.

(Einheit des Aktes als Einheit des Ortes und eine Variante der Einheit der Zeit)<sup>117</sup>. Allerdings ist es in gewissen – aber nicht allen – Kantonen (ausnahmsweise) zulässig, das Beurkundungsverfahren mit jeder Urkundspartei einzeln durchzuführen, sofern das Bundesrecht nichts Gegenteiliges vorschreibt<sup>118</sup>. Bundesrechtlich vorgeschrieben ist die gleichzeitige Beurkundung mit beiden Parteien für den Erbvertrag (Art. 512 Abs. 2 ZGB) sowie den Verpfändungsvertrag (Art. 522 Abs. 1 OR) und die Schenkung auf den Todesfall (Art. 245 Abs. 2 OR)<sup>119</sup>. Bei gewissen Rechtsgeschäften erlauben manche Kantone auch ausdrücklich, dass das Verfahren nur mit der sich verpflichtenden Partei durchgeführt wird. Die durch das Rechtsgeschäft berechnigte Partei muss demgegenüber nicht anwesend sein und es ist mit ihr kein separates Verfahren durchzuführen<sup>120</sup>. Für die Bürgschaften ergibt sich dies aus Art. 493 Abs. 2 OR und für die vertragliche Begründung von Grundpfandrechten aus einer analogen Anwendung von Art. 13 Abs. 1 OR<sup>121</sup>.

### **ddd. Bereinigung des Entwurfes der Urschrift**

Sofern erforderlich, bereinigt der Notar während oder unmittelbar nach der Rekognition den Entwurf der Urschrift, d.h. er nimmt die allenfalls noch nötigen Änderungen vor<sup>122</sup>. Die kantonalen Rechte enthalten dazu regelmässig einschlägige Normen<sup>123</sup>.

### **eee. Genehmigung**

Unmittelbar im Anschluss an die Rekognition hat die Urkundspartei die *Genehmigung* abzugeben. Zu genehmigen ist die *gesamte Willenserklärung*. Die Genehmigung enthält die Erklärung der Urkundspartei, dass sie mit der in der Urkunde enthaltenen Willenserklärung einverstanden ist; die Genehmigung ist vorbehaltlos abzugeben<sup>124</sup>. Im

---

117 **ZH**: § 31 NV ZH und § 241 EGZGB ZH; **BE**: Art. 44 Abs. 1 NV BE; **LU**: § 33 Abs. 2 BeurkG LU; **SZ**: § 11 Abs. 1 und 4 BeurkG SZ e contrario; **NW**: § 25 Abs. 2 BeurkV NW; **GL**: Art. 14 Abs. 4 BeurkG GL e contrario; **ZG**: § 16 Abs. 2 BeurkG ZG e contrario; **FR**: Art. 56 Abs. 1 NG FR; **BS**: § 34 Abs. 1 NG BS e contrario; **BL**: § 22 Abs. 4 NG BL; **AR**: § 14 Abs. 1 BeurkG AR; **AI**: Art. 8 Abs. 1 BeurkV AI; **SG**: Art. 23 Abs. 1 EGZGB SG; **GR**: Art. 33 Abs. 2 NG GR; **AG**: § 46 Abs. 2 BeurkG AG; **TG**: § 29 Abs. 1 EGZGB TG; **VS**: Art. 93 Abs. 2 NG VS; **NE**: Art. 72 Abs. 3 LN NE; **GE**: Art. 18 LN GE; **JU**: Art. 24 DELN JU.

118 **BE**: Art. 44 Abs. 3 NV BE; **SZ**: § 11 Abs. 4 BeurkG SZ; **OW**: Art. 16 Abs. 1 BeurkG OW; **NW**: § 26 Abs. 1 BeurkV NW; **GL**: Art. 14 Abs. 4 BeurkG GL; **ZG**: § 16 Abs. 2 BeurkG ZG; **SO**: § 15 Abs. 1 EGZGB SO; **BS**: § 34 Abs. 1 NG BS; **BL**: § 22 Abs. 4 NG BL; **SG**: Art. 23 Abs. 2 EGZGB SG; **AG**: § 46 Abs. 3 BeurkG AG; **TG**: § 29 Abs. 2 EGZGB TG; **GE**: Art. 13 LN GE; **JU**: Art. 24 DELN JU.

119 KNB-WOLF, N. 15 zu Art. 44 NV.

120 So verlangen etwa die Kantone Schwyz und Glarus bei einseitig verpflichtenden Rechtsgeschäften nur die Anwesenheit des Schuldners, nicht aber diejenige des Gläubigers (Art. 15 Abs. 1 BeurkG GL; § 11 BeurkG SZ). Andere Kantone – wie z.B. Bern, Solothurn, Graubünden, Thurgau und Waadt – sehen vor, dass bei Beurkundungen von Grundpfandverträgen nur der Pfandschuldner, nicht aber der Pfandgläubiger anwesend sein muss (Art. 110 EGZGB BE; § 16 Abs. 1 EGZGB SO; Art. 31 Abs. 1 NV GR; § 31 Abs. 1 EGZGB TG; Art. 61 Abs. 1 LN VD).

121 Zutreffend MOOSER, N. 612, m.w.H.

122 MARTI, Notariatsprozess, S. 115.

123 Vgl. Art. 36 NV BE; § 35 BeurkG LU; Art. 19 BeurkG OW; Art. 50 Abs. 6-8 NG FR; Art. 55 LN VD; Art. 82 NG VS.

124 Zum Ganzen MARTI, Notariatsprozess, S. 116 f.

Einzelnen kann die Genehmigung in drei verschiedenen Formen stattfinden, nämlich durch ausdrückliche Erklärung der Partei, Unterzeichnung der Urschrift oder durch konkludentes Verhalten<sup>125</sup>.

Zur Genehmigung enthalten alle kantonalen Rechte Regelungen. Im Anschluss an die Vor- oder Selbstlesung müssen die Parteien in jedem Kanton bestätigen, dass die Urkunde ihren Willen enthält (Genehmigung des Urkundeninhalts), und diese daraufhin regelmässig unterzeichnen. Anschliessend hat die Urkundsperson die Kenntnisnahme und Zustimmung der Parteien zu bescheinigen und die Urkunde ebenfalls zu unterschreiben<sup>126</sup>. Die Unterzeichnung der Urkunde durch den Notar stellt eine Gültigkeitsvorschrift dar<sup>127</sup>.

### cc. Insbesondere die ausserordentlichen Verfahren

Liegen *Besonderheiten in der Person einer Urkundspartei* vor, so ist ein ausserordentliches Verfahren einzuschlagen<sup>128</sup>. Es handelt sich im Einzelnen um die Fälle, in denen eine Partei die Urkundssprache nicht versteht, nicht hören kann, weder lesen noch hören kann, nicht unterzeichnen oder nicht sprechen kann<sup>129</sup>.

Für die erwähnten Fälle, dass eine Partei die Urkundssprache nicht versteht oder an einer entsprechenden Beeinträchtigung (Taubheit, Stummheit, Taubstummheit, Blindheit, Leseunfähigkeit, Unterzeichnungsunfähigkeit) leidet, sehen nahezu alle Kantone besondere Vorschriften und mithin ein vom normalen Verfahren abweichendes, ausserordentliches Verfahren vor<sup>130</sup>. Die entsprechenden Verfahren werden in den kantonalen Rechten auch sehr ähnlich gestaltet. Die einzelnen Regelungen lassen sich zusammengefasst wie folgt darstellen: Bei Nichtverstehen der Urkundssprache muss entweder der Notar oder ein Dolmetscher für eine Übersetzung sorgen. Bei Taubheit muss die betroffene Partei die Urkunde in Anwesenheit des Notars selber lesen. Bei

125 Dazu näher MARTI, Notariatsprozess, S. 117 f.

126 Zum Ganzen ZH: §§ 26, 27 und 30 NV ZH und § 240 EGZGB ZH; BE: Art. 46 NV BE; LU: § 37 Abs. 1 lit. b-e BeurkG LU; UR: Art. 26 NV UR; SZ: § 11 Abs. 1 und 2 BeurkG SZ; OW: Art. 16 BeurkG OW; NW: § 37 Abs. 1 Ziff. 2-5 und 38 BeurkV NW; GL: Art. 14 Abs. 1-3 BeurkG GL; ZG: §§ 16 Abs. 1 und 19 BeurkG ZG; FR: Art. 60 Abs. 4 NG FR; SO: §§ 14 Abs. 4 und 17 Abs. 1 EGZGB SO und §§ 30 Abs. 2 und 36 NV SO; BS: § 30 Abs. 2-3 NG BS; BL: § 22 Abs. 1 NG BL; SH: Art. 26 Abs. 1 EGZGB SH; AR: §§ 12 Abs. 2 und 13 Abs. 1 BeurkG AR; AI: Art. 7 Abs. 1-3 BeurkV AI; SG: Art. 20 Abs. 1-3 EGZGB SG; GR: Art. 34 NG GR; AG: § 52 Abs. 3-4 BeurkG AG; TG: § 26 EGZGB TG; TI: 37 LN TI; VD: Art. 58 Abs. 2 LN VD; VS: Art. 90 Abs. 2 NG VS; NE: Art. 72 Abs. 2 LN NE; GE: Art. 17 LN GE; JU: Art. 36 Abs. 1 LN JU.

127 MOOSER, N. 656.

128 Dazu schon III.A. und B. hievor.

129 Vgl. Art. 47 Abs. 1-4 NV BE.

130 ZH: §§ 28 und 32 NV ZH; BE: Art. 47 NV BE; LU: §§ 47 ff. BeurkG LU; SZ: § 12 BeurkG SZ; OW: Art. 28 ff. BeurkG OW; NW: § 39 f. BeurkV NW; GL: Art. 16 ff. BeurkG GL; ZG: §§ 18 und 20 BeurkG ZG; FR: Art. 61 NG FR; SO: § 32 ff. NV SO; BS: Art. 35 f. NG BS; BL: § 23 NG BL; SH: Art. 26 f. EGZGB SH; AR: § 17 BeurkG AR; AI: Art. 10 Abs. 1 BeurkV AI i.V.m. Art. 13 EGZGB AI und Art. 11 Abs. 1 BeurkV AI i.V.m. Art. 14 EGZGB AI; SG: Art. 21 f. EGZGB SG; GR: Art. 38 f. NG GR; AG: §§ 63 ff. BeurkG AG; TG: §§ 27 f. EGZGB TG; TI: Art. 34 Abs. 2 und 36 LN TI; VD: Art. 59 und 68 LN VD; VS: Art. 92 NG VS; NE: Art. 73 ff. LN NE; GE: Art. 16 LN GE; JU: Art. 18 Abs. 2, Art. 23 und 21 f. DELN JU.

Stummheit muss die beeinträchtigte Partei durch ihre Unterschrift bekräftigen, dass die Urkunde ihren Willen enthält. Bei Taubstummheit muss die Partei selber lesen und per Unterschrift ihren Willen bekräftigen, bei Blindheit und Taubheit ist ein Sachverständiger beizuziehen, welcher der betroffenen Person den Urkundeninhalt vermittelt, bei Blindheit oder sonstiger Schreibunfähigkeit sind Zeugen beizuziehen<sup>131</sup>.

### **dd. Besondere Verfahren**

Besondere Verfahren gelangen im Rahmen von Willenserklärungen bei einem besonderen Beurkundungsgegenstand zur Anwendung. Es wird dazu verwiesen auf die hievoreits angestellten Betrachtungen<sup>132</sup>.

### **ee. ZGB-Verfahren als ergänzendes kantonales Beurkundungsverfahren**

Das ZGB-Verfahren kann als ergänzendes kantonales Beurkundungsverfahren für die Beurkundung aller Willenserklärungen angewendet werden. Das gilt nach der Lehre unabhängig davon, ob das kantonale Notariatsrecht solches ausdrücklich vorsieht oder nicht<sup>133</sup>. Für die Anwendung des ZGB-Verfahrens als ergänzendes kantonales Beurkundungsverfahren wird verwiesen auf die hievoreits angestellten Ausführungen<sup>134</sup>.

### **c. Feststellungsurkunden (Beurkundung von Vorgängen und Zuständen)**

Bei der Beurkundung von Vorgängen und Zuständen besteht das Hauptverfahren im *Augenschein* als der Sachverhaltsfeststellung und in der *Protokollierung* als Errichtung der Feststellungsurkunde<sup>135</sup>.

Die kantonalen Rechte enthalten in der Regel keine allgemeinen, systematischen Regeln über die Beurkundung von Vorgängen und Zuständen. Vielmehr beschränken sie sich darauf, einzelne besondere Gegenstände der Feststellungsbeurkundung – wie namentlich Versammlungsbeschlüsse oder Beglaubigungen – zu behandeln<sup>136</sup>. Eine nähere und auch generelle Regelung der Beurkundung von Vorgängen und Zuständen

---

131 Siehe als Bsp. Art. 47 NV BE, §§ 47 ff. BeurkG LU, Art. 61 NG FR, Art. 18 Abs. 2, Art. 23 und 21 f. DELN JU; anders insb. § 36 NG BS, Art. 16 LN GE und Art. 26 f. EGZGB SH, bei denen immer Zeugen beigezogen werden müssen.

132 III.A. und B.

133 Näher dazu III.A. hievoreits.

134 III.A. und B.

135 MARTI, Notariatsprozess, S. 106.

136 MOOSER, N. 697; vgl. auch MARTI, Notariatsprozess, S. 122.

findet sich freilich im Recht des Kantons Bern<sup>137</sup>. Systematisch werden dabei vorerst *allgemeine Grundsätze für die Feststellungsurkunden* aufgestellt<sup>138</sup>. Danach folgen *besondere Bestimmungen für die Beurkundung einzelner Vorgänge und Zustände*<sup>139</sup>. Einen vergleichbaren systematischen Aufbau der Regelung von Feststellungsurkunden kennen weiter die Kantone Wallis<sup>140</sup>, Jura<sup>141</sup> und Basel-Stadt<sup>142</sup>.

## 5. Das Vollzugsverfahren

Im Vollzugsverfahren – auch als Nachverfahren bezeichnet – hat der Notar die Urschriften in das *Register* einzuschreiben und die Urschrift vorschriftsgemäss *aufzubewahren*. Von Urschriften, die in Verwahrung des Notars bleiben, sind *Ausfertigungen* zu erstellen<sup>143</sup>. Diese Vorkehrungen sind in den kantonalen Rechten regelmässig vorgesehen.

Je nach kantonomer Regelung kommen im Rahmen des Vollzugsverfahrens *weitere Aufgaben* des Notars hinzu. Dazu gehören namentlich die (öffentlich-rechtliche) Verpflichtung zur Anmeldung beurkundeter Rechtsgeschäfte in öffentliche Register (Grundbuch und Handelsregister), weitere Vollzugsmassnahmen und die Rechnungsstellung<sup>144</sup>.

## V. Vorläufiges Fazit zur Frage der Vereinheitlichung des Notariatsprozesses auf Bundesebene

Die Regelung der Beurkundungsverfahren in den kantonalen Rechten weist *in den Grundzügen manche Ähnlichkeit* auf und erweist sich insofern durchaus als vergleichbar. *In Einzelheiten* ergeben sich dagegen *Unterschiede*, die einer Vereinheitlichung Schwierigkeiten bereiten oder ihr allenfalls gar entgegenstehen werden, so dass darüber zu diskutieren und gegebenenfalls ein Entscheid des Gesetzgebers zu treffen wäre.

Die *Ähnlichkeit* der kantonalen Verfahrensordnungen besteht vor allem im Bereiche der Beurkundung von Willenserklärungen. Und innerhalb dieser ist das namentlich für die Regelung des Hauptverfahrens der Fall. Dafür sehen die kantonalen Rechte im ordentlichen Verfahren regelmässig die Vorlesung bzw. allenfalls die Selbstlesung vor,

137 Art. 51 ff. NV BE.

138 Art. 51-53 NV BE.

139 Art. 54-64 NV BE.

140 Art. 94 ff. NG VS, unter dem Titel «Beurkundung von Feststellungen».

141 Art. 26 ff. DELN JU, unter dem Titel «Des formes spéciales à suivre pour dresser certains actes».

142 § 38 ff. NG BS, unter dem Titel «Sachbeurkundungen».

143 Zum Ganzen näher MARTI, Notariatsprozess, S.150 ff.

144 MARTI, Notariatsprozess, S.156 ff. Vgl. auch MOOSER, N. 661, mit einer beispielhaften Aufzählung möglicher Tätigkeiten des Notars im Vollzugsverfahren.

und ebenso sind für den Fall des Vorliegens von Besonderheiten in der Person einer Urkundspartei ausserordentliche Verfahren normiert.

*Weniger einheitlich* präsentieren sich die kantonalen Regelungen für die Beurkundungsverfahren bei den Sachbeurkundungen. Hier bestehen in mehreren Kantonen von vornherein vergleichsweise eher nur knappe Regelungen. Hinzu kommt, dass im Bereiche der Feststellungsurkunden jedenfalls teilweise eine mehr oder weniger ausgeprägte Verknüpfung des Urkundeninhalts auch mit dem materiellen kantonalen Recht – namentlich dem kantonalen Steuerrecht – besteht. Im Weiteren sind Feststellungsurkunden oft auch an die massgebende kantonale Zuständigkeits- und Behördenorganisation gebunden. So ist etwa in einigen Kantonen der Notar die zuständige Behörde für die Eröffnung von Verfügungen von Todes wegen und die anschliessende Ausstellung des Erbenscheins, in anderen Kantonen dagegen nicht. Umgekehrt besteht auch die Möglichkeit, dass das kantonale Recht autonom die Errichtung öffentlicher Urkunden vorsieht, so namentlich eines Steuerinventars. Insofern erweist sich denn eine abschliessende Regelung sämtlicher Beurkundungsverfahren im Bundesrecht auch als ausgeschlossen.

Dass die Übereinstimmung der kantonalen Notariatsprozesse im Bereiche der Beurkundung von Willenserklärungen grösser ist als bei Feststellungsurkunden, hat seinen Grund sicherlich auch darin, dass die der öffentlichen Beurkundung unterstellten Rechtsgeschäfte im Bundesprivatrecht geregelt sind. Allerdings bleiben auch bei Willenserklärungen Unterschiede bestehen. So sind namentlich die vom Notar im Vollzugsverfahren vorzunehmenden Verrichtungen unterschiedlich, was teilweise auf die unterschiedlichen kantonalen Notariatsysteme – freiberufliches Notariat, Amtsnotariat, gemischte Systeme – zurückzuführen ist. Unterschiede bestehen namentlich hinsichtlich der Registrierung und Aufbewahrung, der Meldepflichten oder auch in der Frage der Normierung einer Verpflichtung des Notars zur Vornahme der Anmeldung der von ihm errichteten öffentlichen Urkunden in das Grundbuch oder das Handelsregister. Es sind das alles Fragen, die sich einer bundesrechtlich einheitlichen Normierung entziehen, solange die Organisation des Notariats in der Kompetenz der Kantone steht.

Insgesamt erscheint eine Vereinheitlichung der kantonalen Beurkundungsverfahren grundsätzlich als realisierbar. Dabei sind die Einschränkungen in den soeben aufgezeigten Bereichen zu beachten. Sodann dürften sich im Rahmen einer detaillierteren Prüfung des Vereinheitlichungsvorhabens aller Voraussicht nach weitere Vorbehalte ergeben. Eine abschliessende Normierung sämtlicher Notariatsprozesse auf Bundesebene ist bei der heute gegebenen Situation ausgeschlossen. Vor einer allfälligen näheren Anhandnahme einer Vereinheitlichung der Beurkundungsverfahren auf Bundesebene

werden zudem die bei solchen Vorgaben allgemein sich stellenden Fragen und Prämissen zu klären sein. Darauf wird am Schluss eingegangen<sup>145</sup>.

## VI. Zu den Schwierigkeiten einer Vereinheitlichung des materiellen Notariatsrechts

Verschiedentlich ist in jüngerer Vergangenheit auch schon der Vorschlag gemacht worden, über den Notariatsprozess als formelles Notariatsrecht hinaus zusätzlich ebenfalls eine bundesrechtliche Vereinheitlichung von materiellem Notariatsrecht vorzunehmen. Solches wurde nicht zuletzt auch mit dem am 12. Dezember 2012 in die Vernehmlassung geschickten Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes versucht<sup>146</sup>.

Das vom formellen Notariatsrecht abzugrenzende materielle Notariatsrecht regelt die Organisation des Notariats, die Voraussetzung zur Berufszulassung als Notar, dessen sachliche und örtliche Zuständigkeit, die notariellen Berufspflichten sowie die disziplinarische und vermögensrechtliche Verantwortlichkeit<sup>147</sup>. Die einzelnen Regelungsgegenstände des materiellen Notariatsrechts stehen dabei zwingend in einer wechselseitigen Abhängigkeit zueinander. Eine Normierung einzelner Aspekte des materiellen Notariatsrechts kann deshalb auch immer nur unter Berücksichtigung aller anderen Aspekte stattfinden.

Die Ausgestaltung des materiellen Notariatsrechts ist untrennbar an die Organisation des Notariats im entsprechenden Kanton geknüpft. Materielles Notariatsrecht ist naturgemäss ganz wesentlich anders zu erlassen, je nachdem, ob der betreffende Kanton ein freiberufliches oder ein staatliches Notariat oder ein gemischtes Notariatssystem kennt. So unterstehen beispielsweise die amtlichen Urkundspersonen grundsätzlich dem kantonalen Personalrecht<sup>148</sup>, wohingegen der freiberufliche Notar auf eigene Rechnung und eigene Verantwortung hin tätig ist und nicht in einem Anstellungs- und Entlohnungsverhältnis zum Kanton steht<sup>149</sup>. Aber auch innerhalb der einzelnen Arten der Organisation des Notariats – freiberufliches, staatliches oder gemischtes System – bestehen von Kanton zu Kanton wiederum unterschiedliche Regelungen, etwa bereits über die Zuständigkeiten und Aufgaben der Notare. So sind die Notare auch bei glei-

145 VII. hienach.

146 Abgesehen davon, dass die dabei unter anderem zur Normierung vorgeschlagenen Mindestanforderungen im Bereiche der Berufspflichten von Urkundspersonen für eine Kodifikation von vornherein gänzlich ungeeignet sind – dazu namentlich WOLF/BICHSEL und weitere in Fn. 6 hievior erwähnte kritische Stimmen zum Vorentwurf –, müsste der Erlass entsprechender Regelungen auch auf all die Schwierigkeiten stossen, die nun nachfolgend anzusprechen sind.

147 Dazu bereits II. hievior, m.H.

148 So Art. 18 NG ZH: «Die Notare und ihre Mitarbeiter unterstehen dem kantonalen Personalrecht.»

149 KNB-WOLF/PFAMMATTER, N. 3 zu Art. 2 NG; WOLF/PFEUTI/MINNIC, Rz. 22; je m.w.H.

chem Notariatssystem nicht in allen Kantonen für die Beurkundung der gleichen Gegenstände zuständig. Teilweise werden dem Notar auch ausschliesslich im kantonalen Recht begründete Beurkundungsaufgaben zugewiesen<sup>150</sup>.

Aus der unterschiedlichen Organisation und Struktur des Notariates in den verschiedenen Kantonen ergeben sich verständlicherweise Auswirkungen auf die Ausgestaltung des materiellen Notariatsrechts insgesamt. Die unterschiedlichen Regelungen reichen dabei über die soeben bereits erwähnten grundlegenden Aspekte hinaus bis in die Einzelheiten. Das ist im Folgenden beispielhaft zu veranschaulichen.

Im Kanton Bern ist der Notar, teilweise parallel zur Gemeinde, zuständig für die Eröffnung von Verfügungen von Todes wegen und die Ausstellung des Erbscheins nach Art. 559 Abs. 1 ZGB<sup>151</sup>. Im Kanton Wallis ist für beides der Gemeinderichter zuständig<sup>152</sup>. Im Kanton Neuenburg obliegt die Kompetenz für Eröffnung und Ausstellung des Erbscheins dem (freiberuflichen) Notar<sup>153</sup>, im Kanton St. Gallen dem Amtsnotariat<sup>154</sup> und im Kanton Waadt dem Friedensrichter<sup>155 156</sup>. Es versteht sich von selbst, dass die Regelung des materiellen Notariatsrechts in den Kantonen Bern, Neuenburg und St. Gallen den Umstand berücksichtigen muss, dass der Notar für die Eröffnung von Verfügungen von Todes wegen und die Ausstellung des Erbscheins zuständig ist. Im Einzelnen ist in Bern zu beachten, dass teilweise auch die Gemeinde über parallele Kompetenzen verfügt; Neuenburg hat dem Umstand Rechnung zu tragen, dass es freiberufliche Notare kennt, St. Gallen dagegen wird die Normierung auf der Grundlage des Amtsnotariates vornehmen. Die unterschiedliche Zuständigkeitsordnung wirkt sich auf die Regelung aller zum materiellen Notariatsrecht gehörenden Gegenstände aus, namentlich bereits auf die Regelung der Unvereinbarkeiten, der Ausstandsgründe und der weiteren einzelnen Berufspflichten. Demgegenüber stellt sich infolge der nicht gegebenen Zuständigkeiten für die Kantone Wallis und Waadt die Frage der einschlägigen Normierung von vornherein nicht.

In den Kantonen mit freiberuflichem Notariat sind die den Notaren neben der öffentlichen Beurkundung hinaus gestatteten weiteren Tätigkeiten unterschiedlich geordnet. So lassen einige Kantone die gleichzeitige Tätigkeit als Notar und Rechtsanwalt nicht zu, während diese Kombination in anderen Kantonen eine Selbstverständlichkeit ist.

---

150 Zum Ganzen näher WOLF/PFEUT/MINNING, Rz. 24.

151 Art. 6 Abs. 1 und 3 EGZGB BE sowie Art. 56-58 NV BE.

152 Art. 90 Abs. 1 Ziff. 6 EGZGB VS.

153 Art. 9 LICC NE sowie Art. 17, 22, 37 LACDM NE.

154 Art. 7 Abs. 1 lit. b Ziff. 11 EGZGB SG.

155 Art. 5 Abs. 1 Ziff. 11 und 12CDP VD.

156 Siehe zu den entsprechenden Zuständigkeiten in den einzelnen Kantonen die Übersicht in PraxKomm-EMMEL, N. 10 der Vorbemerkungen zu Art. 551 ff. ZGB.



Je nach der durch den Kanton getroffenen Lösung sieht das materielle Notariatsrecht – namentlich in den Bereichen der Unvereinbarkeiten, der Ausstandsgründe und der Berufspflichten – anders aus.

In Kantonen mit freiberuflichem Notariat sind den Notaren über die öffentliche Beurkundung als hauptberufliche Tätigkeit hinaus regelmässig auch nebenberufliche Tätigkeiten – wie Rechtsberatung, Steuerberatung, Vermögensverwaltung, Treuhandaufgaben, die Vornahme von Willensvollstreckungen und ähnliche Aufgaben – gestattet<sup>157</sup>. Diese Tätigkeiten unterstehen dem Privatrecht<sup>158</sup>, in der Regel werden Auftragsverhältnisse vorliegen. Amtsnotare werden dagegen derartige nebenberufliche Tätigkeiten grundsätzlich nicht ausüben dürfen. Dementsprechend ist diesbezüglich das materielle Notariatsrecht in den Kantonen anders ausgestaltet.

Mit der in der Schweiz seit einigen Jahren erlaubten Organisation des Anwaltsbüros als Aktiengesellschaft stellt sich die entsprechende Frage nunmehr auch für das Notariat. Diesbezüglich denkbare allgemeine Varianten sind die Zulassung der Berufsausübung auf Rechnung einer juristischen Person, aber in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung des beurkundenden Notars oder die Berufsausübung auf Rechnung und im Namen einer juristischen Person<sup>159</sup> <sup>160</sup>. In Betracht fallen als Gesellschaftsarten in erster Linie die Notariats-AG oder allenfalls die Notariats-GmbH. Je nach diesbezüglichem Entscheid des kantonalen Gesetzgebers sieht das materielle Notariatsrecht anders aus, das namentlich wiederum in den Bereichen der Unvereinbarkeiten, der Ausstandsgründe und der weiteren Berufspflichten.

Mit der konkreten Ausgestaltung des kantonalen Notariatsrechts hängen auch die durch den Notar wahrzunehmenden Berufspflichten im Einzelfall zusammen. Das gilt etwa für die Interessenwahrungspflicht im Zusammenhang mit einem Doppelverkauf über dasselbe Grundstück. Weil der Notar nicht Zivilrichter ist, kann er eine angebehrte Beurkundung unter anderem nur bei einem offensichtlich unmöglichen, rechts- oder sittenwidrigen Inhalt ablehnen<sup>161</sup>. Der Urkundsperson steht diesbezüglich aufgrund ihrer Stellung im Justizsystem nur eine summarische Prüfungspflicht zu. Deshalb hat der Notar die Beurkundung des Zweitverkaufes grundsätzlich vorzunehmen<sup>162</sup>. Gegenteilig ist die Frage freilich dann zu beurteilen, wenn der gleiche Notar, der bereits den ersten Kaufvertrag beurkundet hat, mit der Beurkundung auch des zweiten Kaufvertrages über

157 Vgl. etwa Art. 29 Abs. 1 NG BE.

158 Art. 29 Abs. 2 NG BE.

159 Zum Ganzen WOLF, Organisationsmöglichkeiten, S. 316 ff.

160 Einzelne Kantone lassen die Notariats-AG heute jedenfalls teilweise in bestimmten Ausprägungen schon zu, worauf hier allerdings nicht eingegangen werden kann.

161 Dazu auch bereits IV.B.2. hievov.

162 Näher WOLF/ZINGG, S. 734 f., m.w.H.

dasselbe Grundstück rogiert wird. Die dem Notar auferlegte Interessenwahrungspflicht – wonach er unter anderem «die Interessen der Beteiligten nach bestem Wissen und Gewissen gleichmässig und unparteiisch zu wahren» hat<sup>163</sup> – erstreckt sich natürlich auch auf den Erstkäufer. Damit ist die Beurkundung des Zweitkaufs durch denselben Notar ausgeschlossen<sup>164</sup>. Diese Lösung ergibt sich jedenfalls für Kantone mit freiberuflichem Notariat, wenn Konkurrenz zwischen mehreren Notaren besteht, denn in dieser Konstellation kann eine andere Urkundsperson mit der Beurkundung des Zweitkaufs rogiert werden. Eine abweichende Lösung ergibt sich demgegenüber vor allem für Kantone mit einem Amtsnotariat, wo keine Konkurrenz der Urkundspersonen und mithin keine Wahl besteht. In diesen Kantonen besteht aufgrund der zivilrechtlichen Ausgangslage, wonach der Doppelverkauf nicht per se als rechts- oder sittenwidrig zu qualifizieren ist, eine Verpflichtung zur Beurkundung des zweiten Kaufvertrages auch für denjenigen Notar, der schon den ersten Kaufvertrag beurkundet hat<sup>165 166</sup>. Andernfalls würde trotz zu verneinender offensichtlicher Rechts- oder Sittenwidrigkeit keine Beurkundung stattfinden können, womit eine Verletzung der Urkundspflicht vorläge. Die gleiche tatsächliche Ausgangslage des Doppelverkaufs führt somit je nach kantonaler Organisation des Notariats zu gerade entgegengesetzten rechtlichen Lösungen. Vor diesem Hintergrund muss sich die Aufgabe der Vereinheitlichung der Berufspflichten der Notare als Quadratur des Kreises erweisen.

Als Ergebnis der soeben angestellten Überlegungen lässt sich hier Folgendes festhalten: Solange die Organisation und Ausgestaltung des Notariates den Kantonen verbleibt – und es gibt im Grunde keinerlei aktuellen Anlass, daran etwas zu ändern –, lässt sich eine bundesrechtliche Vereinheitlichung von materiellem Notariatsrecht nicht realisieren. Alle Regelungsgegenstände des materiellen Notariatsrechts – namentlich Berufszulassung, Unvereinbarkeiten, Ausstandsgründe und Berufspflichten wie Rechtsbelehrungspflicht, Interessenwahrungspflicht usw., die Verantwortlichkeit der Urkundspersonen – bleiben unabdingbar an die Organisation des Notariates im jeweiligen Kanton geknüpft. Die Lösungen sehen deshalb je nach dem kantonalen Notariatssystem auch anders aus, allenfalls fallen sie sogar gerade gegensätzlich aus. Die Liste der soeben konkret angeführten Beispiele liesse sich mit Bestimmtheit verlängern, weitere Inkongruenzen und gar Gegensätzlichkeiten sind ex ante nicht abzuschätzen, werden im konkreten Einzelfall aber zu Tage treten.

Bevor eine Vereinheitlichung auch von materiellem Notariatsrecht realisiert werden kann, müsste der (Bundes-)Gesetzgeber mithin eine Reihe von politischen Grundsatzentscheiden treffen. Er würde sich etwa aussprechen müssen für ein einheitliches

---

<sup>163</sup> So beispielhaft die Formulierung in Art. 37 Abs. 1 NG BE.

<sup>164</sup> Eingehender und m.w.H. WOLF/ZINGG, S. 735 f.

<sup>165</sup> Siehe den Hinweis auf SGGVP 1970, S. 24 ff., bei WOLF/ZINGG, S. 736.

<sup>166</sup> WOLF/ZINGG, S. 736.

freiberufliches Notariat oder aber ein landesweit einheitliches Amtsnotariat. Er würde weiter mehrere grundlegende Fragen der Stellung und der Organisation des Notariats entscheiden müssen, namentlich etwa die Fragen nach den Zuständigkeiten der Notare – dies in Abgrenzung zu anderen, heute in den Kantonen bestehenden (Beurkundungs-)Zuständigkeiten<sup>167</sup> –, der Zulässigkeit der gleichzeitigen Ausübung der Berufe eines Notars und eines Rechtsanwalts oder auch die für die Führung des Notariatsbüros allenfalls zuzulassenden Gemeinschaften und Gesellschaftsarten. Ohne dass in diesen – und weiteren Fragen – landesweit einheitliche Prämissen bestehen, lässt sich realistisch keine bundesrechtlich vereinheitlichte (materielle) Notariatspraxis erlassen. Und wenn man trotzdem auf eidgenössischer Ebene legislieren möchte, dann müssen entsprechende bundesrechtliche Ordnungen inhaltlose Hüllen bleiben.

## VII. Schluss

Wie soll es weiter gehen? Wie soll die Zukunft des Notariats in der Schweiz aussehen?

Heute bestimmen die Kantone, in welcher Weise auf ihrem Gebiete die öffentliche Beurkundung hergestellt wird (Art. 55 Abs. 1 SchlT ZGB bzw. bereits gestützt auf die verfassungsrechtliche Ausgangslage). Bevor nach dem Bundesgesetzgeber gerufen wird, ist zuallererst die Frage zu klären, ob wirklich ein Bedürfnis für eine bundesrechtliche Ordnung besteht. Lässt sich insbesondere unter Qualitätssicherungsaspekten ein Bedarf nach bundesrechtlicher Regelung bejahen? Offensichtliche, beheubungsbedürftige Qualitätsdefizite im Bereiche des Notariates in der Schweiz sind nach hier vorgenommener Einschätzung jedenfalls nicht ersichtlich<sup>168</sup>.

Vor einer Legiferierung durch den Bund müssen sodann weitere Prämissen erfüllt sein. So ist eine Prüfung vorzunehmen, ob eine verfassungsrechtliche Kompetenzgrundlage zu einer entsprechenden Gesetzgebungstätigkeit des Bundes besteht. Weiter ist für ein Tätigwerden des Bundesgesetzgebers das Vorhandensein eines entsprechenden politischen Willens, mit entsprechender Überzeugung und Abstützung, vorauszusetzen. Zu entscheiden ist namentlich, ob überhaupt und wenn ja in welchem Umfang der Bund neue Normen zum Notariatsrecht erlassen soll. Die Entscheide sind unter Einbezug aller für das Notariat massgebenden Akteure zu treffen. Von Anfang an und ganz besonders einzubeziehen sind die Kantone.

So im Anschluss an eine entsprechende Prüfung eine bundesrechtlich vereinheitlichte Ordnung geschaffen werden soll, ist eine solche vorzugsweise strikt auf den Notariats-

<sup>167</sup> Diesbezüglich verwiesen sei auf das eben behandelte Beispiel der Eröffnung von Verfügungen von Todes wegen und die Ausstellung des Erbscheins.

<sup>168</sup> In diesem Sinne auch SCHMID JURG, S. 597.

prozess als formelles Notariatsrecht zu beschränken. Bereits dessen Vereinheitlichung wird nicht ganz einfach sein und eine Herausforderung darstellen. Von einer weitergehenden Vereinheitlichung auch von Regelungsgegenständen des materiellen Notariatsrechts ist dagegen abzusehen, denn solches ist bei der heutigen Ausgangslage nicht sinnvollerweise realisierbar.

Nach hier vertretener Ansicht besteht insgesamt kein dringender Bedarf nach einer bundesrechtlich einheitlichen Regelung des Notariatsprozesses. Auf die Vereinheitlichung von materiellem Notariatsrecht ist derzeit ganz zu verzichten. Und für eine allfällig an die Hand zu nehmende, auf den Notariatsprozess beschränkte Gesetzgebung muss die Qualität des Notariates und deren Steigerung als massgebender Kompass dienen. Nur wenn die beabsichtigten Gesetzesänderungen zu einer Qualitätsverbesserung im Notariat führen, dienen sie auch den rechtsuchenden Klienten, und nur unter dieser Voraussetzung sind sie zu beschliessen. Steht solches dagegen nicht fest, so ist vorzugsweise die bisherige Ordnung beizubehalten.

## VIII. Anhang

Tabellarischer Überblick über die kantonalen Vorschriften zum Hauptverfahren:

<b>Zürich</b>	<u>Willenserklärungen</u>  §§ 25 ff. NV; §§ 240 EGZGB <u>Sachbeurkundungen</u> §§ 174 ff. NV; §§ 246 ff. EGZGB	<b>Schaffhausen</b>	<u>Willenserklärungen und Sachbeurkundungen</u> Art. 25 ff. EGZGB
<b>Bern</b>	<u>Willenserklärungen</u>  Art. 46 ff. NV <u>Sachbeurkundungen</u> Art. 51 ff. NV	<b>Appenzell Ausserrhoden</b>	<u>Willenserklärungen</u>  §§ 11 ff. BeurkG <u>Sachbeurkundungen</u> §§ 18 f. BeurkG
<b>Luzern</b>	<u>Willenserklärungen</u>  §§ 33 ff., 47 ff. BeurkG <u>Sachbeurkundungen</u> §§ 39 ff. BeurkG	<b>Appenzell Innerrhoden</b>	<u>Willenserklärungen</u>  Art. 7 ff. BeurkV

<b>Uri</b>	<u>Willenserklärungen</u> Art. 26 NV <u>Sachbeurkundungen</u> Art. 13 ff. NVR	<b>St. Gallen</b>	<u>Willenserklärungen</u> Art. 20 ff. EGZGB <u>Sachbeurkundungen</u> Art. 7 ff. und 11 ff. BeurkV
<b>Schwyz</b>	<u>Willenserklärungen</u> §§ 10 ff. BeurkG <u>Sachbeurkundungen</u> §§ 14 f., 16 f., 17 ff. BeurkG	<b>Graubünden</b>	<u>Willenserklärungen</u> Art. 30 ff. NG <u>Sachbeurkundungen</u> Art. 26 ff. NG
<b>Obwalden</b>	<u>Willenserklärungen</u> Art. 16 ff., 28 ff. BeurkG  <u>Sachbeurkundungen</u> Art. 21 ff. BeurkG	<b>Aargau</b>	<u>Willenserklärungen</u> §§ 46, 52 und 63 ff. BeurkG sowie §§ 40 ff. BeurkV <u>Sachbeurkundungen</u> §§ 53 ff., 59 ff. BeurkG
<b>Nidwalden</b>	<u>Willenserklärungen</u> §§ 25 ff., 37 ff. BeurkV <u>Sachbeurkundungen</u> §§ 41 ff. BeurkV	<b>Thurgau</b>	<u>Willenserklärungen</u> §§ 26 ff. EGZGB <u>Sachbeurkundungen</u> §§ 33 f. EGZGB
<b>Glarus</b>	<u>Willenserklärungen</u> Art. 14 ff. BeurkG <u>Sachbeurkundungen</u> Art. 20 ff. BeurkG	<b>Tessin</b>	<u>Willenserklärungen</u> Art. 36, 39 ff. LN <u>Sachbeurkundungen</u> Art. 67 LN
<b>Zug</b>	<u>Willenserklärungen</u> §§ 13 ff. BeurkG <u>Sachbeurkundungen</u> §§ 29 ff. BeurkG	<b>Waadt</b>	<u>Willenserklärungen</u> Art. 58 f. LN <u>Sachbeurkundungen</u> Art. 61 ff. LN
<b>Freiburg</b>	<u>Willenserklärungen</u> Art. 60 ff. NG <u>Sachbeurkundungen</u> Art. 63 ff. NG	<b>Wallis</b>	<u>Willenserklärungen</u> Art. 90 ff. NG <u>Sachbeurkundungen</u> Art. 94 ff. NG

<b>Solothurn</b>	<u>Willenserklärungen</u> §§ 12 ff. EGZGB / §§ 24 ff. NV <u>Sachbeurkundungen</u> §§ 24 ff. EGZGB; §§ 37 ff. NV	<b>Neuenburg</b>	<u>Willenserklärungen</u> Art. 72, 73 ff. LN  <u>Sachbeurkundungen</u> Art. 72a LN
<b>Basel-Stadt</b>	<u>Willenserklärungen</u> §§ 33 ff. NG <u>Sachbeurkundungen</u> §§ 38 ff. NG	<b>Genf</b>	<u>Willenserklärungen</u> Art. 16 ff. LN <u>Sachbeurkundungen</u> Art. 21 LN
<b>Basel-Landschaft</b>	<u>Willenserklärungen</u>  §§ 22 ff. NG <u>Sachbeurkundungen</u> §§ 31 ff. NG	<b>Jura</b>	<u>Willenserklärungen</u>  Art. 36 ff. LN <u>Sachbeurkundungen</u> Art. 26 ff. DELN

## **Aktuelle** Themen zur **Notariatspraxis**

Weiterbildungstagung des Schweizerischen Notarenverbandes SNV · FSN

Beiträge von:

- Regina Wenger, notaire, Lausanne, Présidente de la Fédération Suisse des Notaires
- Prof. Dr. Martin Dumermuth, Direktor Bundesamt für Justiz
- Dr. Urs Hofmann, Vorsteher des Departements Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aargau
- Prof. Dr. Stephan Wolf, Universität Bern
- Prof. Dr. Christian Brückner, Advokat und Notar, LL.M., Basel
- Prof. Dr. Roland Pfäffli, Notar, Thun
- Prof. Dr. Michel Mooser, notaire, Bulle
- Prof. Dr. Arkadiusz Wudarski, Europa-Universität Viadrina Frankfurt/Oder
- Sigrun Erber-Faller, Notarin, Memmingen (D),  
Vizepräsidentin der Union Internationale du Notariat (UINL) für Europa
- Jürg Schmid, ehemaliger Notariatsinspektor des Kantons Zürich
- Anja Risch, Notarin,  
Stv. Chefin des Eidgenössischen Amtes für Grundbuch- und Bodenrecht

Gegenstand des vorliegenden Werks sind die Referate, welche anlässlich des 4. Schweizerischen Notariatskongresses im Stade de Suisse in Bern gehalten wurden. Sie beschäftigen sich mit folgenden Themenschwerpunkten: Vereinheitlichung des Notariatsprozesses (Herausforderungen, Konsequenzen, Detailfragestellungen), neue Betätigungsfelder für Urkundspersonen, elektronische öffentliche Beurkundung und elektronische Archivierung sowie allgemeine Aktualitäten aus der notariatsrelevanten Praxis und Rechtsprechung.

ISBN 978-3-907663-53-0